

# **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: 85,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 25,00 € (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.: 91 111 40 00

Fax: 91 111 42 60

tienda@boe.es

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXVIII, FASCÍCULO IV  
Octubre-diciembre, 2015

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.

IN MEMORIAM

## Luis Díez-Picazo y Ponce de León

El pasado 31 de octubre falleció don Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Ese día, el *Anuario de Derecho Civil* perdió a quien era uno de sus tres directores. España perdió al que era, sin duda alguna, el primero de sus juristas en el campo del Derecho Civil. Y los discípulos de don Luis perdimos a quien fue siempre el mejor de los maestros: él nos contagió su pasión por el Derecho; estando dotado de aptitudes prodigiosas para la investigación jurídica, nos dio ejemplo constante de que el aprovechamiento de ese talento exigía un disciplinado trabajo cotidiano; las mejores de nuestras obras han bebido de ideas suyas, que prodigaba con una generosidad sin límites. Y nunca le molestó –todo lo contrario– que cualquiera de nosotros discrepase de sus opiniones: como testigos presenciales, podemos dar fe de que la soberbia intelectual no empañó nunca su inmensa sabiduría. Amante de la libertad en cualquiera de sus manifestaciones, nos animó a ejercitar, como él lo hacía insoportablemente, la libertad de pensamiento y de crítica; *sine ira et studio*, pero con rigor y tras haber estudiado en profundidad las enseñanzas de los mejores.

En 1953, obtuvo la Licenciatura en Derecho por la Universidad de Madrid con Premio Extraordinario y el Premio de la Fundación Montalbán al mejor expediente académico. Entre los años 1950 y 1954, cursó estudios de Sociología y Administración Pública en el Instituto de Estudios Políticos. En 1950, comenzó la relación con quien fue su maestro, el profesor Federico de Castro, asistiendo al seminario de Derecho Civil que éste dirigía en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, y participando en la redacción del *Anuario de Derecho Civil*; revista que don Federico había fundado en el año 1948 y dirigió hasta su fallecimiento. El profesor Díez-Picazo le sucedió en ambas tareas de dirección –en la segunda junto a juristas de la talla de don Juan B. Vallet de Goytisolo y don Manuel Peña y Bernaldo de Quirós–, y ambas las desempeñó hasta el día de su muerte.

En 1953, comenzó su actividad universitaria como Profesor Ayudante de Derecho Civil en la Universidad de Madrid, en la Cátedra

del Profesor De Castro. Durante el período de su formación, amplió estudios en Alemania e Italia. En 1956, se doctoró en Derecho en la misma Universidad. Su tesis doctoral sobre *El arbitrio de tercero en los negocios jurídicos* fue merecedora del Premio Extraordinario del Doctorado y el Premio Condesa de Maudes. En ese mismo año, ganó por oposición la plaza de Juez de Primera Instancia e Instrucción, que desempeñó por un breve espacio de tiempo en el correspondiente Juzgado de San Martín de Valdeiglesias.

Tras una oposición memorable, fue nombrado, en 1963, Catedrático de Universidad en la asignatura de Derecho Civil; función que desempeñó en las Universidades de Santiago de Compostela (1963-1964), Valencia (1964-1972) y Autónoma de Madrid (1972-1980 y 1989-2001). Tras su jubilación en esta última, fue nombrado Profesor Emérito. En estos días, hemos podido leer sentidos testimonios acerca de su labor docente universitaria de personas que tuvieron el privilegio de disfrutar de ella. La del Profesor Sosa Wagner, a quien enseñó Derecho Civil en la Universidad de Valencia, merece ser transcrita: «Para mí, Díez-Picazo fue sencillamente determinante. Le tenía por distante, incluso engreído, hasta que un día acudí a su despacho a preguntar alguna bagatela y me encontré con un hombre que me sentó frente a él e inició una conversación conmigo –¡un chiquilicuatro de tercer curso!– espontánea, larga, sugeridora. Hasta quinto curso, le disfruté en clase y en sesiones de seminario, era el profesor que recomendaba lecturas, mi devoción por la novela de Pérez Galdós o por la prosa de Ortega y Gasset me viene de sus consejos. Como se ve, no era solo el catedrático de derecho civil que salmodia los preceptos del Código o introduce en los misterios de los vicios del consentimiento en los contratos. Era el profesor humanista que sabía que el Derecho o es parte de un vasto sistema de la cultura en la que estamos inmersos o no es nada». Nosotros sólo podemos reiterar a tal respecto lo que quedó escrito en la Presentación de los *Escritos Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*: que siempre quiso ser un profesor, y que lo quiso ser, sobre todas las cosas, cuando pudo ser o estar en otras funciones, cargos y oficios que de hecho compartió con la docencia sin que el nobilísimo oficio de docente perdiera nunca la posición central en las tareas y la vida del maestro.

Profesor en sus clases, y profesor también –y no sólo de civilistas– en sus obras escritas. Su número causa asombro: basta asomarse a sus *Escritos Jurídicos*, recopilados en 2011, que alcanzan 300 títulos, sumados a más de treinta libros, entre los que descuelan sus *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* y el *Sistema de Derecho Civil*, en coautoría con el Profesor Antonio Gullón

Ballesteros. Impresiona la sobria elegancia de su prosa y la claridad con la que desentrañaba y resolvía los problemas jurídicos más complejos. Pero destaca, sobre todo, la calidad, la luminosa modernidad del contenido de sus obras.

La publicación, en 1970, del primer volumen de sus *Fundamentos* bien puede calificarse de verdadera «revolución científica»: sentó los nuevos paradigmas del Derecho español de Obligaciones y Contratos. Ningún jurista pudo continuar escribiendo –ni ningún juez decidiendo– en ese campo como se hacía antes. Tampoco sobre Derechos Reales, tras la aparición, en 1972, del segundo volumen de la misma obra. El mismo efecto de marcar un antes y un después produjeron sus brillantes monografías sobre la doctrina de los actos propios, la prescripción extintiva, la representación o el enriquecimiento sin causa. Ninguna aproximación al método del Derecho Civil fue igual desde que se publicaron sus *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho* y sus *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*.

A Luis Díez-Picazo le gustaba comparar la labor de comprender el universo jurídico con la resolución de un puzle o rompecabezas de muchas piezas. Pero nunca entendió esa labor como puro divertimento intelectual, sino como una contribución a la permanente y ardua lucha por la realización del Derecho –ante todo de la ley, para quien fue, en eso, un ferviente jacobino– en la sociedad. Por ello, y por su convicción de que ningún jurista lo es definitivamente hasta que se introduce de algún modo en la práctica del Derecho, siempre consideró el ejercicio de la abogacía un buen complemento de su labor docente e investigadora. Y fue un gran abogado. Quien desee aprender de esa faceta de su vida, disfrutará leyendo su *Memoria de Pleitos*. Y de ese modo comprenderá, por cierto, por qué sólo podemos sonreír al recordarle diciendo que fue un escritor jurídico por falta de las capacidades necesarias para ser un escritor a secas.

Servidor público ejemplar, no dudó en suspender durante nueve años, desde 1980, su magnífica trayectoria forense para formar parte del primer Tribunal Constitucional. En la Comisión General de Codificación, de cuya Sección Primera de Derecho Civil fue vocal permanente desde el año 1972, y presidente desde 1978, realizó una labor fundamental en la mejora de la legislación y especialmente del Código Civil. Pruebas destacables de ello son las profundas reformas de dicho cuerpo legal en materias de Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones, para acomodarlo a los principios constitucionales, y la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*. Entre 1990 y 1994,

fue miembro del Consejo General y del Consejo Ejecutivo del Banco de España.

Fue académico de la Academia Valenciana de Jurisprudencia (1968). Elegido, en 1983, académico de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, desempeñó el cargo de secretario general de esa Corporación entre 1991 y 1995, y la presidió desde junio de 2012. En 1996, fue elegido miembro de la Academia Europea. Académico de número de la Academia de Derecho de Perú y correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina). *Doctor honoris causa* de las Universidades Carlos III de Madrid, Valencia, Valparaíso (Chile), Málaga, Buenos Aires (Argentina) y Santiago de Compostela. Profesor honorario de varias Universidades peruanas: la de Lima, la Nacional Mayor de San Marcos de Lima, la de Arequipa, la de San Agustín de Arequipa y la Nacional de San Antonio Abad del Cusco. En 1989, le fue concedida la Gran Cruz de Isabel la Católica; en 2000, la Orden del Mérito Constitucional; y en 2015, a título póstumo, la Gran Cruz de la Orden Civil de Alfonso X el Sabio.

Le gustaba recordar un apunte del Doctor Marañón: «No desperdiciar ningún resto del tiempo. Ser traperero del tiempo. Éste es el secreto del trabajo». Falleció sin llegar a tener en sus manos un ejemplar, pero sí las pruebas y maquetas, del último libro que dirigió: *Glosas sobre Federico de Castro*. En el discurso de investidura como doctor *honoris causa* de la Universidad Carlos III de Madrid, Luis Díez-Picazo mostró la devoción debida a su insigne maestro: «Ser –seguir siendo– su discípulo y pertenecer a su escuela, tratar de seguir sus huellas sin lograrlo nunca, es mi único título». Todos sus discípulos tenemos el muy alto honor y la enorme responsabilidad de poder decir lo mismo del nuestro.

Ha muerto un gigante del Derecho; nos queda su obra. Nos ha dejado un ser humano de una integridad moral e intelectual sin fisuras; sobrevive su ejemplo de que hay personas que no tienen precio. Honrémosle.

JOSÉ MARÍA MIQUEL  
JORGE CAFFARENA  
ANTONIO CABANILLAS  
FERNANDO PANTALEÓN

## Víctimas vulnerables y Derecho de daños

**ESTHER GÓMEZ CALLE \***

Catedrática de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

### RESUMEN

*El presente trabajo contempla aquellos supuestos en que la víctima del daño es una persona con una anómala propensión a sufrir un evento como el acaecido, de modo que su especial vulnerabilidad contribuye a la producción del daño o lo agrava. En tales casos es preciso determinar quién debe asumir las consecuencias que el acto dañoso provoca precisamente por la predisposición de la víctima y si el autor de la conducta lesiva ha de responder por unas consecuencias que, si bien él ha provocado, no se hubieran producido –o no con igual intensidad– de no ser por aquella predisposición. A tal fin resulta necesario valorar tanto la forma en que esa conducta incide en los efectos de la predisposición como las consecuencias que esta ya hubiera producido antes o que hubiera podido desatar después aunque el accidente no hubiera tenido lugar. Por lo demás, siendo un principio ampliamente admitido en países de nuestro entorno que el dañante debe tomar a la víctima tal como la encuentra, el trabajo considera la posible justificación de ese principio y de sus posibles excepciones; para ello se analiza el modo en que la propensión puede incidir en los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual y muy en particular en la causalidad y en la imputación objetiva. Además, la vigencia del citado principio no impide que en determinados casos la existencia de una predisposición pueda repercutir en la determinación del quantum debeatur. Todas estas cuestiones se examinan en este estudio desde una perspectiva comparada, teniendo particularmente en cuenta los Derechos español, francés, alemán y suizo y el Common law, sin olvidar los recientes textos internacionales europeos de soft law.*

---

\* Miembro de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado. Este artículo se inscribe en el Proyecto de investigación «Actualidad y futuro de la responsabilidad civil extracontractual desde una perspectiva de Derecho europeo y comparado» (DER2011-25092); en su elaboración han sido fundamentales mis recientes estancias en el *Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht* de Hamburgo, a cuyos responsables expreso mi agradecimiento por facilitarme el acceso a sus instalaciones y a sus magníficos fondos bibliográficos. Código ORCID: 0000-0002-6313-3615.

**PALABRAS CLAVE**

*Predisposición dañosa. Eggshell skull rule. Relación de causalidad. Imputación objetiva. Causalidad hipotética. Causalidad adelantada. Cuantificación de la indemnización.*

**ABSTRACT**

*The present study considers those cases in which a victim of injury is someone with an abnormal predisposition for suffering the consequences of a particular event, such that their heightened vulnerability contributes to or aggravates the injury. In such cases, it is necessary to determine who will assume responsibility for the consequences of the injurious act, when these consequences derive from the victim's predisposition, and also to determine whether the perpetrator of the injurious act is answerable for consequences which, despite having been produced by the perpetrator, would not have been produced –or which would not have been produced with the same intensity– had it not been for the victim's predisposition. To this end, it is necessary to assess the ways in which such conduct might affect such a predisposition and the consequences which such predisposition would have produced before, or which it might have triggered later, even had the incident not occurred. Moreover, since it is a principle which is widely recognised in other European countries that wrongdoers must take the victim as they find him, this study will consider the possible justification of this principle, and possible exceptions to it. I thus analyse the way in which the victim's predisposition might affect the general conditions of liability, and particularly how it might affect the issues of causality and remoteness of damage. Furthermore, the validity of the above-mentioned principle does not prevent, in certain cases, the existence of such a predisposition from affecting the determination of the quantum debeatur. In this study, all these issues are examined from a comparative perspective, taking into particular account Spanish, French, German, and Swiss laws, Common Law, and recent international European soft law texts.*

**KEYWORDS**

*Pre-existing susceptibility. Victim's vulnerability or predisposition. Eggshell skull rule. Causation. Remoteness of damage. Superseding causation. Quantification of the amount of compensation.*

**SUMARIO:** I. *Introducción: las víctimas con predisposición dañosa.*– II. *Tipos de predisposición: sistematización y casuística.*–III. *Concepto de predisposición dañosa.*–IV. *La incidencia de las predisposiciones dañosas en la determinación de responsabilidades.*  
4.1 *Predisposición dañosa que al tiempo del accidente aún no ha tenido efectos perjudiciales cuantificables para el afectado ni tendría por qué haberlos tenido nunca.* 4.1.1 *Caracterización de la hipótesis.* 4.1.2 *La irrelevancia de la predisposición como regla general.* 4.1.3 *La justificación de la regla general y sus posibles excepciones. La predisposición dañosa de la víctima y los presupuestos de la responsabilidad del dañante.* 4.1.3.1 *La relación de causalidad.* 4.1.3.2 *La imputación objetiva.*

4.1.3.2.1 Previo. 4.1.3.2.2 El criterio de la adecuación. 4.1.3.2.3 El criterio del fin de protección de la norma fundamentadora de responsabilidad. 4.1.3.2.4 El criterio del riesgo general de la vida. 4.1.3.2.5 El criterio del incremento del riesgo. 4.1.3.2.6 El criterio de competencia de la víctima. 4.1.3.3 Predisposición y fuerza mayor. 4.1.3.4 Conclusión. 4.2 Predisposición dañosa cuyas consecuencias perjudiciales manifiestas se ven agravadas por el acto dañoso, sin el cual aquella no hubiera producido el resultado derivado de este. 4.3 Predisposición dañosa que con certeza hubiera provocado más tarde el mismo resultado que el acto dañoso.—V. *Alcance de la responsabilidad del causante de la predisposición.—Abreviaturas. Anexo jurisprudencial. Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN: LAS VÍCTIMAS CON PREDISPOSICIÓN DAÑOSA

1. El supuesto que me propongo analizar en este trabajo es aquel en que la conducta lesiva del agente afecta a una persona que padece una predisposición dañosa, esto es, que se encuentra en una situación por la que es especialmente vulnerable o anómalamente propensa a sufrir un evento dañoso como el ocurrido; pensemos, *v. gr.*, en alguien que padece hemofilia, una anormal fragilidad ósea, una enfermedad cardíaca, una alergia, una determinada lesión, una neurosis o una susceptibilidad especial, en una persona débil por su avanzada edad o su constitución física, en un alcohólico o un toxicómano; cualquiera de estas circunstancias, combinada con la conducta dañosa ajena, puede provocar en la víctima un daño que de otro modo no se hubiera producido o dar lugar en ella a un daño mayor al que se daría en circunstancias normales; por ello, la cuestión es determinar si en estos casos el autor de la conducta dañosa debe responder de todos los daños derivados de ella, incluidos los que solo se explican por la particular vulnerabilidad de la víctima.

Obviamente, el problema no es nuevo. Así lo atestigua la existencia de fallos judiciales bastante antiguos sobre la materia. El primero en Alemania es una Sentencia del RG de 16 de noviembre de 1881, relativa a un supuesto en el que el trabajador de una fábrica sufrió una caída en su puesto de trabajo, produciéndose por ello una hernia inguinal; los médicos constataron que antes del accidente la víctima tenía un defecto muscular que le predisponía a la hernia. En Inglaterra la primera Sentencia al respecto es de 1901, caso *Dulieu v. White & Sons*, en el que una mujer en la fase final del embarazo sufrió un fuerte *shock* cuando un coche de caballos negligentemente conducido irrumpió en el local en el que ella esta-

ba sirviendo, a resultas de lo cual su hijo nació con una deficiencia mental.

En este trabajo me centraré en las *predisposiciones de orden físico o psíquico*, si bien el tema también podría plantearse en relación con lo que podríamos denominar *predisposiciones de tipo patrimonial o económico*, en el sentido de que la fragilidad económica de la víctima puede asimismo agravar las consecuencias de una conducta dañosa potenciando los daños materiales derivados de la misma. Como ejemplo de esta situación cabe mencionar el caso inglés *Owners of Dredger Liesbosch v. Owners of Steamship Edison* (1933), en el que el dueño de una draga que había sido hundida negligentemente por los demandados, teniendo que cumplir un contrato que tenía con un tercero y no estando en condiciones de comprar una nueva, se vio obligado a alquilar otra draga a unos costes muy elevados<sup>1</sup>.

El problema de las predisposiciones dañosas puede asimismo darse en ámbitos distintos del de los daños personales y, en concreto, en relación con los *daños a animales* y los *daños a cosas*, cuando en unos u otras concurren antes del hecho dañoso circunstancias que, en combinación con la conducta dañosa, propician la causación o agravación del daño material sufrido por el dueño del animal o del objeto afectados. El caso de la STS de 15 de febrero de 1981 nos ofrece un ejemplo referido a daños en las cosas: un camión se empotró en un edificio en el que una de las propietarias tenía instalado un negocio de panadería y que, por los daños sufridos, debió ser derribado habida cuenta que la normativa urbanística aplicable no permitía su consolidación. La casuística judicial alemana nos brinda ejemplos relativos a daños sufridos por animales «especialmente sensibles»; así, la Sentencia del RG de 4 de julio de 1938 contempla un supuesto en el que unas zorras grises criadas en una granja mataron a sus crías después de que unos aviones sobrevolaran a altura normal el lugar en que se encontraban; y en una Sentencia de 2 de julio de 1991, el BGH resuelve un caso en el que los cerdos de un establo entraron en pánico y se atacaron los unos a los otros, como reacción al fuerte ruido provocado por el choque de dos vehículos en una carretera próxima.

Conducta dañosa y predisposición de la víctima concurren en la producción del daño y, por tanto, son los dos elementos en que debemos comenzar fijando la atención.

2. De un lado, *la conducta del dañante se caracteriza en este tipo de casos por desencadenar o agravar considerablemente los efectos de la previa propensión de la víctima*. Así, la persona con hemofilia, con un cráneo muy frágil o con una tuberculosis latente podrían no haber sufrido nunca los efectos de su patología de no

<sup>1</sup> Sobre esta y las otras Sentencias que cito en el párrafo siguiente volveré más adelante.

haber sido por la lesión que otro le causó, lesión que, por sí misma o por el tratamiento que requiere, actúa por tanto como *detonante* de esos efectos; por otra parte, quien, a resultas del accidente ocasionado por otro, queda ciego al perder el único ojo que antes tenía sano o inválido al empeorar la lesión previa que ya sufría, o sufre un infarto que convierte en definitiva su anterior incapacidad laboral transitoria por afección cardíaca, ve exponencialmente *agravados* los efectos de su anterior discapacidad. Se trata de daños que la víctima, pese a su predisposición, *en principio* no habría padecido de no ser por la conducta del dañante, por lo que bien puede pensarse que, habiendo sido esta el desencadenante del potencial daño de la predisposición, su autor debería responder de las consecuencias desatadas<sup>2</sup>.

3. Del otro lado está *la predisposición dañosa de la víctima*. La predisposición puede actuar de dos formas e influir, *o bien en la causación del daño* (es lo que ocurre cuando la conducta del tercero no hubiera ocasionado ningún perjuicio a la víctima si en esta no hubiera concurrido una especial propensión), *o bien en la ampliación de su extensión* (la predisposición agrava las consecuencias de la lesión ocasionada por el tercero)<sup>3</sup>. Dicho de otro modo, la predisposición puede, de una parte, aumentar la probabilidad de que la persona vulnerable sufra un daño (*aumentar el riesgo de daño*): quien tiene huesos frágiles o una enfermedad cardíaca o es psíquicamente inestable o hemofílico está más expuesto que otra persona que no esté en esa situación a padecer fracturas, infartos, neurosis o graves lesiones, respectivamente, al verse afectado por la conducta dañosa de un tercero. De otra parte, la predisposición puede dar lugar al *riesgo de sufrir un daño mayor*, de modo que las consecuencias que resulten de la conducta dañosa sufrida por la víctima sean más graves en ella de lo que lo hubieran sido en otro, precisamente por ser una persona predispuesta; tal puede ser la situación en cualquiera de los casos que acabo de apuntar, en los que la persona afectada por la predisposición no solo corre un riesgo mayor de sufrir un daño sino que normalmente también estará expuesta a padecer daños mayores a resultas de la conducta ajena (la fragilidad ósea, por ejemplo, determinará más fracturas y de mayor calado que las que el mismo golpe hubiera ocasionado, en su caso, a un sujeto con los huesos en estado normal); pero también puede haber predisposi-

<sup>2</sup> Digo *en principio* porque, como se verá, también es posible que la enfermedad previa de la víctima hubiera podido acabar provocando más tarde el mismo resultado que la conducta dañosa; no es que esta circunstancia tenga por qué exonerar por completo de responsabilidad al agente, pero sí puede incidir en la determinación del *quantum debeatur*.

<sup>3</sup> LIPP, *Krankheitsbedingte...*, p. 810.

ciones que únicamente se traduzcan en la agravación de los daños derivados de la conducta del tercero; el alcoholismo de quien es víctima de un accidente no tiene por qué aumentar la probabilidad de que sufra la rotura de una vértebra a resultas del accidente, pero sí puede agravar las consecuencias dañosas de esa rotura: la necesidad de ingreso hospitalario de la víctima alcohólica para tratarle la fractura puede provocar que la misma sufra una crisis de *delirium tremens* que acabe con su vida; lo mismo ocurre en el clásico ejemplo, ya mencionado, del tuerto que queda ciego por perder en el accidente su único ojo sano: que una persona sea tuerta no la hace más propensa a perder el ojo bueno —esto es, no incrementa el riesgo de que experimente esa pérdida—, pero sí hace que el daño ocasionado efectivamente a la víctima sea más grave, pues le deja privado de toda visión.

En Francia este último ejemplo ha sido utilizado para ilustrar la diferencia entre los términos *dommage* y *préjudice*, en cuya importancia para comprender mejor la forma en que la predisposición influye en el derecho de la víctima a una reparación insiste alguna doctrina gala<sup>4</sup>; en este sentido, se entiende por *dommage* el atentado ocasionado a la persona, que se aprecia en una determinada lesión; *préjudice*, en cambio, alude a las consecuencias de la lesión; así, en el ejemplo antes mencionado del tuerto que pierde su único ojo sano por la acción culposa de otro, el *dommage* es la pérdida de ese ojo, pero el *préjudice* que deriva de ello para esa persona (y que es lo que el responsable debe reparar) va más lejos, pues la lesión le ocasiona la ceguera<sup>5</sup>; partiendo de esta distinción, se observa que hay predisposiciones que aumentan el riesgo de sufrir una lesión (*dommage*) y predisposiciones que aumentan el riesgo de sufrir un perjuicio (*préjudice*) mayor<sup>6</sup>.

Por otra parte, en Alemania la cuestión debe analizarse partiendo de la regla general de responsabilidad extracontractual del § 823 I BGB; esta regla presupone la lesión de uno de los bienes jurídicos que el precepto menciona e impone la indemnización del daño de ahí resultante. Ello conduce a diferenciar entre la lesión del bien jurídico protegido (lo que podríamos denominar daño primario en alusión a lo que en alemán se llama *Erst-Verletzung*, *erste Rechtsgutverletzung* o *Primärschaden*) y el daño que deriva de dicha lesión (lo que podríamos llamar daños secuenciales, designado en alemán como *Folgeverletzung*, *weitere Rechtsgutverletzung* o *Folgeschaden*). Para ilustrar la diferencia valga el siguiente ejemplo<sup>7</sup>: S da un puñetazo a G, causándole una fuerte contusión en las costillas; G tiene que afrontar los gastos de curación y no puede

<sup>4</sup> Así, especialmente, HOCQUET-BERG, *Les prédispositions...*, núm. 6, cuyo enfoque es seguido por autores como BACACHE-GIBEILL, *Droit*, núm. 429.

<sup>5</sup> BRUN, *Responsabilité*, núm. 262.

<sup>6</sup> Así, v. gr., HOCQUET-BERG, *Les prédispositions...*, núm. 6, BACACHE-GIBEILL *Droit*, núm. 429 o QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai*, núm. 347 y nota 4 de p. 328, en la doctrina francesa. Sobre los efectos que se pretenden deducir de esta distinción, *vid. infra*, nota 18.

<sup>7</sup> Tomado de SCHWARZ/WANDT, *Gesetzliche*, núm. 124.

devolver la entrada ya comprada para asistir a un concierto; la contusión, como lesión a la integridad física, es el daño primario; el coste de sanación y la pérdida de la entrada son los daños derivados de la lesión.

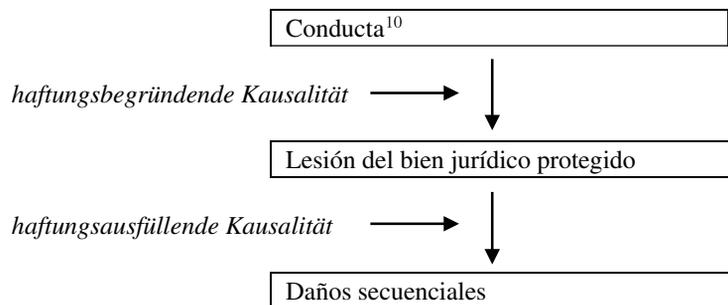
De este modo, en Alemania se distingue entre dos tipos de relaciones causales: la *haftungsbegründende Kausalität* y la *haftungsausfüllende Kausalität*. *Haftungsbegründende Kausalität* es la relación causal que debe mediar entre la conducta del dañante y la lesión del bien jurídico protegido (*Erst-Verletzung*); *haftungsausfüllende Kausalität* es la relación causal que ha de existir entre la lesión del bien jurídico y los daños derivados de esta (entre *Erst-Verletzung* y *Folgeschaden*). La *haftungsbegründende Kausalität* es un requisito del supuesto de hecho del § 823 I BGB y, por tanto, un presupuesto de la pretensión indemnizatoria, junto con la culpa o el dolo del agente y la ilicitud de su conducta; la *haftungsausfüllende Kausalität*, en cambio, determina la extensión del daño a indemnizar y debe examinarse al decidir acerca de los daños que han de ser reparados<sup>8</sup>. Pues bien, podría decirse que las predisposiciones dañosas de la víctima pueden incidir en una u otra de esas relaciones; así, de un lado, la predisposición puede propiciar que de una conducta se siga una lesión (como ocurre, por ejemplo, cuando el suceso dañoso ocasiona en una persona psicológicamente vulnerable una grave neurosis, que constituye una lesión a su salud –daño primario–); de otro lado, la predisposición puede determinar que de la lesión a un bien jurídico se deriven daños que de otro modo no se habrían producido o no con la misma gravedad (por ejemplo, puede dar lugar a que la víctima de una lesión física sufra graves secuelas psicológicas –daños secuenciales–)<sup>9</sup>; en el primer caso, la predisposición de la víctima actúa como concausa de la lesión primaria y en el segundo como concausa del daño secuencial.

<sup>8</sup> Sobre esta distinción puede verse, v. gr., SCHWARZ/WANDT, *Gesetzliche*, § 16, núms. 123 y 124 y MÜLLER, *Spätschäden...*, pp. 129 y 130. También OETKER, § 249, núms. 105 a 108, que es uno de los autores que se muestra crítico con ella así como con la tesis mayoritaria según la cual para determinar la *haftungsbegründende Kausalität* se aplicaría la teoría de la equivalencia de las condiciones, mientras que en el ámbito de la *haftungsausfüllende Kausalität* habría que recurrir a la teoría de la adecuación y al fin de protección de la norma; a su juicio, estos últimos criterios son también relevantes para decidir si la pretensión indemnizatoria misma procede y, por otra parte, los contornos del criterio de la adecuación se confunden con frecuencia con los de la culpa (*op. cit.*, núm. 111).

Sean cuales sean los reparos dogmáticos que puedan hacerse, la referida distinción tiene en Alemania una importante repercusión en materia de prueba, por el distinto nivel de exigencia que para uno y otro tipo de causalidad resulta de los §§ 286 y 287 ZPO; así, según apunta MÜLLER (*Spätschäden...*, p. 130), es jurisprudencia consolidada del BGH que la prueba de la *haftungsbegründende Kausalität* se rige por el § 286 ZPO y, por tanto, es más rigurosa y debe convencer plenamente al tribunal, mientras que la prueba de la *haftungsausfüllende Kausalität* no exige, conforme al § 287 ZPO, tal grado de seguridad, pudiendo bastar para fundar la convicción del tribunal con acreditar un alto grado de probabilidad.

<sup>9</sup> Sobre esta diferenciación en el ámbito de los daños psíquicos *vid. infra*, número 7 del epígrafe 4.1.3.2.2.

En otro sentido, LIPP, *Krankheitsbedingte...*, p. 810.



En nuestro Derecho, la regla general del artículo 1902 CC simplemente presupone la causación de un daño mediante una conducta culpable, aparte de la imputación objetiva del resultado dañoso; por tanto, el análisis se simplifica en algunos aspectos, lo que no impide que en otros muchos sea similar al que se hace en otros ordenamientos, tal y como veremos.

4. En todo caso, en cualquiera de las dos hipótesis descritas (mayor riesgo de daño o riesgo de daños mayores), la predisposición de la víctima propicia que la conducta del agente le ocasione daños que en otro sujeto no se habrían producido y, por tanto, tenga consecuencias que en otro caso no habría tenido. La medida ordinaria del daño se ve sobrepasada por un factor agravante inherente a la constitución de la víctima<sup>11</sup>. La predisposición, en fin, provoca un *desarrollo atípico o anormal del daño*, sea en el momento en que se produce el acto dañoso (en casos como el de una exagerada fragilidad ósea, *v. gr.*), sea en el período posterior a la producción del daño (como ocurre en los ejemplos del alcohólico que padece el síndrome de abstinencia o del sujeto psíquica o emocionalmente inestable que procesa de forma inadecuada el accidente). De ahí que la cuestión que surge inmediatamente es la de hasta qué punto el dañante tiene que reparar esos daños en cierto modo extraordinarios, que solo se explican por la previa situación de la víctima o, lo que es igual, hasta qué punto los mismos le son imputables<sup>12</sup>; el dañante aspirará a reparar únicamente el daño que él ha causado y no el debido a causas extrañas

<sup>10</sup> El esquema está tomado de SCHWARZ/WANDT, *Gesetzliche*, § 16, núm. 123.

<sup>11</sup> NGUYEN THANH NHA, *L'influence...*, p. 2.

<sup>12</sup> Para NGUYEN THANH NHA (*L'influence...*, p. 2) la cuestión es si, cuando un accidente entraña o agrava un daño corporal solo en razón de las particularidades fisiológicas de la víctima, esta puede pretender una indemnización íntegra o, por el contrario, la reparación debe limitarse a las consecuencias inmediatas del traumatismo sufrido, excluyendo las derivadas del estado patológico anterior; parecidamente, HOCQUET-BERG (*Les prédispositions...*, núm. 5) observa que se trata de saber si el autor de un hecho dañoso debe soportar las consecuencias de circunstancias que le son extrañas, relativas a particulares disposiciones «internas» de su víctima a cuyo descubrimiento él se ha limitado a contribuir. En términos similares, SCHULZE, *Die Haftung*, p. 14.

como las que tienen su origen en una predisposición de la víctima, pero la víctima podrá hacer valer el principio de reparación íntegra y aducir que su situación previa no hubiera dado lugar al perjuicio en cuestión de no haber sido por el acto dañoso<sup>13</sup>.

El tema, en definitiva, es determinar quién debe asumir las consecuencias que un acto dañoso provoca precisamente por la particular situación en que se halla la víctima y si el autor material de la conducta lesiva es responsable de estos daños que, si bien él ha provocado, no se hubiera producido –o no con igual intensidad– de no ser por la predisposición de la víctima<sup>14</sup>. En particular, se trata de determinar si esos daños se pueden considerar causados por él e imputables objetivamente a su conducta y si la relevancia causal de la predisposición de la víctima permite apreciar alguna causa de exoneración total o parcial a favor de aquel. De todo ello resulta que *la cuestión debe comenzar analizándose desde la perspectiva de la causalidad y, sobre todo, desde el ángulo de la imputación objetiva del daño* como uno de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual; dentro de este enfoque se puede encuadrar la cuestión de la posible apreciación de culpa o, cuando menos, de una conducta causalmente relevante por parte de la víctima. También estrechamente relacionado con ello surge el tema de si la predisposición dañosa puede o no dar lugar a la apreciación de una causa de fuerza mayor exoneratoria de responsabilidad.

Así, en el Derecho alemán la cuestión objeto del presente estudio se analiza habitualmente desde la perspectiva de la causalidad y la imputación del daño<sup>15</sup>. En el Derecho inglés el tema se aborda

<sup>13</sup> Sobre los términos de esta controversia *vid., v. gr.*, SCHULZE, *Die Haftung*, pp. 121 a 123.

NGUYEN THANH NHA (*L'influence...*, p. 3) ilustra este conflicto con el ejemplo del tuerto que queda ciego por el acto dañoso de otro: al tuerto que reclame una indemnización por ceguera total –observa esta autora–, el demandado le opondrá que únicamente debe responder de la pérdida del ojo sano y que la del otro no le es imputable, pero frente a esto podrá aducirse, no sin razón, que si el accidente no hubiera tenido lugar, la víctima aún vería; además, como observa BRUN (*Responsabilité*, núm. 262), lo que el responsable debe reparar no es la lesión causada sino los perjuicios derivados de esta y en este caso el perjuicio que causa a la víctima la lesión consistente en la pérdida de un ojo es la ceguera.

<sup>14</sup> La cuestión es la misma tratándose de daños en cosas o en animales: también entonces hay que determinar si el autor de la conducta dañosa debe o no reparar, y en qué medida, unos daños que en parte solo se explican por la particular predisposición al daño de la cosa o del animal afectados. Sin embargo, el valor preeminente de la persona y de sus bienes vida, integridad y salud puede justificar que en uno y otros casos las soluciones sean diferentes y la valoración de la imputación objetiva del daño distinta (*vid.* VON BAR, *Gemeineuropäisches*, núm. 465, 466 y 469; también PANTALEÓN, *Comentario...*, p. 1988, quien destaca a estos efectos la necesidad de «tomar en consideración el derecho de los enfermos y los débiles a llevar una vida normal»). En este punto me remito a lo expuesto *infra*, en el número 2 del epígrafe 4.1.3.2.1.

<sup>15</sup> Así lo constata, *v. gr.*, FINKE, *Die Minderung*, núm. 587.  *Vid.*, además, el repaso del estado de la cuestión en este Derecho que hace SCHULZE, *Die Haftung*, pp. 15 y ss.; también SCHIEMANN, § 249, núms. 35 a 46.

al tratar el presupuesto de responsabilidad de la imputación objetiva (la denominada *remoteness of damage*)<sup>16</sup>. El enfoque causal, entreverado con cuestiones de imputación, se encuentra asimismo presente en la doctrina francesa<sup>17</sup>, que en ocasiones trata este tema al propio tiempo desde la perspectiva de la reparación del daño<sup>18</sup>.

## II. TIPOS DE PREDISPOSICIÓN: SISTEMATIZACIÓN Y CASUÍSTICA

1. Los supuestos a considerar aquí son muy variados y pueden tener un alcance muy diverso; por ello parece útil tratar de sistematizarlos de acuerdo con algún criterio que pueda resultar útil en la exposición ulterior; así, parece tener sentido distinguir atendiendo a los efectos de la predisposición y a su relación con las consecuencias derivadas de la conducta dañosa enjuiciada. En esta línea, cabe delimitar dos situaciones básicas, dentro de las cuales son posibles, a su vez, ulteriores matices o distinciones; son las siguientes:

a) *Predisposiciones que hacen a la víctima más vulnerable* –porque aumentan las posibilidades de que sufra un daño o de que

<sup>16</sup> Vid., v. gr., ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, núm. 6-32, HARPWOOD, *Modern*, pp. 182 y 183, JONES, *Clerck & Lindsell*, núm. 2-158 o WALTON, *Charlesworth & Percy*, núm. 5-26.

<sup>17</sup> En este sentido, v. gr., es significativo el título de la monografía y tesis doctoral de MONTANIER, *L'incidence des prédispositions de la victime sur la causalité de dommage*, publicada en 1981.

<sup>18</sup> Así, HOCQUET-BERG (*Les prédispositions...*, núms. 6 y ss.) desarrolla su estudio sobre esta materia deslindando el problema de imputabilidad del daño y lo que denomina causalidad jurídica, de un lado, del de la reparación del perjuicio y determinación del *quantum debeatur*, de otro; aplican esta misma distinción autores como NGUYEN THANH NHA, *L'influence...*, p. 6 y BRUN, *Responsabilité*, núm. 262; en este sentido suele citarse la opinión de JOURDAIN (Obs. sous Civ. 1er, 28 octubre 1997, p. 123) que sitúa el problema de las predisposiciones de la víctima «en los confines de la causalidad y de la reparación». En la doctrina argentina, se hacen eco de este punto de vista PRÉVÔT y CHAIA, *Pérdida*, pp. 96 y 97, aunque subrayando la prevalencia del plano de la causalidad en el estudio que aquí interesa.

Volviendo a la doctrina gala, HOCQUET-BERG (*op. cit., loc. cit.*) ciñe el análisis de las cuestiones de causalidad e imputabilidad a las predisposiciones que aumentan el riesgo de sufrir una lesión, mientras que el problema de la determinación de la extensión de la reparación lo focaliza en las predisposiciones que determinan el riesgo de sufrir un daño mayor; a mi modo de ver, sin embargo, también estas últimas suscitan problemas del primer tipo: que la pérdida del ojo sano con que cuenta una persona tuerta le cause a ella un daño mayor al que sufriría en iguales condiciones un sujeto con perfecta visión no evita que el caso plantee también problemas relativos a la imputación objetiva del perjuicio inferido (ceguera); por otra parte, dado que la imputación objetiva sirve para (de)limitar las consecuencias dañosas que pueden ponerse a cargo del autor de la conducta que las ha causado, su análisis en el caso concreto (además del de la causalidad) sirve ya en buena medida para decidir acerca de la extensión de la reparación (particularmente en casos que aquí suelen estudiarse, como los de las predisposiciones que ya han ocasionado perjuicios a la víctima antes del accidente y los de predisposiciones que por sí solas habrían producido el mismo resultado que la conducta lesiva, solo que un tiempo después). Sobre todo ello habré de volver más adelante.

sufra daños más graves— pero *que por sí solas no habrían tenido para quien las padece consecuencias como las derivadas del hecho dañoso*. Puede tratarse de enfermedades o dolencias cuyos efectos adversos podrían no haberse hecho notar en quien las sufre de no haber sido por el hecho dañoso (hemofilia, fragilidad ósea anormal); enfermedades o procesos patológicos latentes que se desencadenan precisamente por la conducta dañosa, sin la cual aquellos podrían no haberse desarrollado ni manifestado jamás (quemadura que activa unas células premalignas, lesiones cuyo tratamiento médico agrava una tuberculosis poco activa...); o enfermedades o afecciones que, aun habiendo ocasionado ya perjuicios concretos al afectado, ven agravadas sus consecuencias por la conducta dañosa del tercero, sin que por sí solas hubieran llegado nunca a ocasionar esas consecuencias (como ocurriría, por ejemplo, si por la actuación del tercero la previa incapacidad parcial de la víctima se convirtiera en una incapacidad total que la enfermedad por sí misma nunca habría provocado).

De lo dicho resulta que dentro de esta hipótesis cabe, a su vez, diferenciar entre predisposiciones latentes y predisposiciones patentes; son *latentes* aquellas cuyos efectos perjudiciales son revelados o desencadenados por la conducta dañosa ajena, sin la cual la predisposición no hubiera tenido consecuencias para quien la padece; *patentes*, en cambio, son las que ya antes del accidente han ocasionado al afectado perjuicios concretos y mensurables. Como veremos, la distinción es importante a la hora de establecer los daños a reparar por el responsable<sup>19</sup>.

b) *Predisposiciones que, además de hacer a la víctima más vulnerable* (en el sentido ya indicado), *con el tiempo habrían ocasionado en quien las padece el mismo resultado que el provocado (anticipadamente) por la actuación dañosa del tercero*, de modo que a ese resultado se hubiera llegado en todo caso y aun sin la intervención del dañante; lo que hace esta es acelerar o adelantar los efectos que la afección llegaría a producir por sí sola. Tal es el caso cuando la víctima que fallece o queda incapacitada para trabajar a resultas del acto dañoso ajeno estaba aquejada ya en ese momento de una patología que habría abocado al mismo resultado un tiempo después; pensemos, por ejemplo, en una persona con una lesión de espalda cuya evolución natural la hubiera impedido trabajar en determinado plazo y que, a resultas del accidente ocasionado por un tercero y cuyos efectos nocivos se han visto potenciados por la lesión previa, queda incapacitada antes.

<sup>19</sup> Vid. *infra*, epígrafes 4.1 y 4.2.

De esta diferenciación básica que acabo de exponer es de la que partiré al desarrollar después el análisis de la incidencia de las predisposiciones dañosas en la determinación de responsabilidades<sup>20</sup>.

Centrado este estudio como está en los supuestos en que la víctima es anormalmente propensa a sufrir el daño que padece (o casos de predisposición dañosa), quedan fuera de su ámbito aquellos en que la víctima del acto dañoso está ya afectada por una patología que hubiera producido más tarde el mismo resultado que aquel pero *que no ha tenido incidencia alguna ni en la producción ni en la gravedad del daño*, una patología, en fin, que no le haya predispuesto particularmente a padecer el evento dañoso en cuestión; imaginemos, por ejemplo, un sujeto que, en el momento en que es golpeado mortalmente por otro padece un cáncer que con seguridad hubiera acabado con su vida más tarde, o que cuando queda incapacitado para trabajar a resultas de las graves fracturas que otro le causa tenía ya una afección cardíaca que habría determinado el mismo grado de incapacidad un tiempo después; si el cáncer no hace que el afectado esté más expuesto a fallecer cuando recibe un impacto mortal y la afección cardíaca tampoco aumenta la probabilidad de sufrir fracturas óseas, y ninguna de ambas dolencias agrava el daño resultante del acto lesivo (el golpe, en fin, hubiera ocasionado la muerte o idénticas lesiones a cualquier persona), no estamos ante casos de predisposición dañosa de la víctima, que son los que aquí interesan y en los que me centro en este trabajo. Ello no obstante, parece adecuado hacer en este momento algunas observaciones sobre este supuesto que, aun quedando fuera de mi foco de atención, tiene importantes aspectos en común con el que nos interesa. Las hipótesis de predisposición dañosa se caracterizan por la incidencia de la situación previa de la víctima en la producción o intensidad del daño; el hecho de que la predisposición de la víctima dé lugar a que sufra daños que sin ella no habría padecido es precisamente lo que lleva a preguntarse si los mismos son o no imputables al agente dañoso y en qué medida. En cambio, en este otro caso al que ahora me estoy refiriendo, la conducta dañosa del tercero es la única determinante del daño inicial (esto es, del que sufre la víctima –o, en su caso, otros perjudicados indirectos– antes del momento en que su dolencia hubiera producido el mismo resultado), de modo que respecto de él no se plantean las cuestiones de imputación objetiva que surgen en caso de predisposición. Ahora bien, más allá de eso, tanto en los casos de predisposición descritos *supra sub b*) como en los que describía al comienzo de este párrafo, estamos en un supuesto de *causalidad hipotética* y la dolencia que padece la víctima, y que a partir de un cierto momento habría ocasionado el mismo resultado que la conducta dañosa del tercero, puede comportar la exclusión de responsabilidad de este por los daños producidos a partir de ese momento<sup>21</sup>.

2. Por otra parte, y tal y como resulta de los supuestos que he ido mencionando hasta ahora como ejemplos, la predisposición

<sup>20</sup> *Vid. infra*, los diversos apartados del epígrafe IV.

<sup>21</sup> Sobre esta cuestión vuelvo más adelante: *vid. infra*, epígrafe 4.3.

dañosa de la víctima puede tener orígenes y características muy diversos.

a) Para empezar, si atendemos a *su causa*, la predisposición puede explicarse por distintos motivos. Así, en primer lugar, puede deberse a una circunstancia *ajena por completo a la voluntad del afectado* (como, por ejemplo, una enfermedad congénita o la edad); también puede tener su origen en una *conducta voluntaria suya*, como un consumo excesivo de alcohol, tabaco u otras drogas, o malos hábitos de vida desencadenantes de una particular vulnerabilidad porque propician en el afectado una peor reacción frente a los efectos o a las lesiones derivadas de un accidente; finalmente, la predisposición puede ser consecuencia de una *conducta culpable anterior de la víctima*, determinante, por ejemplo, de un accidente previo del que a la postre deriva su particular propensión al daño.

Adelanto ya aquí que, a los efectos de determinar las posibles consecuencias de la predisposición dañosa de la víctima y su posible incidencia en la determinación de la responsabilidad del causante material del daño, resulta *irrelevante*, en mi opinión, si la predisposición tiene un origen ajeno a la voluntad del afectado o trae causa de una conducta voluntaria o incluso negligente del mismo; lo que importa es la situación de vulnerabilidad en que se encuentra en el momento en que sufre el acto dañoso y no tanto a qué se deba la misma; no creo, en fin, que el origen voluntario o negligente de la predisposición deba traducirse en un tratamiento más severo para con la víctima en términos de apreciar más restrictivamente la responsabilidad del tercero, pues lo cierto es que es este quien provoca el daño; sobre ello volveré más adelante<sup>22</sup>.

El papel de la voluntad o de la negligencia del sujeto en el origen de la situación que da pie a su anómala propensión dañosa es una cuestión distinta a la de la *posible apreciación de culpa por parte de quien, sufriendo una predisposición, cualquiera que sea su origen, asume riesgos excesivos y se expone injustificadamente a sufrir un daño que, dada su situación personal, puede tener para él consecuencias más graves de las que tendría en alguien sano* (hipótesis en que la culpa de la víctima se añade a su predisposición). También trataré este tema más adelante<sup>23</sup>.

b) En segundo lugar, y en directa conexión con lo que acabo de señalar, la predisposición puede haberse descubierto y manifestado ya antes del accidente o desvelarse por primera vez precisa-

<sup>22</sup> Vid. *infra*, epígrafe 4.1.3.2.6, número 5.

<sup>23</sup> *Infra*, número 3 del epígrafe 4.1.3.2.6.

mente al ocurrir este, de modo que puede ser *conocida o no por quien la padece en el momento en que ocurre el suceso dañoso*. Este dato puede ser relevante cuando se trate de valorar la conducta de la víctima a los efectos de apreciar si en el caso concreto hubo o no alguna negligencia por su parte.

En cuanto al *conocimiento de la situación por parte del agente dañoso*, lo habitual es que no exista; uno de los casos más representativos en que sí se da es el de los tratamientos médicos que una persona requiere precisamente para tratar la dolencia que le afecta. En términos generales, el conocimiento al que me refiero puede determinar la elevación del patrón de diligencia exigible al tercero que toma contacto con una persona especialmente vulnerable<sup>24</sup>. Con todo, esto no significa que haya que considerar que quien ignora la predisposición dañosa de su víctima no responde de los daños que la predisposición propicia por no poderse apreciar culpa de su parte; como veremos, la particular vulnerabilidad del afectado no es por sí causa que excluya la culpa del dañante.

c) La mayor propensión al daño puede manifestarse tanto en el *plano físico* (persona físicamente más frágil o débil por su constitución, por una patología, por edad, etc.) como en el *psíquico* (persona que, sea por un desorden psíquico, sea por una especial sensibilidad, tiene dificultades para asimilar la experiencia vivida por el evento dañoso padecido y, en su caso, las lesiones físicas consecuentes); las afecciones de las que, en su caso, puede traer causa la predisposición dañosa pueden también ser de cualquiera de ambos tipos. La principal dificultad que suscita la determinación de las propensiones psicológicas al daño y, sobre todo, de los daños de este tipo respecto de los físicos es frecuentemente de tipo probatorio, siendo esa su peculiaridad más destacada. Como ya indiqué en otro momento, la predisposición también puede tener su origen en causas de tipo *económico* (escasos medios o recursos de la víctima del daño), supuesto que, sin embargo, queda fuera del objeto de análisis de este trabajo.

<sup>24</sup> Como ejemplo de esta situación cabe citar el caso de la SAP Toledo 20 de mayo de 2005, en el que un enfermo sufrió una fractura de húmero al ser bajado de una ambulancia para su ingreso en un hospital; la Audiencia sostuvo que la patología previa del hombre –con deterioro de toda la trama ósea del húmero derivado de un proceso metastático– era precisamente «la que justifica(ba) la adopción de unas especiales medidas de cuidado a la hora de realizar las operaciones de acceso, traslado y descenso de los enfermos de la ambulancia, especialmente si ello determina la necesidad de ayudar al mismo en el momento de descender de la ambulancia, limitándose el enfermo a ser un sujeto pasivo de la acción determinante del daño».

Por su parte, GARCÍA-RIPOLL MONTUJANO (*Imputación*, p. 182) apunta que el conocimiento del estado de un sujeto determinará normalmente «el deber de abstenerse de una conducta que, en otro caso, sería lícita o no haría responder por todas las consecuencias dañosas del accidente» (como, p. e., el deber de no responder con un puñetazo a una agresión previa si se sabe que el agresor padece una grave enfermedad que, asociada al golpe, puede provocarle la muerte).

### III. CONCEPTO DE PREDISPOSICIÓN DAÑOSA

Sintetizando lo expuesto y dejando a un lado las situaciones de tipo económico a que acabo de aludir, la predisposición dañosa puede definirse como un estado o particularidad de la víctima, sea físico o psíquico, que, cualquiera que sea su causa, determina en ella una anormal propensión a sufrir un evento dañoso como el ocurrido en el caso concreto, bien porque incrementa el riesgo de que el afectado sufra un daño, bien porque determina que sufra un daño mayor al que padecería una persona sin esa propensión.

En mi opinión, no es necesario que el estado de la víctima que da lugar a su predisposición sea de carácter patológico y por ello omito este requisito en la definición; las razones que da en este sentido Hocquet-Berg<sup>25</sup> me parecen convincentes; así, esta autora observa que hay ciertas disposiciones genéticas, particularidades psicológicas o constituciones físicas que, sin ser patológicas, influyen en las repercusiones dañosas de un accidente; tampoco la edad es una enfermedad y, sin embargo, ejerce una incontestable influencia en las reacciones del organismo; finalmente, señala la misma autora, el carácter patológico o no de la predisposición aparece como algo especialmente artificioso cuando la misma no se ha manifestado ni ha provocado antes molestia alguna al afectado, como ocurre, por ejemplo, cuando un enfermo del corazón ha podido llevar una vida normal hasta que sufre el accidente cuyas consecuencias dañosas se ven agravadas por dicha enfermedad<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> *Les prédispositions...*, núm. 4.

<sup>26</sup> Este es un punto discutido en la doctrina francesa, dentro de la cual BACACHE-GIBELLI (*Droit*, núm. 429) comparte el parecer de HOCQUET-BERG, mientras que otros autores, como NGUYEN THANH NHA (*L'influence...*, p. 3) y, siguiendo a esta, MONTANIER (*L'incidence*, p. 19), circunscriben la predisposición a estados patológicos de la víctima.

También en la jurisprudencia encontramos avales de la posición aquí defendida. Así, a los efectos del examen que aquí interesa, la Sala 2.<sup>a</sup> de nuestro Tribunal Supremo incluye entre las condiciones preexistentes de la víctima su «constitución física» al tiempo que valora también su edad (así, v. gr., SSTS, 2.<sup>a</sup>, de 2 de marzo de 1989, 6 de marzo de 1991 y 4 de julio de 1997). Asimismo el BGH alemán alude a la edad junto al estado de salud al referirse a las circunstancias que pueden determinar la especial predisposición de la víctima (v. gr., Sentencia BGH de 3 de febrero de 1976).

La incidencia de la edad en la agravación del daño también es tomada en cuenta en la reforma, recientemente aprobada en nuestro país, del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, aprobada por Ley 35/2015, de 22 de septiembre; esta Ley entrará en vigor el 1.1.2016 y deroga el sistema de valoración de daños recogido en el Anexo del TRLRCSCVM. Así, al cuantificar el daño patrimonial a indemnizar por secuelas, y en concreto los gastos por necesidad de ayuda de tercera persona, la edad del lesionado se considera en el nuevo texto como un factor de incremento de esa necesidad a partir de los 50 años, creciendo progresivamente conforme la edad aumenta [arts. 124.2 y 125.4.c) TRLRCSCVM, en la versión que estará en vigor a partir del 1 de enero de 2016].

#### IV. LA INCIDENCIA DE LAS PREDISPOSICIONES DAÑOSAS EN LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDADES

Para ver en qué medida la predisposición de la víctima incide en la determinación de la responsabilidad del autor de la conducta dañosa parece conveniente tomar en cuenta tanto la forma en que esa conducta repercute en los efectos de la predisposición, como la potencialidad lesiva de la propia predisposición al margen de aquella conducta y, por tanto, los efectos que haya provocado ya antes o que hubieran podido derivarse de ella después aun cuando el accidente no hubiera tenido lugar. De ahí que en los supuestos que aquí interesan haya que considerar si la predisposición *había ocasionado o no* ya perjuicios concretos al sujeto antes de que este padeciera el accidente causado por el tercero (*infra*, 4.2 y 4.1, respectivamente), o *si habría acabado teniendo* para ese sujeto las mismas consecuencias que las provocadas anticipadamente por dicho accidente (*infra*, 4.3). En unos casos la conducta dañosa *desencadena* los efectos de la predisposición (*infra*, 4.1), en otros los *agrava* (*infra*, 4.2) y en otros los *adelanta* (*infra*, 4.3).

Desde este punto de vista cabría distinguir las siguientes situaciones:

1. Predisposición dañosa que, al producirse el accidente, aún no ha tenido consecuencias perjudiciales concretas para quien la padece ni tiene por qué tenerlas nunca.
2. Predisposición dañosa de la que ya se han derivado perjuicios concretos para quien la padece pero que por sí sola no hubiera llegado a producir el mismo resultado que el acto dañoso.
3. Predisposición dañosa de la que, se hayan derivado o no perjuicios para quien la padece, con seguridad habría acabado provocando en el afectado el mismo resultado que el acto dañoso, solo que un tiempo después.

Paso a analizarlas separadamente.

##### 4.1 PREDISPOSICIÓN DAÑOSA QUE AL TIEMPO DEL ACCIDENTE AÚN NO HA TENIDO EFECTOS PERJUDICIALES CUANTIFICABLES PARA EL AFECTADO NI TENDRÍA POR QUÉ HABERLOS TENIDO NUNCA

###### 4.1.1 Caracterización de la hipótesis

Estamos ante predisposiciones cuyos efectos perjudiciales son provocados por la conducta dañosa ajena. En este caso el accidente

activa una afección que la víctima tenía ya antes o a la que estaba genéticamente predispuesta, provocando un daño enteramente nuevo a quien padece una predisposición cuyas consecuencias no se hubieran manifestado –o no de modo tan grave– de no ser por aquel; *el acto dañoso actúa como elemento desencadenante o revelador de los efectos de la predisposición*, la cual, por su parte, agrava las consecuencias lesivas de dicho acto; por eso la doctrina francesa habla aquí de predisposiciones *latentes*<sup>27</sup>; el término que suele emplearse en Alemania para referirse a esta situación es el de (*besondere*) *Schadensanfälligkeit*<sup>28</sup>. Pensemos en enfermedades como una anómala fragilidad ósea o la hemofilia, que, con independencia de que fueran o no conocidas por quien las padece, podrían no haber dejado nunca sentir sus efectos sobre él de no ser por el hecho dañoso<sup>29</sup>; en predisposiciones genéticas a una enfermedad o patologías latentes que sin ese hecho no se hubieran desarrollado nunca o cuya evolución en ese sentido, al menos, no pudiera determinarse con seguridad<sup>30</sup>; en fin, y

<sup>27</sup> Como observa HOCQUET-BERG (*Les prédispositions...*, núm. 22) refiriéndose a esta situación, el accidente «es el elemento desencadenante de complicaciones que no hubieran ocurrido sin él. (... ..) los problemas, aun teniendo su origen en las predisposiciones de la víctima, no se hubieran manifestado jamás –o no con igual amplitud– sin el accidente, que ha constituido el elemento revelador de las predisposiciones, generalmente desconocidas por asintomáticas, de la víctima. El estado latente, conocido o no por la víctima, no había provocado hasta ahora ninguna molestia en la vida social o profesional de la víctima»; parecidamente, NGUYEN THANH NHA, *L'influence...*, pp. 27 y 28; ambas autoras ofrecen abundantes ejemplos tomados de la práctica judicial francesa. En términos parecidos se expresa en la doctrina alemana SCHULZE, *Die Haftung*, p. 33, asimismo con una relación de supuestos de este tipo resueltos por los tribunales de ese país (pp. 37 a 45).

<sup>28</sup> Por todos, SCHULZE, *Die Haftung*, p. 33.

<sup>29</sup> El caso *Wilson v. Birt Pty Ltd.* (1963), resuelto por el Tribunal Supremo de Sudáfrica nos dispensa un ejemplo de esta situación: desmontando un andamio, al demandante le cayó sobre la cabeza una pieza de madera, lo que le produjo varias heridas pequeñas; después del accidente sufrió varios ataques epilépticos; según dictamen médico, ello fue consecuencia de que la madera le golpeó justamente en una parte de la cabeza que no estaba protegida por el cráneo porque el trozo de hueso en ese lugar le había sido retirado años atrás a raíz de una lesión; el tribunal condenó a la empresa demandada a indemnizar el daño. Otro ejemplo nos lo brinda el caso *Bishop v. Arts & Letters Club of Toronto* (1978), en el que la Corte Suprema de Justicia de Ontario condenó a un club a la entera reparación del daño sufrido por uno de sus miembros, hemofílico, que se cayó a resultas del defectuoso funcionamiento de la puerta de salida del local; si hubiera sido una persona normal –sostiene el tribunal– habría sido de esperar una normal recuperación de una simple fractura; sin embargo, en su estado no podía ser así y el demandante estaba legitimado para obtener una compensación basada en sus propias necesidades especiales.

<sup>30</sup> Algunos casos judiciales pueden ilustrar este supuesto.

Así, en el caso resuelto por la Sentencia BGH de 2 de abril de 1968, la víctima de un accidente de tráfico ocasionado culpablemente por otro se sometió, para restablecerse de las fracturas sufridas, a un tratamiento médico que incluía saunas y baños de arena; este tratamiento hizo que se agravara la tuberculosis que la víctima padecía ya al tiempo del accidente de forma insignificamente activa y por eso desconocida; los peritos dictaminaron que, de no haber sido por el accidente, la poco activa tuberculosis muy posiblemente habría pasado desapercibida y habría cedido sin ayuda médica. Por ello el BGH entendió que la enfermedad era consecuencia del accidente y, por tanto, debía tomarse en cuenta al calcular la reparación del daño moral (*vid.* también, en sentido similar, la Sentencia del OLG Frankfurt a. M. 11 de abril de 1979, sobre un caso en el que las lesiones derivadas de

en general, en dolencias o estados de la víctima que, habiendo o no tenido ya repercusiones en su estado de salud o situación general, no le hayan supuesto antes del accidente incapacidades definidas o perjuicios concretos cuya preexistencia deba tomarse en cuenta al valorar las consecuencias derivadas de ese accidente y no hubieran podido tener por sí solas las consecuencias provocadas por la intervención del tercero: una dolencia cardíaca que propicia un ataque al corazón en quien sufre un gran sobresalto<sup>31</sup>, una tendencia neurótica o una fragilidad emocional que deriva en graves daños psíquicos<sup>32</sup>, una hipertensión que provoca un derrame cerebral<sup>33</sup>, unas úlceras en el ojo que provocan el deterioro de la vista<sup>34</sup>, el alcoholismo que da

un accidente de tráfico desencadenaron la esclerosis múltiple a la que estaba predispuesta la víctima).

En el caso inglés *Smith v. Leech Brain & Co. Ltd.* (1962), un galvanizador sufrió mientras trabajaba una quemadura en el labio, que degeneró en un carcinoma y le provocó la muerte tres años después; se constató que la víctima tenía ya antes una predisposición al cáncer y que la quemadura actuó como promotora de la enfermedad, por lo que la empresa fue condenada a indemnizar a la viuda por no haberle proporcionado una careta protectora (con todo, el fallo es contradictorio porque, tras considerar que sin el accidente el cáncer no se hubiera desarrollado, después rebaja la indemnización concedida a la viuda por estimar posible todo lo contrario: *vid.* al respecto SCHULZE, *Die Haftung*, p. 98; la certeza de que el carcinoma se habría desarrollado en todo caso situaría este supuesto entre los que trato *infra*, sub 4.3 en lugar de aquí).

Un caso parecido al anterior fue el resuelto por la *Cour d'appel* Amiens en su Sentencia de 6 de enero de 1998 (de la que da cuenta VON BAR, *Gemeineuropäisches*, núm. 467): un jugador de balonmano propinó a otro un puñetazo, ocasionándole una fractura cuya necesaria operación no pudo llevarse a cabo al descubrirse en el lugar afectado un carcinoma; el tribunal condenó al responsable a indemnizar a la víctima dos tercios del total del daño, estimando indemnizable el desarrollo acelerado del carcinoma a resultas del golpe y la pérdida de la oportunidad de sanación (nuevamente, si hubiera podido constatarse con seguridad que el cáncer se hubiera desarrollado en todo caso después, estaríamos en la hipótesis 4.3, *infra*).

<sup>31</sup> Casos, *v. gr.*, de las Sentencias del OLG Düsseldorf de 15 de noviembre de 1991 (conductor que estuvo a punto de atropellar a un niño que irrumpió inopinadamente en la calzada) y OLG Schleswig de 18 de agosto de 1988 (enorme ruido provocado por un avión a reacción al sobrevolar una vivienda), ambas estimatorias de la demanda, como veremos en su momento.

<sup>32</sup> El caso que contempla la Sentencia OLG Hamm 2 de abril de 2001 nos proporciona un ejemplo: un maquinista de trenes chocó con una camioneta por culpa del conductor de esta, que resultó ileso; el maquinista debió jubilarse anticipadamente porque el *shock* sufrido por el accidente le ocasionó graves daños psíquicos; en ello influyó la previa vulnerabilidad de la víctima, que ya antes había tenido hasta ocho accidentes en su trabajo, tres de ellos con resultado mortal por tratarse de suicidios, habiendo tenido lugar uno de estos precisamente en el mismo lugar en que se produjo el último accidente; el OLG estimó la pretensión indemnizatoria del actor. En el Derecho inglés cabe citar como ejemplo el caso *Hay or Bourhill v. Young* (1943), en el que una mujer embarazada de ocho meses sufrió un *shock* por el sobresalto que le produjo el ruido de un accidente de tráfico ocurrido a veinte metros de ella, que no vio pero que le hizo sentir que ella misma estaba en peligro; el bebé nació muerto un mes después y la pretensión indemnizatoria de la mujer fue estimada.

<sup>33</sup> Caso, por ejemplo, de la Sentencia del BGH de 6 de junio de 1989, sobre la que volveré más adelante.

<sup>34</sup> Como en el caso *Warren v. Scruttons Ltd.* (1962): un trabajador se hirió en un dedo mientras descargaba un barco, la herida se infectó y la infección hizo que empeorara la visión de un ojo que tenía dañado desde su infancia por varias úlceras.

lugar a que la víctima del accidente sufra una crisis de *delirium tremens* que determina su fallecimiento o que agrava los daños ocasionados<sup>35</sup>, etc.<sup>36</sup>.

#### 4.1.2 La irrelevancia de la predisposición como regla general

1. Es una idea muy extendida en Derecho comparado que, en este tipo de casos y en principio, *el responsable ha de reparar todos los daños ocasionados a la víctima, aun aquellos que se deriven exclusivamente de su especial vulnerabilidad*, habida cuenta que los mismos *no se habrían producido de no ser por el acto dañoso del responsable*<sup>37</sup>.

Como decía, esta regla de un amplio reconocimiento en los países de nuestro entorno<sup>38</sup>. Dedico las páginas siguientes a exponer las directrices generales que encontramos en ellos en esta materia.

2. En *Common law* la regla, conocida como *eggshell skull rule* o *thin skull rule* (regla del cráneo de cáscara de huevo o cráneo débil), se formula diciendo que el dañante debe tomar a su víctima tal como la encuentra («*if the wrong is established the wrongdoer must take the victim as he finds him*»). Esta fórmula fue expresada por Lord Wright en *Hay or Bourhill v. Young* (1943) y múltiples Sentencias la han reiterado después<sup>39</sup>. Pero ya antes J. Kennedy había afirmado lo siguiente en *Dulieu v. White & Sons* (1901): «*If a man is negligently run over or otherwise injured in his body, it is no answer to the sufferer's claim for damages that he would have suffered less injury, or not injury at all, if he had not had an unusually thin skull or an unusually weak heart*»<sup>40</sup>; en la misma línea,

<sup>35</sup> Como en los casos de las Sentencias de la francesa *Cour de cassation*, 2<sup>e</sup> civ de 13 de enero de 1982 y 7 de abril de 2005 y del OLG de Braunschweig de 19 de febrero de 1996, que también se verán después.

<sup>36</sup> Insisto en la necesidad de que esas afecciones no hubieran comportado para la víctima ya antes del accidente perjuicios que debieran tomarse en cuenta al calcular la reparación, como, por ejemplo, un determinado grado de incapacidad laboral (dato este que separa este supuesto del que se contempla en el epígrafe siguiente, *infra*, 4.2); también es necesario que no pueda establecerse con certeza que esas afecciones más tarde habrían acabado provocando el mismo daño que la conducta dañosa (circunstancia esta que deja este caso fuera de la hipótesis contemplada *infra*, en el epígrafe 4.3).

<sup>37</sup> En este sentido, NGUYEN THANH NHA (*L'influence...*, p. 27) observa: «No se ve por qué habría que tener en cuenta en el cálculo de la reparación aquello que no existe más que virtualmente antes del accidente».

<sup>38</sup> Así lo apunta también VON BAR, *Gemeineuropäisches*, núms. 466 a 468, que ilustra lo dicho con Sentencias de tribunales de diversos países europeos que aplican dicha regla.

<sup>39</sup> V. gr., *Marcroft v. Scruttons Ltd.* (1954), *Smith v. Leech Brain & Co. Ltd.* (1962), *Warren v. Scruttons Ltd.* (1962), *Wilson v. Birt (Pty.) Ltd.* (1963), *Wieland v. Cyril Lord Carpets Ltd.* (1969), *Malcolm v. Broadhurst* (1970), *Robinson v. Post Office* (1974), *Bishop v. Arts & Letters Club of Toronto* (1978), *Page v. Smith* (1996) o *Athey v. Leonati* (1997).

<sup>40</sup> SCHULZE, *Die Haftung*, p. 96, nota 1, destaca lo llamativo que resulta que en esta Sentencia se tome como ejemplo de especial predisposición por parte de la víctima la debi-

Mackinnon apuntaba en *Owens v. Liverpool Corp.* (1939): «(O)ne who is guilty of negligence to another must up with idiosyncrasies of this victim that increase the likelihood or extent of damage to him: it is no answer to a claim for a fractured skull that its owner had an unusually fragile one».

A este respecto se observa que la regla de que el demandado debe tomar a su víctima tal como la encuentra significa que es responsable de todo el daño aun cuando su gravedad o extensión se hayan visto incrementadas por la previa vulnerabilidad de la víctima; siempre que fuera previsible algún daño personal, no cabe oponer que una persona «normal» no habría sufrido daños en la misma medida<sup>41</sup>. La regla quiere decir<sup>42</sup> que una vez que el demandado tiene un deber hacia el demandante y lo vulnera, su responsabilidad no se limita a los daños que fueran razonablemente previsibles al tiempo del accidente sino que se extiende también a los más graves provocados por la previa debilidad del demandante.

Años después de la formulación de la *eggshell skull rule*, la doctrina sentada en el caso *Wagon Mound (Nr. 1)* (1961) suscitó la cuestión de si esta modificaba o no la regla inicialmente establecida para los casos de predisposición dañosa de la víctima, en atención a consideraciones de previsibilidad del daño. El citado caso se refiere a lo que en Derecho inglés se conoce como *remoteness of damage*, noción con la que se pretende poner un límite a los daños que, siendo consecuencia material de la conducta del demandado, deben ser reparados por él.

*Remoteness of damage* se diferencia así de *causation*, siendo ambos presupuestos de la responsabilidad de aquel que haya vulnerado un deber de cuidado (*duty of care* y *breach of duty* son los otros dos presupuestos de la responsabilidad por culpa). Como apunta Harpwood<sup>43</sup>, la *causation* (o *cause in fact*) es una cuestión de hecho: el demandante debe probar que el acto negligente le causó el daño por el que reclama; en este ámbito se recurre al «*but-for*» test, que viene a coincidir con lo que conocemos como teoría de la equivalencia de las condiciones; en cambio, la *remoteness of damage* (o *cause in law*) es una cuestión de Derecho con la que se trata de poner un límite a la extensión del daño por el que el demandado debe responder. Se trata, en definitiva, de la diferenciación que trazamos en nuestro Derecho entre causalidad e imputación objetiva<sup>44</sup>.

lidad del cráneo, cuando un caso de este tipo no se dio en la práctica hasta mucho tiempo después (concretamente, en *Wilson v. Birt Pty Ltd.* (1963)); por eso mismo, observa (*op. cit.*, p. 91) que es también asombroso que este haya sido el supuesto contemplado al dar nombre a la regla *thin skull*.

<sup>41</sup> Así, WALTON, *Charlesworth & Percy*, núm. 5-26.

<sup>42</sup> Así, ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, núm. 5-56.

<sup>43</sup> *Modern*, pp. 161, 162 y 178.

<sup>44</sup> Para el Derecho alemán, SCHULZE (*Die Haftung*, pp. 77 y 80) afirma el paralelismo entre *remoteness of damage* y *haftungsausfüllende Kausalität*, mientras que la *causa-*

La responsabilidad, pues, presupone que el daño no sea demasiado remoto (o alejado del acto que lo provocó) (*too remote*). Al concretar este presupuesto, inicialmente, y conforme se estableció en *Re Polemis and Furness, Withey & Co.* (1921), se entendió que la responsabilidad se extendía a todo daño que fuera *consecuencia directa* del acto indebido, aunque el tipo o la extensión del daño hubieran sido imprevisibles<sup>45</sup>. Pero esta doctrina fue muy criticada por considerarse injusta y se abandonó en *Wagon Mound (Nr. 1)* (1961), Sentencia en la que el *Privy Council* pasó a poner el acento en *si el tipo de daño era o no razonablemente previsible*, entendiéndose que, si lo es, se responde por todo el daño aunque su extensión o sus consecuencias fueran imprevisibles; en cambio, cuando el daño producido no es del mismo tipo que el daño previsible es cuando se considera demasiado remoto; la cuestión es, por tanto, concretar qué se entiende por «tipo» de daño<sup>46</sup>. Como decía antes, inmediatamente surgió la cuestión de si el principio sentado en *Wagon Mound (Nr. 1)* afectaba a la regla *thin skull*; esto resultaba comprensible, pues podría considerarse que el daño al que da lugar la especial propensión de la vícti-

---

*tion* se correspondería tanto con el concepto general de *Kausalität* como con el más concreto de *haftungsbegründende Kausalität*; sobre estas nociones en Derecho alemán me remito a lo ya señalado *supra*, en el epígrafe I.

<sup>45</sup> Los hechos en este caso fueron los siguientes: en una bodega de un barco se había acumulado buena cantidad de vapor de gasolina proveniente de unos bidones que contenían esa sustancia; los trabajadores contratados por los fletadores para descargar el barco dejaron caer negligentemente en la bodega una plancha de metal y el golpe produjo una chispa que dio lugar a un incendio que destruyó el barco por completo. El Tribunal de Apelación hizo responder a los fletadores basándose en que el daño era una consecuencia directa de la conducta negligente enjuiciada.

<sup>46</sup> En el caso citado ocurrió que una gran cantidad de combustible fue a parar a las aguas de un puerto por la negligencia de los demandados, que estaban cargando su barco (el *Wagon Mound*) con esa sustancia. Los trabajadores del astillero de la demandante, que estaban realizando tareas de soldadura en un barco, interrumpieron su labor al percatarse de la capa que cubría la superficie pero, tras informarse de que el combustible no podía incendiarse sobre el agua, reanudaron su trabajo; sin embargo, dos días después se produjo un incendio que provocó graves daños a la actora, constatándose que había caído metal fundido en un trapo que había en un trozo de madera que flotaba en el agua, de modo que el trapo incendiado había actuado como una mecha provocando que el combustible que cubría la superficie ardiera. El *Privy Council* absolvió a los dueños del *Wagon Mound*, entendiéndolo que solo se responde civilmente de los daños probables de la propia conducta, debiendo utilizarse al efecto como parámetro lo que un hombre razonable pueda prever y bastando con que el tipo de daño pudiera preverse; en el caso era previsible un daño por contaminación, no un daño por fuego; siendo este último un tipo de daño imprevisible, los demandados no tenían que responder de él (obviamente, la conclusión sería distinta si por «tipo de daño» se entendiera, más ampliamente, «cualquier daño material»: *vid. JONES, Clerck & Lindsell*, núm. 2-155).

Esta es la doctrina que se ha consolidado; así, en *Hughes v. Lord Advocate* (1963), *Bradford v. Robinson Rentals Ltd.* (1967), *Page v. Smith* (1996), *Jolley v. Sutton London Borough Council* (2000) y *Corr v. IBC Vehicles Ltd.* (2008). Con todo, se ha observado (HARPODD, *Modern*, pp. 180 y 181) que los tribunales no siempre han sido consecuentes con este enfoque, dando la impresión frecuentemente de que, además del tipo de daño, debe ser previsible también *la forma en que el accidente ocurrió*; a este respecto *vid.* también WALTON, *Charlesworth & Percy*, núms. 5-17 a 5-22 y JONES, *Clerck & Lindsell*, núm. 2-151.

ma es *de tipo distinto* al razonablemente previsible, no cubierto, por eso mismo, por la responsabilidad del agente<sup>47</sup>. Sin embargo, a la cuestión se le dio enseguida una respuesta negativa en *Smith v. Leech Brain & Co. Ltd.* (1962), siendo esa también la opinión doctrinal dominante<sup>48</sup>. Así, en *Smith v. Leech Brain & Co. Ltd.*, se trataba del caso, al que ya he aludido algo más atrás, en el que un trabajador al que su empresa no le había proporcionado una protección adecuada, sufrió una quemadura en el labio al salpicarle el metal fundido con que operaba; la quemadura degeneró en un cáncer del que la víctima falleció pocos años después; quedó probado que el trabajador tenía una predisposición a dicha enfermedad. Pues bien, Lord Parker C. J. sostuvo que *Wagon Mound (Nr. 1)* no había cambiado la regla de que el dañante debe tomar a su víctima como la encuentra y declaró a los demandados responsables de la muerte del operario; para Lord Parker, la cuestión no era si estos podían haber previsto razonablemente que la quemadura causaría un cáncer y que el trabajador moriría, sino si «pudieron razonablemente prever el tipo de daño que sufriría, concretamente la quemadura. Cuál sea en el caso particular la cuantía del daño que sufre a resultas de esa quemadura depende de las características y constitución de la víctima». El supuesto ilustra bien la importancia práctica que en este contexto tiene lo que se entienda por «tipo de daño»; si el «tipo de daño» es la quemadura (como entendió Lord Parker) o, en general, un daño personal, su producción era razonablemente previsible en el caso (pues lo es que quien trabaja con metal fundido sin protección puede quemarse con una salpicadura del material), lo que hace al demandado responsable de todas las consecuencias de ese daño (incluida la muerte); en cambio, si se entiende que el «tipo de daño» que debe ser razonablemente previsible es el cáncer, la conclusión sería otra porque en el caso el demandado no podía haber previsto el cáncer sino únicamente la quemadura, un daño de tipo distinto, lo que conduciría a descartar su responsabilidad<sup>49</sup>.

En el caso *Stephenson v. Waite Tileman Ltd.* (1973), resuelto por el Tribunal de Apelación de Wellington, Richmond J., tras

<sup>47</sup> En su análisis del Derecho inglés, SCHULZE (*Die Haftung*, p. 107), por ejemplo, sostiene que, en rigor, la regla *thin skull* está en abierta contradicción con las directrices establecidas en *Wagon Mound (Nr. 1)*.

<sup>48</sup> De ello daba cuenta en 1984 SCHULZE, *Die Haftung*, p. 108 (citando como opinión discrepante la de ROWE, *The Demise...?*, pp. 387 y 388); actualmente la doctrina mayoritaria sigue siendo la misma: *vid.*, v. *gr.*, ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, núm. 6-32, JONES, *Clerck & Lindsell*, núm. 2-159 y WALTON, *Charlesworth & Percy*, núms. 5-15 y 5-26.

<sup>49</sup> *Vid.* a este respecto JONES, *Clerck & Lindsell*, núm. 2-160. En definitiva, y como apunta FINKE (*Minderung*, núm. 425), cuanto más estrecho sea el concepto que se maneje del «tipo» de daño, más probable será que no pueda considerarse previsible para el demandado, con la consecuencia de que no tenga que responder por él.

reparar diversas opiniones doctrinales y decisiones de tribunales de Inglaterra, Escocia, Irlanda y Canadá, llegaba a la misma conclusión de que la regla *eggshell skull* seguía en vigor tras la Sentencia *Wagon Mound*<sup>50</sup>; y si bien admitía la dificultad de decidir sobre una reconciliación teórica adecuada entre la referida regla y el principio *Wagon Mound*, apuntaba que a efectos prácticos no importa si la primera se considera como una excepción del segundo o si las consecuencias imprevisibles se contemplan simplemente como algo que afecta más a la extensión del daño que al tipo de daño<sup>51</sup>. Richmond J. concluía que en los casos de daños por lesión física a una persona, seguían vigentes los principios que imponían responsabilidad por las consecuencias derivadas de la previa y especial susceptibilidad de la víctima y que la cuestión de la previsibilidad debía limitarse a la lesión inicial, debiendo decidir el tribunal *a quo* si la misma es de un tipo que el demandado razonablemente debiera haber previsto como un riesgo real; coincidente con este parecer y en el mismo caso, Macarthur J. apuntaba, además, que aplicar el test de previsibilidad de las consecuencias finales en casos de daños corporales, supondría atribuir a los jurados una tarea en la que con frecuencia solo puede haber incertidumbre. En el caso contemplado por la Sentencia, un trabajador se había herido en una mano por negligencia de su empresa, que no se aseguró de que se protegiera con guantes y de que el cable que tenía que manipular estuviera en las condiciones precisas para no causar daños; la herida se infectó por un virus desconocido que causó una grave lesión cerebral; se entendió que la responsabilidad se extendía también a ese daño.

Por lo demás, la *eggshell skull rule* se considera aplicable por igual a las predisposiciones físicas que a las *psíquicas* (caso este último en el que se habla de *eggshell personalities*) y a los daños de uno y otro tipo<sup>52</sup>. En este punto es de cita obligada el caso *Page v. Smith* (1996); en esta Sentencia, adoptada por mayoría, la *House of Lords* aplica la citada regla y sostiene que, si es previsible un daño personal al demandante, el demandado responde de cualquier daño psíquico que sufra el demandante a resultas de la negligencia del demandado, incluso aunque el daño físico al final no se hubiera producido y el daño psíquico fuera en sí imprevisible; apunta Lord Lloyd que no hay razón para contemplar el daño físico y el psíquico-

<sup>50</sup> En la misma línea puede citarse también la Sentencia del Tribunal Supremo de Sudáfrica en el caso *Wilson v. Birt Pty Ltd.* (1963).

<sup>51</sup> Sobre esta cuestión vuelvo *infra*, en el número 4 del epígrafe 4.1.3.2.2, donde la pongo en relación con el concepto de «tipo» de daño que se baraje.

<sup>52</sup> Al respecto puede consultarse ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, núms. 5-56 y 6-32, HARPWODD, *Modern*, pp. 61, 62 y 183, JONES, *Clerck & Lindsell*, núms. 2-154 y 2-163 o WALTON, *Charlesworth & Percy*, núms. 5-31 a 5-33.

co como daños de distinto «tipo»; también que es irrelevante que el demandante tuviera una predisposición a una enfermedad psíquica, o que la enfermedad adopte una forma extraña o sea inusualmente severa; «el demandado ha de tomar a su víctima como la encuentra», concluye Lord Lloyd<sup>53</sup>. En este sentido, puede concluirse con Harpwood<sup>54</sup> que, cuando se trata de una *víctima primaria* –que es aquella que participa en el accidente o que, involucrada en él mediata o inmediatamente, sufre por lo que ve u oye–, el hecho de que la misma tuviera una predisposición psíquica no es razón para que el tribunal le niegue una reparación con base en el carácter remoto del daño<sup>55</sup>.

3. En Alemania se parte de la misma regla que en el Derecho inglés. Es jurisprudencia largamente reiterada que quien lesiona o actúa ilícitamente contra una persona de salud débil no puede exigir que se le trate como si hubiera dañado a alguien sano<sup>56</sup>. El RG sentó esta regla básica en su Sentencia de 26 de abril de 1937; en ella sostuvo, además, que la merma de la capacidad laboral que se produce cuando un accidente tiene efectos especialmente graves por afectar a una persona de salud débil es, en sentido jurídico, una *consecuencia* en toda su extensión del accidente y que la causación del estado (en que se encontraba la víctima por su predisposición) era *adecuada* al accidente. En la misma línea, el BGH ha sostenido repetidamente que la *imputación* del daño no desaparece por la circunstancia de que se deba a la constitución débil de la víctima o a que esta ya tuviera daños previos y que el dañante no puede aducir

<sup>53</sup> La misma doctrina se aplica, v. gr., en *Donachie v. The Chief Constable of the Greater Manchester Police* (2004).

La citada regla no significa que el demandado deba tomar también a la familia de la víctima tal como es; así se apuntó en el caso *McLaren and others v. Bradstreet* (1969), en el que la madre neurótica de tres jóvenes que habían sufrido leves lesiones físicas a resultas de un accidente de tráfico generó tal ambiente de histeria que provocó que se perpetuaran en los demandantes unos síntomas que, de otro modo, habrían desaparecido a corto plazo: la histeria familiar desatada –sostiene el Tribunal de Apelación en su Sentencia– no era previsible y rompió la cadena causal.

<sup>54</sup> *Modern*, pp. 61 y 62.

<sup>55</sup> A las *víctimas secundarias* –aquellas que no participan en el accidente sino que lo presencian, convirtiéndose en testigos pasivos e involuntarios del daño causado a otros– me refiero en otro lugar: *vid. infra* número 3 del epígrafe 4.1.3.2.4; sobre la diferenciación entre víctima primaria y secundaria, *vid. HARPWODD, Modern*, pp. 50 a 52.

<sup>56</sup> «*Wer einen gesundheitlich schon geschwächten Menschen verletzt, kann nicht verlangen, so gestellt zu werden, als wäre der Betroffene gesund gewesen*»; o «*wer unerlaubt gegen einen gesundheitlich geschwächten Menschen handelt, hat kein Recht darauf, so gestellt zu werden, als ob er einen gesunden Menschen verletzt habe*» (así o muy parecidamente, v. gr., las Sentencias BGH de 9 de mayo de 1970, 30 de abril de 1996, 5 de noviembre de 1996, 11 de enero de 1997, 19 de abril de 2005 y 10 de julio de 2012, siguiendo la doctrina que ya consagró el RG en Sentencias como las de 26 de abril de 1937 y 29 de abril de 1942 y cuyo núcleo se hallaba ya presente en la primera Sentencia del RG sobre un caso de este tipo, de 16 de enero de 1881; en idéntico sentido también las Sentencias OLG Karlsruhe 25 de enero de 1966, OLG Hamm 2 de julio de 2001, OLG Frankfurt a. M. 10 de septiembre de 2003 y Schleswig 18 de septiembre de 2003, entre muchas).

que el daño solo se ha producido o ha sido de especial entidad porque la víctima era especialmente vulnerable por una anomalía o una propensión a la enfermedad<sup>57</sup>; en definitiva, el riesgo de la predisposición dañosa de la víctima debe ser soportado por el dañante<sup>58</sup>. Estas reglas se consideran aplicables por igual a los daños físicos y a los psíquicos<sup>59</sup>.

La doctrina comparte mayoritariamente este planteamiento<sup>60</sup>. Kötz y Wagner lo ponen en relación con el § 823 I BGB; en este sentido explican que, una vez que un sujeto ocasiona de forma dolosa o culposa la lesión a un bien jurídico y no hay causas de justificación ni de exoneración, se da el supuesto de hecho del § 823 I BGB y es preciso determinar de qué consecuencias de esa lesión debe responder aquel; pues bien, para decidir sobre ello –destacan–, no importa si el dañante podía y debía haber previsto los daños secuenciales en cuestión; la negligencia o el dolo van referidos a la lesión al bien jurídico (o lesión primaria), no a los daños derivados de esta; basta con que estos daños hayan sido causados por aquella lesión. Consecuentemente, sostienen los mismos autores, quien hiere a otro dolosa o culposamente responde conforme al § 823 I BGB también de las consecuencias especialmente graves que puedan derivarse del hecho de que la víctima fuera un hemofílico y quien negligentemente causa a otro una hernia inguinal no puede quedar liberado aduciendo que el afectado tenía ya antes una propensión a esa lesión. Todo ello, sin perjuicio de posibles excepciones a esta regla general<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Sentencias del BGH de 5 de octubre de 1968, 19 de mayo de 1970, 6 de junio de 1989, 30 de abril de 1996, 11 de noviembre de 1997, 19 de abril de 2005 y 10 de julio de 2012; también las Sentencias del KG 22 de abril de 2002, OLG Frankfurt a. M. de 11 de abril de 1979 y 10 de septiembre de 2003, OLG Hamm 5 de marzo de 1998 y 2 de abril de 2001, OLG Nürnberg 16 de junio de 1998 y OLG Schleswig 18 de septiembre de 2003.

<sup>58</sup> Sentencia del OLG Celle de 18 de julio de 1980.

<sup>59</sup> Sentencias del BGH de 9 de febrero de 1956, 11 de mayo de 1971, 12 de noviembre de 1985, 16 de marzo de 1993, 30 de abril de 1996, 11 de noviembre de 1997, 19 de abril de 2005 y 10 de julio de 2012, del KG de 22 de abril de 2002 y 15 de marzo de 2004, OLG Braunschweig de 3 de marzo de 1997, OLG Nürnberg de 16 de junio de 1998, OLG Hamm de 2 de abril de 2001 y 20 de junio de 2001 y OLG Düsseldorf de 14 de julio de 2003.

<sup>60</sup> Así, entre muchos, LIPP, *Krankheitsbedingte...*, pp. 811 y 813, SCHIEMANN, § 249, núms. 35 y 39, FINKE, *Die Minderung*, núms. 243, 402 y 649, SCHULZE (R.), §§ 249-253, núm. 21, STAUDINGER, § 823, núm. 53, STOHR, *Psychische...*, pp. 163 y 166, OETKER, § 249, núms. 139 y 191, KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht*, núm. 210, SLIZYK, *Beck'sche*, núm. 53 y WAGNER, § 823, núm. 134. No faltan, sin embargo, voces discrepantes: *vid.*, por todos, SCHULZE (Ch.), *Die Haftung*, pp. 57 a 59 y 117 y ss., en especial pp. 134 y 135 (donde se pronuncia rotundamente en contra de que el dañante responda por los daños derivados de la predisposición de su víctima), con cita de otros autores también críticos con la regla jurisprudencial (en la p. 57).

<sup>61</sup> KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht*, núms. 210 y 211; parecidamente, LIPP, *Krankheitsbedingte...*, p. 810. También SCHIEMANN, § 249, núm. 35, rechaza que la imputación del daño a su causante deba quedar excluida con carácter general por el hecho de que la predisposición de la víctima haya contribuido a la causación del daño.

La doctrina jurisprudencial antes expuesta debe completarse con un dato más, que se refiere en particular a la indemnización del daño moral: los tribunales alemanes han señalado repetidamente que la existencia de una predisposición dañosa en la víctima (o de un daño previo con los riesgos que el mismo entraña) puede justificar una rebaja de esa indemnización<sup>62</sup>; así, se apunta que puesto que la víctima tiene derecho a una reparación adecuada del daño moral, cuya determinación se basa en consideraciones de equidad conforme al § 847 BGB, debe tomarse en cuenta si el comportamiento dañoso únicamente ha desencadenado una predisposición dañosa ya existente en la constitución del dañado y los perjuicios a la salud son efectos de esa predisposición<sup>63</sup>; esto se considera igualmente aplicable a las predisposiciones psíquicas<sup>64</sup>. Parece que son sobre todo consideraciones de equidad las que en muchas de las resoluciones citadas justifican esta postura, pues tanto el § 253 II como el § 847 I BGB se refieren a la indemnización equitativa de este tipo de daño cuando regulan su resarcibilidad<sup>65</sup>; además, a veces se apunta a la función de satisfacción que tiene la indemnización del daño moral, en tanto que esa función surtiría mucho menos efecto cuando en la víctima misma concurren circunstancias inusuales que agravan el daño<sup>66</sup>.

4. En Suiza, una jurisprudencia consolidada sostiene que es preciso diferenciar según el tipo de predisposición dañosa y sus efectos y, en concreto, distinguir los casos en que el daño basado en la predisposición también se hubiera producido (en toda su extensión o en parte) sin el accidente, de aquellos en que previsiblemente el daño no habría sobrevenido sin el accidente (*v. gr.*, Sentencias BG de 31 de marzo de 1987, 22 de febrero de 2000, 15 de enero de 2002, 14 de septiembre de 2004, 14 de octubre de 2008 y 25 de marzo de 2009)<sup>67</sup>. El segundo caso es el que ahora estamos considerando<sup>68</sup>; *cuando el daño no hubiera sucedido de no ser por*

<sup>62</sup> Sentencias BGH de 2 de septiembre de 1981 y 11 de noviembre de 1997, KG de 15 de marzo de 2004 y OLG Hamm de 5 de marzo de 1998 y 20 de junio de 2001, OLG Schleswig de 18 de septiembre de 2003 y auto OLG Celle de 1 de febrero de 2011, aparte de las que se citan a continuación.

<sup>63</sup> En este sentido, la Sentencia BGH de 5 de noviembre de 1996, con cita de otras.

<sup>64</sup> Así, las Sentencias BGH de 30 de abril de 1996 y 11 de noviembre de 1997 y las Sentencias OLG Braunschweig de 3 de marzo de 1997 y OLG Düsseldorf de 14 de julio de 2003.

<sup>65</sup> También FINKE, *Die Minderung*, núm. 403, apunta esta justificación.

<sup>66</sup> Así, la Sentencia del OLG Hamm de 5 de marzo de 1998. Sobre las funciones que se atribuyen a la reparación del daño moral, la Sentencia del KG de 15 de marzo de 2004 apunta que son dos: la compensación a la víctima por los daños no patrimoniales y la satisfacción al dañado por lo que el dañante le ha hecho; ambas deben ser tenidas en cuenta, según la misma Sentencia, al calcular la cuantía de la reparación del daño moral.

<sup>67</sup> A este respecto, *vid.*, *v. gr.*, BREHM, artículo 44 OR, núms. 55 y 57a-57g, STUDHALTER, *Konstitutionelle...*, pp. 618 y ss. y HEIERLI/SCHNYDER, artículo 41 OR, núm. 28.

<sup>68</sup> En este epígrafe 4.1; más adelante trato el caso mencionado en primer lugar, en el que la predisposición o bien ha tenido efectos dañosos ya antes del accidente (epígrafe 4.2)

el accidente, la jurisprudencia entiende que el responsable *responde por entero* de él aun cuando la previa situación patológica de la víctima haya favorecido su producción o haya ampliado su medida<sup>69</sup>. En este sentido, el BG suizo afirma la *adecuación* también de las singulares consecuencias del accidente que se deben a la constitución de la víctima<sup>70</sup>; así, por ejemplo, la Sentencia BG 31 de marzo de 1987 apunta que aunque las consecuencias del accidente sean singulares por la previa situación patológica de la víctima, no hay razón para excluirlas de entrada de la noción de relación causal adecuada, pues ello significaría dejar pagar al propio dañado por sus debilidades como si el dañante pudiera elegir el estado de salud de la víctima<sup>71</sup>. En definitiva, pues, las singulares consecuencias del accidente que se deban a la constitución de la víctima forman parte del daño y deben incluirse en él a la hora de cuantificarlo conforme al artículo 42 OR<sup>72</sup>. La regla general en esta materia se formula en los mismos términos vistos en Alemania: quien daña ilícitamente a una persona de salud débil no tiene derecho a que se le trate como si hubiera dañado a una sana<sup>73</sup>.

o bien habría acabado provocando con el tiempo los mismos efectos que el accidente, de no haber este ocurrido (epígrafe 4.3); el daño entonces no es consecuencia del accidente, al menos en cierta medida, por lo que la predisposición debe tomarse en cuenta al cuantificar aquel conforme al artículo 42 OR; este precepto regula la determinación del daño y mientras en su párrafo 1 exige la prueba del mismo a quien reclame su indemnización, en el párrafo 2 dispone que cuando su montante exacto no pueda establecerse, el juez lo determinará equitativamente en consideración al curso ordinario de las cosas y a las medidas adoptadas por el dañado.

<sup>69</sup> La Sentencia BG 31 de marzo de 1987 pone como ejemplos de esta situación la hemofilia, la diabetes, una elevada fragilidad ósea o la tendencia a la neurosis.

<sup>70</sup> Así, las Sentencias BG 24 de febrero de 1986, 26 de marzo de 2004, 16 de noviembre de 2004 y 25 de marzo de 2009, entre otras; de ello dan cuenta autores como HEIERLI/SCHNYDER, artículo 41 OR, núm. 28 y BREHM, artículo 44 OR, núm. 56.

<sup>71</sup> Esta Sentencia civil es citada por la Sentencia de la *Cour de cassation* penal suiza de 18 de mayo de 2005, que sostiene la misma tesis en el ámbito que le es propio; en este sentido, apunta que la causalidad adecuada se admite aunque el comportamiento del autor no sea la causa directa o única del resultado, importando poco que este se deba a otras causas, como el estado de la víctima; «(1)a imprevisibilidad de un acto concurrente –dice– no basta en sí para interrumpir la relación de causalidad adecuada. Hace falta además que este acto tenga una importancia tal que se imponga como la causa más probable y la más inmediata del suceso considerado, relegando a un segundo plano todos los otros factores que han contribuido a ocasionarlo y especialmente el comportamiento del autor»; y continúa: «Según la doctrina y la jurisprudencia, un estado de salud deficiente o una predisposición de la víctima no constituye una circunstancia apta para romper el nexo causal... Así, el automovilista que lesiona mortalmente a un peatón causa la muerte de la víctima aunque esta última haya muerto desangrada porque era hemofílica o haya fallecido a consecuencia de complicaciones causadas por la pérdida de un riñón».

<sup>72</sup> Vid. al respecto WEBER, *Zurechnungs...*, p. 78.

<sup>73</sup> Sentencias BG de 31 de marzo de 1987, 22 de febrero de 2000, 14 de octubre de 2008 y 25 de marzo de 2009, entre otras.

Apunta WEBER, *Zurechnungs...*, pp. 81 y 82, en este sentido que, de igual modo que cuando hay un accidente de tráfico, se parte evidentemente de la solidez de los vehículos implicados y no de una calidad media, el dañante ha de tomar a la persona tal como es, con todos sus puntos fuertes y también con todas sus debilidades; cuál sea el estado de la vícti-

No obstante, se admite que la participación de la predisposición en la causación puede ser tomada en cuenta en el marco del artículo 44 OR y, por tanto, *al calcular la cuantía de la indemnización*<sup>74</sup>; con todo cualquier rebaja de la indemnización que pueda hacerse en consideración al estado previo de la víctima debe tener carácter excepcional y por regla general *no puede basarse exclusivamente en ese estado*, sino que deben concurrir además otras circunstancias que hagan aparecer como injusto cargar en el responsable la totalidad del daño (sentencia BG 22 de febrero de 2000)<sup>75</sup>.

5. En Francia, la *Cour de cassation* ha sostenido de forma reiterada que «el derecho de la víctima a la reparación del perjuicio no debe ser reducido a causa de una predisposición cuando la afección que ha derivado de ella no ha sido sino provocada o revelada por el hecho dañoso»<sup>76</sup>; la doctrina comparte esta opinión<sup>77</sup>.

ma –recuerda citando otra opinión– es la fortuna o el infortunio, no solo del dañado, sino también del responsable.

<sup>74</sup> En este sentido se pronuncian, por ejemplo, las Sentencias BG 31 de marzo de 1987, 22 de febrero de 2000, 14 de septiembre de 2004, 14 de octubre de 2008 y 25 de marzo de 2009.

En este punto hay que tener en cuenta que el artículo 43 OR dispone en su párrafo 1 que el tipo y la extensión de la indemnización del daño causado *los determina el juez*, quien a tales efectos debe tomar en cuenta las circunstancias y la dimensión de la culpa. Después, el artículo 44 OR, párrafo 1, establece que *el juez puede rebajar la indemnización* o excluirla por completo cuando el dañado ha consentido el comportamiento dañoso o cuando circunstancias de las que él es responsable han contribuido a ocasionar o agravar el daño o a empeorar de otro modo la posición del obligado a indemnizar; estamos ante lo que se considera una decisión de equidad (WEBER, *Zurechnungs...*, p. 79).

<sup>75</sup> Sobre esta cuestión *vid.* STUDHALTER, *Konstitutionelle...*, pp. 624 a 630; como criterios mencionados por el BG a los efectos indicados, este autor apunta la exposición al peligro por parte del dañado de forma imputable, una desproporción manifiesta entre el accidente y el daño, la levedad de la culpa del responsable y la omisión por parte de la víctima de medios y precauciones que hubieran servido para compensar su impedimento. *Vid.* también BREHM, artículo 44 OR, núms. 57f y 58c y HEIERLI/SCHYDER, artículo 44 OR, núm. 14.

A estas situaciones aludía ya WEBER en su comentario a la citada Sentencia del BGH de 1 de marzo de 1987 (*Zurechnungs...*, pp. 73, 81 y 82), donde parte del principio de que la predisposición de la víctima no justifica por sí reducción alguna de la indemnización conforme a los artículos 43 y 44 OR.

Por lo demás, y acerca de la significación práctica del deslinde trazado por el BG y, por tanto, de que la predisposición se tome en cuenta o bien al cuantificar *la indemnización* (para rebajarla de acuerdo con el artículo 44 OR) o bien al cuantificar *el daño* (para excluir de él determinados perjuicios conforme al art. 42 OR), me remito a BREHM, artículo 44 OR, núm. 57d y STUDHALTER, *Konstitutionelle...*, pp. 619 y 620; *vid.* también Sentencia BG 14 de septiembre de 2004.

<sup>76</sup> Lo apunta así HOCQUET-BERG, *Les prédispositions...*, núm. 23, con amplia cita jurisprudencial en nota 62, a la que cabe añadir, como Sentencia posterior en idéntico sentido la de la *Cour de cassation*, 2<sup>e</sup> civ., 10 de noviembre de 2009, según la cual «*le droit de la victime à obtenir l'indemnisation de son préjudice corporel ne saurait être réduit en raison d'une prédisposition pathologique lorsque l'affection qui en est issue n'a été provoquée ou révélée que par le fait dommageable*»; la misma autora indica que, cuando no se puede establecer que las lesiones habrían aparecido sin el hecho dañoso, los jueces imponen al demandado la reparación integral del perjuicio invocado por la víctima.

<sup>77</sup> Es el caso, por ejemplo, de NGUYEN THANH NHA, *L'influence...*, pp. 23, 26 y ss., o de HOCQUET-BERG, *Les prédispositions...*, núm. 24 (quien advierte del peligro que com-

6. En nuestro país es sobre todo en la jurisprudencia penal en la que encontramos pronunciamientos más explícitos y generales en esta materia, en la misma línea que vengo destacando. Así, es doctrina reiterada de la Sala 2.<sup>a</sup> del TS que la relación causal entre la conducta enjuiciada y el resultado producido no se rompe por que se diera en la víctima una circunstancia que la hiciera particularmente vulnerable o propensa al daño sufrido (lo que en muchos casos se establece a los efectos de determinar la responsabilidad penal y, en ocasiones, para imputar la responsabilidad civil *ex delicto*). En este sentido, se parte de que no puede hablarse de ruptura del nexo causal en los cursos causales complejos en los que junto a una causa inmediata concurre una causa precedente o previa (STS 2.<sup>a</sup> de 2 de marzo de 1989) y que los factores preexistentes a la acción no interrumpen el nexo causal (STS 2.<sup>a</sup> de 6 de marzo de 1991); este es el caso –sostiene la sala de lo penal del TS– de las condiciones o «concausas preexistentes» de la víctima, expresión que comprende las «condiciones físicas o padecimientos preexistentes en el ofendido» (STS 2.<sup>a</sup> de 25 de abril de 1980), los supuestos de «lesiones orgánicas anteriores», «constitución física del herido» o «predisposición del paciente» (STS 2.<sup>a</sup> de 5 de octubre de 1988, 2 de marzo de 1989 y 6 de marzo de 1991), la «condición patológica de la víctima» (STS 2.<sup>a</sup> de 13 de noviembre de 1991) o «los padecimientos crónicos del ofendido, su estado de salud, su debilidad física» (STS 2.<sup>a</sup> de 4 de julio de 1997 y 24 de febrero de 2000). Como resume la STS 2.<sup>a</sup> de 14 de diciembre de 2011, es criterio consolidado que la existencia de un hecho preexistente, como una enfermedad de la víctima, no rompe la causalidad entre acción y resultado «pues se trataría de concausas y habrá de estarse a la acción que efectivamente realiza el resultado. En el supuesto de acciones agresoras sobre personas con alguna enfermedad preexistente o con menores defensas –continúa–, este hecho no evita que la efectiva causación del resultado provenga de la agresión que desencadenó su producción, pues la causa preexistente no produciría el resultado»; el hecho de que el daño no se hubiera producido por la sola predisposición de la víctima de no haber sido por la agresión es destacado también en otros fallos (STS 2.<sup>a</sup> de 25 de abril de 1980 y 26 de noviembre de 2008). Algunas Sentencias expresan la idea en términos de imputación objetiva; así, se apunta que la «existencia de... predisposición... de la víctima para reaccionar con menos defensas a los efectos de un ataque violento, no tiene aptitud para eliminar la imputación obje-

---

portaría autorizar a los responsables –y con ellos a sus aseguradores– a aplicar una especie de coeficiente de «fragilidad» para reducir la extensión de su obligación de reparar).

tiva que se deriva del mencionado ataque» (STS 2.<sup>a</sup> de 28 de abril de 1997) o que si concurre «una determinada enfermedad de la víctima, ello no interfiere la posibilidad de la imputación objetiva» (STS 2.<sup>a</sup> de 17 de enero de 2001); también, a partir de la constatación de que la acción enjuiciada generó un peligro jurídicamente desaprobado y objetivamente capaz de materializar causalmente el resultado producido, se concluye que concurre el requisito de la imputación objetiva (STS 2.<sup>a</sup> de 26 de noviembre de 2008)<sup>78</sup>.

En nuestra civilística, donde no se ha prestado gran atención al tema que aquí interesa, autores como Pantaleón<sup>79</sup> o García-Ripoll Montijano<sup>80</sup> se han expresado en la línea del parecer dominante expuesto hasta ahora<sup>81</sup>. Sin embargo, también hay alguna opinión

<sup>78</sup> En la misma línea, *vid.* SSAAPP Pontevedra –penal– 18 de febrero de 2002 y La Coruña –penal– 30 de abril de 2003. Por el contrario, justificando una rebaja de la indemnización por la situación anterior de la víctima, *vid.* SAP Sevilla –penal– 14 de diciembre de 2001.

En la jurisdicción civil faltan parecidas declaraciones generales sobre la cuestión que aquí interesa; como mucho, encontramos alguna afirmación como la de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS en Sentencia de 25 de marzo de 2010 en el sentido de que «el problema no es tanto de culpa de la víctima, porque ninguna culpa hay en padecer enfermedades..., cuanto de imputación al demandado de la causa de lo sucedido y de sus consecuencias»; por lo demás, en el orden civil encontramos tanto pronunciamientos que toman en cuenta una patología previa en la víctima para reducir la indemnización (así, las SSAAPP Huelva de 28 de septiembre de 2002, Valencia de 12 de abril de 2003, Sevilla de 15 de octubre de 2003 y Las Palmas de 24 de mayo de 2004) como otros que optan por lo contrario (*v. gr.*, las SSAP Alicante 8 de septiembre de 2003 –que disminuyó la indemnización, pero por culpa concurrente de la hija de la víctima, no por el estado de esta– y 5 de noviembre de 2004 y SSAAPP Sevilla de 14 de octubre de 2004, Madrid de 4 de abril de 2005 y Toledo de 20 de mayo de 2005). Las Sentencias citadas no se refieren a accidentes de circulación, aunque algunas toman en cuenta para justificar la rebaja el baremo aplicable en ese ámbito en el momento en que se dictaron.

En efecto, para este tipo de accidentes, el Anexo del TRLRSCVM (Apartado 1.<sup>º</sup>) contempla como factor corrector de disminución las incapacidades preexistentes que hayan influido en el resultado lesivo final; aunque, a mi modo de ver, este concepto no debería identificarse con el de predisposición de la víctima, lo cierto es que en bastantes ocasiones la disminución se aplica a patologías previas que no han dado lugar a una incapacidad determinada y cuantificable (caso este último que creo diferente y que trato *infra*, en el epígrafe 4.2). Además, la Sala 1.<sup>a</sup> del TS ha admitido en Sentencia de 20 de julio de 2011 la reducción de la indemnización en consideración a patologías previas de la víctima de un accidente de circulación, en particular al concretar la indemnización adicional por lesiones permanentes dentro de los márgenes previstos en la Tabla IV del Anexo del TRLRSCVM (para más detalles, *vid. infra*, número 4 del epígrafe 4.2). Como es sabido, la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, derogará el referido Anexo el 1 de enero de 2016, fecha de su entrada en vigor.

<sup>79</sup> *Comentario...*, p. 1985. INFANTE RUIZ, *La responsabilidad*, p. 164, secunda el enfoque de este autor, que también parece compartir MEDINA ALCOZ, *La culpa*, p. 148.

<sup>80</sup> *Imputación*, pp. 178 a 182.

<sup>81</sup> A los argumentos de uno y otro me iré refiriendo más adelante en los lugares oportunos; baste ahora con señalar que ambos inciden de algún modo en la necesidad de proteger a los débiles para no tratarlos como ciudadanos de segunda (PANTALEÓN, *Comentario...*, p. 1985) y en el riesgo de admitir la rebaja de la indemnización con base en la situación previa de la víctima, pues, según observa GARCÍA-RIPOLL (*Imputación*, p. 179), habida cuenta que nadie es física o psíquicamente perfecto, siempre habría motivos para esa disminución.

que discrepa<sup>82</sup>. Iré dando cuenta más detallada de estas posiciones en las páginas que siguen.

7. Con estos antecedentes no es de extrañar que el *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR) consagre la *eggshell skull rule* en su artículo VI.-4:101 (2), estableciendo que no debe tomarse en cuenta la predisposición dañosa de la víctima de un daño personal o del fallecido en relación con el tipo o la extensión del daño<sup>83</sup>. En el comentario a la regla se señala que en principio cualquier persona que daña a otra no debe quedar exonerada por el hecho de que antes la víctima tuviera una salud mala o una afección física o psíquica y que quien daña a una víctima de salud débil no puede demandar que se le ponga en la situación que habría existido si la víctima hubiera estado sana; igualmente, se dice, en los casos de daño psicológico, en principio el daño es atribuible a quien lo causa aunque la víctima sea especialmente vulnerable<sup>84</sup>.

#### 4.1.3 La justificación de la regla general y sus posibles excepciones. la predisposición dañosa de la víctima y los presupuestos de la responsabilidad del dañante

La regla general expuesta, conforme a la cual el causante del accidente debe reparar los daños que sufre la víctima aun cuando los mismos solo se expliquen por su particular predisposición dañosa y siempre que el accidente haya actuado como desencadenante de unos efectos que la predisposición por sí sola no habría tenido, dicha regla –digo– presupone admitir que, en estos casos, la

<sup>82</sup> Tal es el caso de DE ÁNGEL YAGÜEZ; este autor sostuvo en un artículo publicado en 1989 que «la predisposición patológica del lesionado puede y debe tenerse en cuenta para evaluar el perjuicio y por tanto cuantificar la indemnización» (*La reparación...*, p. 53); en una monografía aparecida en 2014 abunda en la misma idea cuando señala, de un lado, que dichas predisposiciones están dentro del riesgo general de la vida (*Causalidad*, p. 225) –lo que, entiendo, conduciría a excluir la imputación objetiva de los daños propiciados por aquellas– y, de otro, que si el demandante tenía una predisposición al daño mental sufrido, «el tribunal puede... reducir la indemnización teniendo en cuenta el desarrollo derivado del acontecimiento en cada caso» (*Causalidad*, p. 144; la cursiva es del texto citado).

<sup>83</sup> El citado artículo dice: «*In cases of personal injury or death the injured person's predisposition with respect to the type or extent of the injury sustained is to be disregarded*».

El artículo VI.-4:101 DCFR abre el Capítulo dedicado a la causalidad con la rúbrica de «Regla general» y caracteriza este presupuesto de responsabilidad en su párrafo (1), estableciendo que una persona causa un daño jurídicamente relevante a otra cuando el daño debe considerarse consecuencia de la conducta de esa persona o de la fuente de riesgo de que esa persona es responsable.

<sup>84</sup> STUDY GROUP, *Principles*, pp. 3573 y 3574; en el mismo lugar se advierte que, no obstante, puede haber situaciones en las que un daño preexistente justifique una reducción de la indemnización, como cuando la enfermedad hubiera provocado por sí sola, pero más tarde, el mismo daño que el accidente; este caso, sin embargo, no se enmarca en la hipótesis que ahora estoy tratando, sino en otra que abordo más adelante (*infra*, epígrafe 4.3).

situación anterior de la víctima no comporta la falta de ninguno de los presupuestos de responsabilidad del autor de la conducta dañosa. En concreto, que esa situación previa, que contribuye causalmente a la producción del daño o a su agravación, no excluye –en principio– la constatación del nexo causal entre dicho daño y la conducta del tercero, ni impide la imputación objetiva del mismo a su causante, no da lugar a la apreciación de culpa por parte de la víctima o de un supuesto de fuerza mayor con virtualidad exonatoria de responsabilidad<sup>85</sup>, ni justifica, en fin, la ausencia de culpa del dañante allí donde esta sea el criterio de imputación subjetiva. Este principio admite, no obstante, algunas justificadas excepciones. Partiendo de lo dicho, paso a analizar en qué medida la predisposición dañosa de la víctima puede o no incidir en los presupuestos de responsabilidad del autor de la conducta dañosa, particularmente causalidad e imputación objetiva.

#### 4.1.3.1 LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

1. Partiendo de los presupuestos de responsabilidad, el primero en el que es preciso detenerse en este tipo de casos es el de la *relación de causalidad*; partiendo de la teoría de la *equivalencia de las condiciones*, la predisposición puede verse como una concausa en tanto que, junto con la conducta dañosa del agente, produce o agrava el daño: habría dos causas en el plano material (por ejemplo, el atropello y la fragilidad de los huesos de la víctima, que dan lugar a graves lesiones y a los daños o perjuicios subsiguientes); ambas actúan como condiciones empíricas antecedentes que explican, de acuerdo con las leyes de la experiencia científica, el resultado producido<sup>86</sup>.

El hecho de que la predisposición dañosa sea en este sentido causa del daño no impide considerar asimismo como tal la conducta del tercero. El DCFR, por ejemplo, lo asume así cuando contempla las predisposiciones dañosas de la víctima y consagra su irrele-

---

<sup>85</sup> La conducta del sujeto pasivo del daño afecta a la imputación objetiva, uno de cuyos criterios (de exclusión) es el de competencia de la víctima. La fuerza mayor excluiría la imputación subjetiva en los casos de responsabilidad por culpa (por ser un evento imprevisible o inevitable) y también suele considerarse excluyente de la responsabilidad objetiva (en tanto evento que, además de imprevisible o inevitable, es ajeno a la esfera de riesgos del eventual responsable). En lo que nos interesa, las cuestiones a resolver son si la predisposición dañosa de la víctima podría dar lugar a la apreciación de culpa por su parte o si podría excluir (total o parcialmente) la imputación objetiva del daño al agente en virtud del criterio de competencia de la víctima; también si esa misma predisposición podría considerarse constitutiva de un supuesto de fuerza mayor de efectos exonatorios para el agente material del daño.

<sup>86</sup> Sobre esta noción de la teoría de la equivalencia de las condiciones, PANTALEÓN, *Comentario...*, pp. 1981 y 1982.

vancia en el primer artículo del Capítulo dedicado a la causalidad; en efecto, el artículo VI.-4:101 DCFR (rubricado como «Regla general») comienza estableciendo en su párrafo (1) que una persona *causa* un daño jurídicamente relevante a otra cuando el daño debe considerarse consecuencia de la conducta de esa persona o de la fuente de riesgo de que esa persona es responsable, para establecer seguidamente en el párrafo (2) que las predisposiciones de la víctima no deben tomarse en cuenta en casos de muerte y de daños personales; con ello se pone de manifiesto que tales predisposiciones no impiden considerar como causa del daño la conducta del agente o la fuente de riesgo de que se trate; en este sentido, los comentarios a esta regla señalan que en el caso contemplado en el párrafo (2) en conjunción con el párrafo (1), el daño al cuerpo o la salud o la muerte deben verse como una consecuencia de la conducta relevante<sup>87</sup>.

Obviamente, este planteamiento está en la base de toda resolución judicial u opinión doctrinal favorable a la responsabilidad del autor de la conducta que desata o actualiza las consecuencias de la predisposición dañosa de la víctima pues un presupuesto básico de dicha responsabilidad, previo a la consideración misma de los requisitos de imputación, es la relación de causalidad<sup>88</sup>. Con todo, en ocasiones los tribunales subrayan explícitamente esta idea, al señalar que los perjuicios que sufre la víctima de un accidente precisamente por su predisposición son, en sentido jurídico y *en toda su extensión*, una consecuencia del accidente<sup>89</sup>. En este sentido, se

<sup>87</sup> STUDY GROUP, *Principles*, p. 3573.

<sup>88</sup> Así, por ejemplo, en el Derecho inglés el análisis de la regla *eggshell skull* no se aborda al hilo de la *causation*, sino al tratar la cuestión de la *remoteness of damage* (dato que puede constatarse en cualquiera de las obras generales sobre el Derecho de daños), lo que pone de relieve que la vulnerabilidad de la víctima no se contempla como algo que pueda afectar a o excluir la relación de causalidad, sino como una circunstancia que tiene más que ver con la extensión de los daños indemnizables.

<sup>89</sup> Así, por ejemplo, en Alemania, la Sentencia del RG de 26 de abril de 1937 o la del BGH de 5 de octubre de 1968; en parecida línea, la Sentencia del OLG Hamm de 5 de marzo de 1998 apunta que el hecho de que la neurosis sufrida por la víctima descansa en su especial predisposición dañosa no rompe la relación causal con el accidente ni en el sentido natural ni en el jurídico.

También nuestra jurisprudencia penal insiste mucho en que las condiciones preexistentes de la víctima no afectan al nexo causal entre la conducta y el resultado (v. gr., SSTs 2.<sup>a</sup> de 25 de abril de 1980, 5 de octubre de 1988, 2 de marzo de 1989, 6 de marzo de 1991, 13 de noviembre de 1991, 4 de julio de 1997, 24 de febrero de 2000 y 14 de diciembre de 2011 y SAP La Coruña –penal– de 30 de abril de 2003); en la misma línea se expresan en la jurisdicción civil, v. gr., las SSAAPP La Coruña de 2 de febrero de 1998, Sevilla 14 de octubre de 2004 y Madrid de 4 de abril de 2005. De igual modo, la Sentencia de la *Cour de cassation* penal suiza de 18 de mayo de 2005 apunta que «(s)egún la doctrina y la jurisprudencia, un estado de salud deficiente o una predisposición de la víctima no constituye una circunstancia apta para romper el nexo causal» y destaca que el criterio es el mismo en la penalística de Francia, Italia, Alemania o Austria, amén de en el Derecho civil suizo, al que ya tuve ocasión de referirme anteriormente.

considera decisivo el hecho de que *el daño no se hubiera producido de no ser por el accidente*, pues pone de relieve que este es el desencadenante de aquel, lo cual basta para considerarlo causa a los efectos de la responsabilidad, aunque junto a ella pueda haber también otras causas<sup>90</sup>.

2. Ahora bien, la existencia de una predisposición dañosa en la víctima puede dificultar la prueba del nexo causal por parte del demandante, en la medida en que este debe demostrar que el daño sufrido se debe a la conducta del demandado y no a su propia propensión. El tema ha sido analizado por Hocquet-Berg<sup>91</sup>, quien, examinando la jurisprudencia francesa, constata que, en ciertos ámbitos, la predisposición dañosa de la víctima puede obstaculizar el establecimiento *ab initio* del nexo causal. Uno de esos ámbitos es el de la responsabilidad médica, y es que, dado que quien recibe atención médica normalmente se encuentra incurso ya en un proceso patológico, una vez que sufre el daño habrá que determinar si este se debe a la normal evolución del proceso patológico o a una atención médica defectuosa; Hocquet-Berg<sup>92</sup> observa que en estos casos la duda beneficia al demandado, pues habrá que partir de que el daño es imputable *a priori* al previo estado patológico de la víctima. En efecto, en general no se pueden considerar causados por el médico los daños que sean normal consecuencia de la previa patología del enfermo y de su evolución, a no ser que haya incurrido en culpa por no adoptar los cuidados precisos a la vista de la predisposición y por no tratar adecuadamente la afección (esto es, cuando un tratamiento correcto hubiera evitado o aliviado los efectos normales de la afección)<sup>93</sup>; en todo caso, entre nosotros, un repaso de la práctica judicial revela que la carga del demandante de probar

---

En la doctrina, los argentinos PRÉVÔT y CHAIA (*Pérdida*, pp. 103, 110, 168 y 169), por ejemplo, insisten repetidamente en su análisis de Derecho comparado en que, en principio, las predisposiciones no tienen incidencia en el vínculo causal y en que ha de partirse de la idea de que el agente ha causado todo el daño, sin perjuicio de que aquellas se tomen en consideración al determinar el *quantum* indemnizatorio (de este principio se separan –según la opinión citada– los casos de responsabilidad civil médica, en los que el estado previo de la víctima sí puede erigirse, de forma exclusiva o concurrente, en causa del daño). La doctrina francesa es también claro exponente de lo dicho de modo que, al analizar el requisito de la causalidad, descarta como regla general que la predisposición sea una circunstancia de fuerza mayor justificativa de la exoneración total y también que constituya un supuesto de culpa de la víctima determinante de una exoneración parcial (así, por ejemplo, NGUYEN THANH NHA, *L' influence...*, p. 19 y, en línea parecida, DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation...*, núms. 360 y 361 o BACACHE-GIBELLI *Droit*, núm. 429).

<sup>90</sup> En esta línea, *v. gr.*, las Sentencias del BGH de 9 de febrero de 1956, 30 de abril de 1996 y 19 de abril de 2005; parecidamente, la Sentencia del OLG Düsseldorf de 14 de julio de 2003. *Vid.* también las SSTS 2.ª de 25 de abril de 1980, 26 de noviembre de 2008 y 14 de diciembre de 2011.

<sup>91</sup> *Les prédispositions...*, núms. 14 a 17.

<sup>92</sup> *Les prédispositions...*, núm. 16.

<sup>93</sup> Sobre la «incidencia de las condiciones preexistentes del paciente en la producción del resultado lesivo», *vid.* PRÉVÔT y CHAIA, *Pérdida*, pp. 111 y ss., 169 y 170.

culpa y nexo causal se ve facilitada en el ámbito de la llamada medicina curativa en ciertos supuestos, como cuando el daño no guarda proporción con la previa dolencia del paciente o cuando se constata una obstrucción o falta de cooperación del médico (o institución médica) en materia de prueba, lo mismo que cuando se considera que el demandado está en una mejor posición probatoria o en hipótesis de especial peligrosidad de los medios empleados para la curación<sup>94</sup>.

#### 4.1.3.2 LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

##### 4.1.3.2.1 *Previo*

1. La consideración de las situaciones que nos interesan desde el punto de vista de la imputación objetiva persigue determinar *qué resultados dañosos vinculados causalmente a la conducta del supuesto responsable pueden ponerse a su cargo*: ¿puede atribuírsele solo el resultado dañoso que es «normal» en accidentes como el ocasionado? (de este modo, a la víctima se le haría soportar las consecuencias de su predisposición dañosa); ¿o cabe imputarle también los resultados que solo se explican por la especial vulnerabilidad o la patología que padece la víctima de la conducta dañosa? (v. gr., los efectos de un traumatismo severo cuando la consecuencia normal hubiera sido un traumatismo leve, los de una muerte por infarto o por *delirium tremens* cuando lo normal hubiera sido un cierto estado nervioso o unos días de baja, los de un cáncer cuando lo usual hubiera sido una simple quemadura, los de una jubilación anticipada cuando lo habitual hubiera sido una baja temporal...). Siendo esta una cuestión clave en los supuestos aquí considerados, puede decirse que el problema central que estos suscitan es un problema de imputación objetiva<sup>95</sup>. Pues bien, la regla de responsabilidad que estamos analizando –y a la que aludiré con el término inglés *eggshell skull rule*– solo se explica si se entiende que la predisposición de la víctima no es una circunstancia que lleve a descartar la imputación objetiva de los daños propiciados por aquella al autor de la conducta lesiva. Pro-

<sup>94</sup> Vid. al respecto GÓMEZ CALLE, *El fundamento...*, pp. 1750 a 1753 y GALÁN CORTEÉS, *Responsabilidad*, pp. 129, 175 a 185 y 259 a 306.

<sup>95</sup> En esta línea se expresa, por ejemplo, SCHULZE, *Die Haftung*, p. 26, para quien la cuestión de la responsabilidad del autor del hecho dañoso por las predisposiciones anormales de la víctima suscita ante todo un problema de imputación, por mucho que la causalidad juegue en ella también un papel importante; para SCHULZE (pp. 26 y 27), causalidad (*Kausalität*) es la relación que, conforme a las leyes de la naturaleza, ha de mediar entre la conducta, de un lado, y la lesión y el daño derivados de aquella, de otro; imputación (*Zurechnung*) es esa misma relación, pero establecida conforme a criterios normativos legales, para decidir acerca de la asignación de las consecuencias derivadas de un comportamiento (plano en el que se utiliza el criterio de la adecuación: *op. cit.*, p. 21).

cede, por tanto, examinar los diferentes criterios de (exclusión de) la imputación objetiva en el ámbito aquí examinado.

2. Antes de ello, conviene no obstante abrir un paréntesis para aludir, aunque sea brevemente, al tema de la imputación en ciertos casos que, aun relacionados con el objeto de este estudio, quedan fuera de su ámbito; me refiero a los daños materiales cuyas consecuencias resultan particularmente graves por la situación económica en que se halla el afectado (lo que al principio de estas páginas llamé *propensión económica* o patrimonial) y a los *daños a cosas o animales* cuya concreta situación los hace particularmente propensos a sufrir el evento dañoso que padecen (como caso paralelo a aquel en que la predisposición dañosa concurre en una persona). La cuestión que interesaría analizar es *si en estas hipótesis la imputación del daño se valora igual que cuando estamos ante daños personales favorecidos por una predisposición física o psíquica de la víctima* o si, por el contrario, se supedita a requisitos más exigentes, de manera que sea más fácil que el dañante no tenga que responder o que, al menos, su responsabilidad sea limitada.

Pues bien, en su análisis de Derecho comparado europeo publicado en 1999, Von Bar<sup>96</sup> constataba que la regla era que los daños al cuerpo y la salud se imputaban más fácilmente que los daños materiales y los daños patrimoniales puros; como muestra de ello, refería precisamente cómo la regla *thin skull* gozaba de un amplísimo grado de reconocimiento en Europa en el ámbito de los daños al cuerpo y la salud, mientras que no se aplicaba tratándose de daños materiales y de daños patrimoniales puros<sup>97</sup>; Von Bar<sup>98</sup> ilustra esta falta de aplicación con algunos casos resueltos judicialmente (dos sobre daños a animales y uno sobre daños por predisposición económica), a los que paso a referirme junto con algunos otros.

Los dos primeros son casos de *animales particularmente sensibles* a los que, por ello, afecta especialmente un determinado suceso. El primero fue dilucidado por la Sentencia del RG alemán de 4 de julio de 1938: unas zorras criadas en una granja acabaron con sus crías porque el paso por el lugar de unos aviones a altura normal las alteró; observa Von Bar<sup>99</sup> que el RG descartó la existencia de causalidad adecuada al entender que «en la medida en que el daño de esos animales por un suceso del tráfico aéreo que considerado objetivamente no era peligroso se había producido simplemente por su extraordinaria sensibilidad», no se apreciaba relación causal entre el funcionamiento del avión y el daño producido; a mi modo de ver, el criterio del fin de protección de la norma que con-

<sup>96</sup> *Gemeineuropäisches*, núms. 465 y ss.

<sup>97</sup> Encontramos la misma constatación, referida al tratamiento de los daños a cosas en los Derechos alemán e inglés, en SCHULZE, *Die Haftung*, p. 120.

<sup>98</sup> *Gemeineuropäisches*, núm. 469.

<sup>99</sup> *Ibidem*.

sagra la responsabilidad por riesgo del titular del avión hubiera debido conducir a la misma conclusión exoneratoria. El segundo caso citado por Von Bar es el de la Sentencia del BGH de 2 de julio de 1991, que llegó a un resultado final similar; en esta ocasión se trataba de unos cerdos que se atacaron los unos a los otros después de que dos vehículos colisionaran en una carretera próxima a su establo, produciendo así un gran ruido que provocó el pánico en los animales; el BGH justificó la exoneración de los demandados (el dueño de uno de los vehículos implicados y su asegurador) aduciendo que el evento dañoso se había debido fundamentalmente al riesgo creado por el propio campesino, quien, al criar los cerdos masificadamente, había generado el peligro de una reacción de pánico al ruido, al que los animales eran insólitamente sensibles; de nuevo, el daño no se estimó imputable al demandado<sup>100</sup>.

Tratándose de *daños a cosas*, la consideración de la situación previa del bien a los efectos de justificar la exclusión de la imputación de al menos parte de los daños y, por tanto, una exoneración parcial de responsabilidad puede ilustrarse con la Sentencia del BGH de 25 de junio de 1992: un muro de unos cien años de antigüedad se derrumbó al ser levantado por las raíces de unos árboles que crecían en el terreno colindante; el BGH sostuvo que el hecho de que el muro ya estuviera inclinado más de treinta años antes de que se cayera, si bien no excluía la pretensión indemnizatoria basada en las reglas de relaciones de vecindad, podía justificar una reducción de la misma: «al calcular esta compensación –dice el BGH– también hay que tener en cuenta si la finca perjudicada se encontraba en un estado defectuoso, sin el cual el daño no se habría producido o no con la extensión sufrida de hecho... Con ello se toma en consideración la circunstancia de que un inmueble de naturaleza propensa al daño justifica a favor del dueño una posición jurídica más débil que cuando al inmueble le falta esa disposición dañosa, y que la situación de propensión al daño del terreno afectado por una acción puede por ello reducir la pretensión indemnizatoria»<sup>101</sup>. Esa misma situación puede llegar a justificar la exclusión total de responsabilidad, como ocurrió en el caso resuelto por la Sentencia OLG Hamm 16 de junio de 2009, a propósito de los daños sufridos por una casa a raíz de la realización de unas obras en la finca colindante; la constatación de que estas obras no hubieran podido provocar daño alguno de no haber sido por los defectos constructivos de la edificación afectada, esto es, por la

<sup>100</sup> La decisión del BGH, sin embargo, ha sido blanco de críticas doctrinales, entre otras cosas, porque faltaba la certeza de que el daño no se hubiera producido igualmente si los cerdos hubieran sido criados de un modo más «natural» –de ser así, la conducta del criador no podría verse como causa del daño– (KÖTZ, *Tierzucht...*, p. 219) y porque, a diferencia de lo ocurrido en el caso de las zorras, el ruido que había conducido al daño no había sido el «normal» vinculado al funcionamiento de los vehículos, sino uno «excepcional» (SCHIEMANN, § 249, núm. 38).

<sup>101</sup> *Vid.* también la Sentencia BGH de 7 de enero de 1981, que deja en manos del juez de instancia la concreción de la rebaja de la indemnización del daño ocasionado a un tejado con defectos de estabilidad por un helicóptero que lo había sobrevolado.

propensión dañosa de esta, sirvió al OLG para descartar toda responsabilidad objetiva del vecino *ex* § 906 BGB<sup>102</sup>.

La distinta valoración que merecen, en el campo de la imputación, los daños a las cosas y los daños a las personas cuando en unas y otras concurre una predisposición al daño, y la necesidad de observar un mayor grado de exigencia con el dañante en el último caso también ha sido destacada, entre nosotros, por Pantaleón<sup>103</sup>; Pantaleón se refiere en este punto a dos Sentencias del TS sobre casos similares (demolición de un edificio después de que un camión lo dañara a resultas de una colisión, por impedir la normativa urbanística aplicable llevar a cabo obras de consolidación) y apunta que, frente a lo que mantiene la STS de 15 de diciembre de 1981 y en línea con lo sostenido por la STS de 28 de febrero de 1983, la demolición del inmueble y el cierre del negocio instalado en él no eran objetivamente imputables al dañante<sup>104</sup>.

Volviendo a los ejemplos que ofrece Von Bar, el último de ellos —que encajaría en lo que he llamado *predisposición económica*— proviene de Inglaterra y es el caso *Owners of Dredger Liesbosch v. Owners of Steamship Edison* (1933): el dueño de una draga que había sido hundida por negligencia de los demandados, teniendo que cumplir el contrato que había celebrado con las autoridades portuarias y no pudiendo comprar una nueva embarcación dada su situación económica, hubo de alquilar a un precio exorbitante otra draga, cuyo funcionamiento, además, resultó más caro; la *House of Lords* desestimó la pretensión del afectado de que se le indemnizara ese coste adicional aduciendo que este no era consecuencia inmediata de la negligencia del demandado sino el resultado de la falta de medios del actor, que era una causa externa del daño y una circunstancia que podía considerarse demasiado remota. Con ello se reconocía que el demandado no tenía que tomar al demandante tal como lo encontrara tratándose de su falta de recursos (o, si se prefiere, que la regla *thin skull* no se consideraba aplicable a estos casos<sup>105</sup>); sin embargo, la justificación de la diferencia de trato que ello suponía respecto de los casos de predisposición física al daño suscitó dudas y críticas<sup>106</sup> y los tribunales ingleses han ido progre-

<sup>102</sup> En relación con el Derecho inglés, apunta HARWODD (*Modern*, p. 182) que alguna doctrina es de la opinión de que, cuando se trata de daños a cosas, los tribunales son más estrictos al apreciar la previsibilidad (a los efectos de ponderar la *remoteness of damages*) que en los casos de daños personales. Con todo, otros autores (como JONES, *Clerck & Lindsell*, núm. 2-165 y WALTON, *Charlesworth & Percy*, núm. 5-37) sostienen que el daño extra debido a la previa fragilidad del bien dañado también debe ser indemnizado íntegramente y rechazan que daños materiales y daños personales se traten de forma distinta a los efectos que estamos tratando.

<sup>103</sup> Ello se justifica, para este autor, por la idea de que el sistema de responsabilidad extracontractual debe tomar en cuenta el derecho de enfermos y débiles a llevar una vida normal (*Comentario...*, p. 1988).

<sup>104</sup> Esta exclusión se justificaría por el criterio de la adecuación (*Comentario...*, pp. 1987 y 1988); por ello volveré a referirme a esta opinión cuando analice este criterio (*infra*, número 8 del epígrafe 4.1.3.2.2).

<sup>105</sup> Casos que habitualmente son tratados bajo la rúbrica de *claimant's impecuniosity*.

<sup>106</sup> *Vid.* al respecto ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, núm. 6-33 y JONES, *Clerck & Lindsell*, núm. 2-166. Entre otras cosas, se observa que el demandado también tiene que tomar al demandante tal cual es en lo relativo a sus ingresos y que si daña a una persona con ingresos elevados, le tiene que compensar íntegramente por su pérdida.

sivamente restando campo de aplicación a la doctrina *Liesbosch*<sup>107</sup>, hasta rechazarla finalmente en *Lagden v. O'Connor* (2004); en este último caso, la *House of Lords* sostiene que la regla *thin skull* se aplica también al estado económico de la víctima y que lo determinante es si la pérdida era o no razonablemente previsible<sup>108</sup>. Por tanto, en el Derecho inglés actual la regla de que el demandado debe tomar al demandante tal como lo encuentra e indemnizarle íntegramente el daño se aplica tanto cuando el daño resulta agravado por el previo estado físico o psíquico de la víctima como cuando lo es por su previa situación económica<sup>109</sup>. En la misma línea se han pronunciado los tribunales de otros países<sup>110</sup>, como el BGH alemán en sus Sentencias de 5 de julio de 1963 y 30 de septiembre de 1968; la primera imputó al responsable de los desperfectos de un camión también los daños que se produjeron por que la empresa quebró por falta de reservas; la segunda sostuvo lo mismo respecto de los daños de liquidación ocasionados por un cheque que fue injustamente protestado<sup>111</sup>.

En definitiva, de lo expuesto se desprende que la tendencia actual en los ordenamientos considerados es aplicar la regla *eggs-hell skull* a los casos en que en la víctima concurre una predisposición tanto de orden físico o psíquico como económico, pero no en aquellos en que se trata de daños a cosas o animales particularmente frágiles o vulnerables.

En las líneas que siguen paso ya a analizar los criterios de imputación objetiva en los supuestos que aquí interesan.

#### 4.1.3.2.2 *El criterio de la adecuación*

1. El criterio de la adecuación justifica la exclusión de la imputación objetiva en casos de cursos causales muy extraños o

<sup>107</sup> Sobre este punto, puede consultarse HARPWODD, *Modern*, p. 183 y JONES, *Clerck & Lindsell*, núm. 2-166.

<sup>108</sup> Según Lord Hope, la citada regla exige al dañante soportar las consecuencias si era razonablemente previsible que el dañado tendría que tomar dinero prestado o incurrir en algún otro tipo de gasto para mitigar el daño. En el caso, el coche del demandante había sido dañado por negligencia del demandado; como no tenía medios para alquilar un vehículo mientras durara la reparación, el actor recurrió a una empresa de alquiler a crédito que le proporcionó un auto durante ese tiempo y con la que acordó que la empresa asumiría el seguimiento de su demanda y que los costes serían pagados con la indemnización que abonara el demandado; por todo ello el precio del alquiler fue en torno a un treinta por ciento superior al normal. Se entendió que el demandante había obrado correctamente habida cuenta que, por su falta de recursos, no habría podido conseguir un vehículo de sustitución de no haber recurrido a una empresa así.

<sup>109</sup> WALTON, *Charlesworth & Percy*, núm. 5-15.

<sup>110</sup> El mismo VON BAR (*Gemeineuropäisches*, núm. 469, nota 333) menciona dos ejemplos: Bruselas 21 de febrero de 1991, R. G. A. R. 1993 Nr. 12127 y, en Irlanda, *Riordan's Travel Ltd. And Riordan's Shipping Ltd. V. Acres and Co. Ltd.* (1979) I. L. R. M. 3 (HC).

<sup>111</sup> A ambas se refiere SCHIEMANN, § 249, núm. 37, quien, en alusión al Derecho alemán, señala precisamente que las debilidades económicas del dañado no excluyen por regla general la imputación del daño.

anormales y, en concreto, cuando la producción del evento dañoso «habría sido descartada, como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado que, contando además con los conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión *ex ante*», justo cuando el dañante se disponía a actuar como lo hizo<sup>112</sup>. La jurisprudencia alemana formula este criterio tanto negativa como positivamente<sup>113</sup>; en el primer sentido, no se consideran adecuadas las condiciones que por su naturaleza son indiferentes para la producción del daño y que solo por un encadenamiento de circunstancias extraordinarias han producido el resultado; en su formulación positiva, el suceso debe ser adecuado para producir un resultado como el ocurrido o, al menos, haber aumentado considerablemente la probabilidad de que se produjera: la causa debe ser apropiada en general para producir un resultado del tipo de que se trate, y no solo en circunstancias especialmente extrañas, improbables y que en el transcurso normal de las cosas no se toman en cuenta; asimismo se insiste en que para hacer esta valoración hay que ponderar las circunstancias que hubieran podido ser reconocidas *ex ante* por un observador óptimo que se hallara en la situación del agente<sup>114</sup>.

2. Pues bien, hay que decir que, en los sistemas jurídicos considerados en este trabajo, se rechaza ampliamente la idea de que este criterio justifique descartar la imputación de los daños propiciados por la predisposición dañosa de la víctima (sin perjuicio, en su caso, de la admisión de ciertas excepciones a esa regla general).

3. Contra esta opinión se ha manifestado, significativamente, el autor alemán Ch. Schulze, en su tesis doctoral *Die Haftung des Schädigers. Die Haftung des Schädigers bei besonderen Eigenschäften (Abnormitäten) des Opfers im deutschen und englischen Deliktsrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*; la conclusión fundamental de este autor es que, en contra de la regla generalmente asumida por la jurisprudencia y buena parte de la doctrina de su país, es la víctima la que debe soportar las consecuencias de

<sup>112</sup> En estos términos, PANTALEÓN, *Comentario...*, p. 1987.

<sup>113</sup> A este respecto *vid.* OETKER, § 249, núms. 110 y 111.

<sup>114</sup> En línea similar se pronuncia el BG suizo, que formulando en sentido positivo el criterio analizado, sostiene que un suceso constituye causa adecuada de un resultado cuando, conforme al normal devenir de las cosas y la experiencia general de vida, es apropiado en sí para producir un efecto del tipo del que se trate (así, *v. gr.*, las Sentencias BG de 24 de febrero de 1986 y 16 de junio de 1989). Para la *Cour de cassation* penal suiza la causalidad adecuada depende de la previsibilidad objetiva; de ahí que, según su Sentencia de 18 de mayo de 2005, haya que preguntarse si un observador neutral, viendo actuar al agente en las circunstancias en que lo ha hecho, habría podido predecir que ese comportamiento tendría muy probablemente las consecuencias que efectivamente ha tenido; el acto –concluye la misma Sentencia– debe ser apropiado, según una apreciación objetiva, para entrar tal resultado o para favorecer su producción.

su predisposición; a tal fin se vale sobre todo del criterio de la adecuación, que –según sostiene– aplicado correctamente y en su sentido propio, debe llevar a la conclusión de que el dañante no responde de las consecuencias de la predisposición puesto que estas no pueden considerarse consecuencia adecuada de su conducta<sup>115</sup>; el criterio de la adecuación –apunta en este sentido– «puede ser un componente que constriña la imputación de las consecuencias de un comportamiento ilícito, en cuanto no pueden imputarse al agente los daños que quedan enteramente fuera de la experiencia humana de la vida diaria. Entre ellos quedan aquellos daños al bien jurídico directamente protegido que son inusualmente graves por circunstancias imprevisibles –y este es precisamente el caso de la excepcional predisposición dañosa de la víctima que descansa en una enfermedad!–»<sup>116</sup>. Por esto es por lo que Ch. Schulze<sup>117</sup> critica que en su país se insista en aplicar en estos casos el criterio de la adecuación al tiempo que, por regla general, se considera al dañante responsable de todos los daños que sufre la víctima predispuesta; la aplicación de esta última regla jurisprudencial –concluye– ha llevado a entender y a utilizar aquel criterio de un modo incorrecto, pues hay una contradicción evidente entre esa regla de responsabilidad y la afirmación de la adecuación<sup>118</sup>.

4. Volviendo a la opinión prevalente antes apuntada, de un análisis de las distintas posturas en este punto se desprende que a ella se llega por dos vías distintas: o bien considerar que el criterio de la adecuación, aun siendo aplicable en este tipo de casos, normalmente no conduce a excluir la imputación objetiva en ellos, o bien estimar que ese criterio –que, de utilizarse, seguramente llevaría a negar la imputación objetiva en estos supuestos– no debe aplicarse a ellos, en esencia por apreciaciones que podríamos llamar de política legislativa. En este epígrafe desarrollaré ante todo la primera postura (*infra*, números 5 a 7), sin perjuicio de hacer algunas consideraciones sobre la última (*infra* número 8), que enlazarán con el análisis posterior del tema desde la óptica de otros criterios de imputación.

No resulta fácil encuadrar la solución del Derecho inglés en una u otra postura. El criterio utilizado desde *Wagon Mound (Nr. 1)* (1961) para decidir sobre la imputación objetiva (o *remoteness of damage*) se aproxima al criterio de la adecuación en tanto que excluye la responsabilidad cuando el daño producido sea de un tipo

<sup>115</sup> *Die Haftung*, pp. 127 a 130, 134 y 135.

<sup>116</sup> *Die Haftung*, p. 58.

<sup>117</sup> *Die Haftung*, pp. 58 y 59.

<sup>118</sup> *Die Haftung*, pp. 133 y 134. En la misma línea *vid.* su comentario a la Sentencia del OLG Celle 18 de julio de 1980, pp. 1058 y 1059.

que un hombre razonable no habría podido prever. Pero, como vimos, en los supuestos de predisposición dañosa de la víctima, se estima aplicable la regla *eggshell skull*, que no se ha considerado afectada por el principio *Wagon Mound*. En realidad no parece muy clara la relación existente entre este y aquella, si la regla *eggshell skull* constituye una excepción al principio o, más bien, es una aplicación concreta del mismo<sup>119</sup>. Ello depende, a mi modo de ver, de la noción que se maneje del «tipo» de daño y, concretamente, de la mayor o menor amplitud con que se conciba.

*Cuanto más estrecha o limitada sea la categoría del tipo de daño*, más fácil será que resulte imprevisible para el agente y, por tanto, que deba considerarse como demasiado remoto; pensemos, por ejemplo, en el caso *Smith v. Leech Brain & Co. Ltd.* (1962) (galvanizador que, teniendo una predisposición al cáncer, desarrolló esta enfermedad al sufrir una quemadura en el labio por salpicarle metal fundido)<sup>120</sup> y supongamos que en él se hubiera considerado como tipo de daño el cáncer y no la quemadura; de ser tal el caso, el principio *Wagon Mound* y la regla *eggshell skull* llevarían a consecuencias opuestas, pues mientras el primero excluiría la responsabilidad por ser el daño producido de tipo distinto al razonablemente previsible, la segunda obligaría al autor de la conducta culposa a tomar a la víctima tal como es y a indemnizarla por los daños que su predisposición haya provocado o agravado; puesto que la subsistencia de la regla tras el caso *Wagon Mound (Nr. 1)* no se ha puesto en duda, tendríamos que concluir que dicha regla constituiría una excepción al principio, admitida en el Derecho inglés; y si habláramos en términos de adecuación, esto supondría aceptar que este criterio de imputación no es aplicable a los daños experimentados por víctimas vulnerables.

A la inversa, *cuanto más amplia sea la categoría del tipo de daño* (por ejemplo, «daño personal»), más fácil será considerarlo previsible en el caso concreto y, por tanto, afirmar la responsabilidad del agente por todas las consecuencias del mismo, también las imprevisibles; en este caso, la regla *eggshell skull* concordaría plenamente con el principio *Wagon Mound* y podría considerarse una aplicación concreta del mismo puesto que el dañante tendría que responder por las consecuencias a las que dé lugar la predisposición de la víctima (en muchos casos imprevisible) siempre que fuera previsible que su conducta pudiera causar un daño personal; si habláramos en términos de adecuación, diríamos que los efectos dañosos propiciados por la situación previa de la víctima serían adecuados porque derivan de un tipo de daño previsible (o que un observador razonable no habría descartado como altamente improbable).

Aunque la situación no es del todo clara, parece que los tribunales tienden más bien a establecer unas categorías amplias de

<sup>119</sup> Ambas posibilidades eran apuntadas por Richmond J. en *Stephenson v. Waite Tileman Ltd.* (1973) (vid. *supra* número 2 del epígrafe 4.1.2).

<sup>120</sup> Vid. *supra*, número 2 del epígrafe 4.1.2.

«tipos» de daños<sup>121</sup> y que en general a la regla *thin skull* no se le atribuye un carácter excepcional<sup>122</sup>.

5. Como representante de la primera de las posturas antes mencionadas (al comienzo del número precedente) cabría citar, dentro de la doctrina francesa, a Dejean de la Batie; en su opinión<sup>123</sup>, la teoría de la causalidad adecuada no conduce a eximir de responsabilidad al autor de una conducta por el hecho de que esta no hubiera causado daño alguno a un sujeto normal (así, por ejemplo, a quien causa la muerte a un enfermo cardíaco por darle un golpe que sería insuficiente para dañar gravemente a un hombre normal); la anormalidad de la que aquí se trata —señala este autor— no va referida a la situación en la que viene a insertarse el hecho dañoso ni, por tanto, al estado previo de la víctima (pues, en ese sentido, podría considerarse un hecho anormal toda predisposición dañosa), sino al encadenamiento causal en sí, que se desarrolla tras ocurrir el hecho dañoso, y en el que puede interferir un elemento extraño y, concretamente, el azar, para producir consecuencias anormales; en este sentido, la predisposición no puede considerarse como tal elemento extraño pues —observa este autor— «nada hay más normal que ver fallecer a un enfermo cardíaco a resultas de un traumatismo medio».

En España, la STS 2.<sup>a</sup> de 6 de marzo de 1991 razona en términos parecidos en un caso en el que el demandado recurrente (que había propinado dos puñaladas a su víctima) sostenía que solo le eran imputables causalmente las lesiones producidas como consecuencia directa de su acción, mas no la trombosis sufrida por ella (como complicación posterior a la intervención quirúrgica precisa para atender las lesiones), en la que pudo tener incidencia la «patología previa del agredido» (arterioesclerótico, según el recurrente). El TS rechaza tal interpretación y, tras apuntar que la operación y sucesivas intervenciones fueron precisas para salvar la vida del paciente, considera «natural y lógico que en el caso de autos influyeran la edad del lesionado y la patología anterior del mismo. Por tanto el curso causal entre la agresión y las lesiones, como sus posteriores incidencias, es conforme a la marcha normal de las cosas en el caso contemplado. En definitiva *hay causalidad adecuada...*» (la cursiva es mía).

<sup>121</sup> Así, JONES, *Clerck & Lindsell*, núm. 2-151.

<sup>122</sup> Antes bien, la doctrina suele resaltar su conexión con el principio de que la extensión del daño por el que se responde no tiene por qué ser previsible (*vid.*, v. *gr.*, ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, núm. 6-31, HARPWODD, *Modern*, p. 182, JONES, *Clerck & Lindsell*, núm. 2-159 y WALTON, *Charlesworth & Percy*, núm. 5-26).

<sup>123</sup> *Appréciation...*, núm. 358 y nota 23.

Desde este punto de vista, por tanto, el criterio de la causalidad adecuada no serviría para excluir la imputación del daño al autor de la conducta lesiva en los supuestos en que concurre en la víctima una predisposición dañosa. Dicho de otro modo, la predisposición dañosa de la víctima, aunque contribuya a la producción del daño, no justificaría –por regla general– que la conducta del tercero que lo desencadena deba considerarse como no adecuada para provocar el evento dañoso en cuestión.

Esta idea se admite también por la jurisprudencia suiza<sup>124</sup> y se encuentra asimismo bastante arraigada en Alemania<sup>125</sup>, particularmente en su jurisprudencia. En este sentido habría que mencionar aquellos fallos judiciales que aprecian que el daño es adecuado aunque se haya visto facilitado o agravado por la propensión de la víctima. Tal es el caso, *v. gr.*, de la ya citada Sentencia del RG 26 de abril de 1937<sup>126</sup>, a la cual cabe añadir otras como las que paso a referenciar. Así, la Sentencia del BGH de 5 de octubre de 1968 entendió que había una relación causal adecuada entre el accidente de tráfico ocurrido y las molestias ocasionadas a la víctima en las cervicales, a pesar de que esta ya tuviera antes, por desgaste previo, una propensión a padecerlas; el BGH estimó imputables al dañante las consecuencias que su conducta produjo por la propensión de la víctima y por ello le hizo responsable de todos los daños derivados de la pérdida de ingresos que aquella experimentó por tener que reducir su jornada laboral a causa de las referidas molestias. Asimismo cabe citar aquí la Sentencia del OLG Düsseldorf 15 de noviembre de 1991, a propósito de un caso en que el conductor de un coche, enfermo del corazón, falleció de un infarto cuarenta y dos minutos después de haber estado a punto de atropellar a un niño de dos años de edad que se interpuso inopinadamente en su trayectoria; el tribunal entendió que la madre del niño había vulnerado su deber de vigilancia y, partiendo del dictamen pericial que apreció relación causal entre el suceso y el fallecimiento, sostuvo que este era consecuencia *adecuada* de aquel; a tales efectos razona –de forma similar a como hemos visto que hace Dejean de la Batie– que «de ningún modo es extraordinario ni absolutamente

<sup>124</sup> Me remito a este respecto a lo ya expuesto *supra*, en el número 4 del epígrafe 4.1.2.

<sup>125</sup> Así lo subraya SCHULZE (Ch.), *Die Haftung*, pp. 117, 133 y 134.

Dentro de la doctrina que acoge la idea señalada en el texto cabe citar a autores como SCHWARZ/WANDT, § 16, núm. 133; también a aquellos que sostienen que, en los casos de predisposición dañosa de la víctima, el dañante responde plenamente *en tanto no falte la adecuación* (pues con ello se presupone que por regla general hay adecuación en estos casos): así, por ejemplo, SCHULZE (R.), §§ 249-253, núm. 21; asimismo, implícitamente, LIPP, *Krankheitsbedingte...*, pp. 811 y 813.

<sup>126</sup> La Sentencia del OLG Karlsruhe de 25 de enero de 1966 cita otras del RG en este mismo sentido.

improbable que un conductor enfermo del corazón que debe parar repentinamente ante un niño pequeño y experimenta así el sobresalto de tener que evitar un peligro mortal para un tercero, entre en tal estado de excitación que por ello sufra daños en su salud o incluso muera»<sup>127</sup>. También parte de la existencia de adecuación la Sentencia del OLG Braunschweig 19 de febrero de 1996 en un caso en que se trataba de la indemnización de los daños que la víctima de un accidente, un alcohólico, había padecido a resultas del síndrome de abstinencia sufrido durante su estancia hospitalaria; el OLG afirma que estas consecuencias eran adecuadas considerando que el accidente fue causa adecuada del ingreso hospitalario y que no es extraño que un alcohólico sufra ese síndrome mientras permanece ingresado pues es normal que en los hospitales se prohíba el consumo de alcohol<sup>128</sup>. Por poner un último ejemplo, la Sentencia del OLG Celle 18 de julio de 1980 consideró asimismo adecuada la erupción de una psoriasis (en estado latente hasta el accidente) a raíz de la caída y consiguiente daño en algunas zonas de la piel, sufridos por el demandante al tratar de separar su perro del del demandado, que lo había atacado antes.

6. A la inversa, *el criterio de la adecuación también se utiliza* en ocasiones en sentido negativo, esto es, *para excluir la responsabilidad del dañante*; así, encontramos que se invoca con frecuencia para descartar la imputación objetiva de los daños que sufre una víctima predispuesta cuando hay una *gran desproporción entre la conducta del agente y el resultado* que produce, en cuyo desenlace juega un papel claramente determinante la anormal y extrema predisposición de la víctima; podemos hablar en este sentido de *daños desproporcionados*, porque la conducta enjuiciada provoca consecuencias o reacciones muy exageradas en el dañado. Veamos algu-

<sup>127</sup> KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht*, núm. 220, observan, sin embargo, que la estimación de la responsabilidad de la madre del niño probablemente estuvo (indebidamente) motivada por el hecho de que contaba con un seguro de responsabilidad civil; en este sentido destacan que lo habitual cuando la víctima de un accidente o un altercado sufre un infarto o un colapso por la excitación psíquica derivada de aquel, es que los jueces alemanes rechacen las demandas de responsabilidad dirigidas contra el causante del suceso; enseguida tendré ocasión de referirme en el texto a casos de este tipo en los que se rechazaron las pretensiones indemnizatorias por ausencia de adecuación. Sin embargo, en el mismo sentido estimatorio que la Sentencia del OLG Düsseldorf a la que aludo en el texto puede citarse la del OLG Schleswig de 18 de agosto de 1988, que condenó a la República Federal de Alemania a indemnizar a un ciudadano que sufrió un infarto un día después de que un avión militar a reacción sobrevolara a baja altura su vivienda haciendo un ruido enorme; el tribunal se apoyó a tal fin en el dictamen pericial, que estableció que, dada la enfermedad coronaria que sufría el afectado, los sustos, una excitación psicológica fuerte, el estrés psíquico o las exigencias extremas muy por encima de las cargas emocionales cotidianas podían provocarle un infarto. A mi modo de ver, las concretas circunstancias de ambos casos parecen justificar los fallos condenatorios.

<sup>128</sup> Con todo, la pretensión indemnizatoria acabó siendo desestimada por otras consideraciones: *vid. infra* número 5 del epígrafe 4.1.3.2.3.

nos casos de este tipo, resueltos por los tribunales alemanes, país en el que se suele aludir a ellos como supuestos de *extrema predisposición* (*extreme Schadensanfälligkeit* o *Schadensdisposition*)<sup>129</sup>:

1) RG de 9 de diciembre de 1907. Los ladridos de un perro inofensivo asustaron de tal modo a una mujer que padecía de los nervios que se cayó, sufriendo por ello graves lesiones.

2) BGH de 3 de febrero de 1976. Un joven y un técnico que se hallaban realizando trabajos de agrimensura en un prado aún por segar, fueron requeridos para abandonarlo inmediatamente por el dueño del terreno, quien —no habiendo sido informado previamente de los trabajos— acompañó sus palabras con algunos insultos y empujones; el joven, de débil resistencia psíquica, se alteró tanto por ello que sufrió un derrame cerebral de graves consecuencias<sup>130</sup>.

3) OLG Karlsruhe de 25 de enero de 1966. Durante una prueba de ropa, un vendedor pisó en el pie a un cliente que padecía graves problemas circulatorios, razón por la cual fue preciso amputarle la pierna.

4) KG de 3 de mayo de 1985. A resultas de una discusión, a uno de los implicados en ella le dio un infarto.

5) OLG Karlsruhe de 12 de marzo de 1992. Un hombre, enfermo del corazón, sufrió un infarto al presenciar una pelea entre su perro y el del demandado e intentar separarlos<sup>131</sup>.

<sup>129</sup> También en la doctrina portuguesa se invoca la doctrina de la causalidad adecuada para descartar la responsabilidad del agente en casos de este tipo; así, se dice que si un sujeto le da a otro una bofetada o un pequeño empujón que, por una lesión craneal o una dolencia cardíaca previa del afectado, acaban ocasionándole la muerte, la agresión no puede considerarse causa adecuada del resultado cuando el agresor ni conocía ni tenía por qué conocer la existencia de esa afección previa (en este sentido, entre otros, ALMEIDA COSA, *Direito*, pp. 763 y 764 y GALVÃO TELLES, *Direito*, p. 406).

<sup>130</sup> En este caso el demandante era el seguro legal de accidentados de la víctima.

<sup>131</sup> En España, el TS resuelve en su Sentencia de 12 de mayo de 2004 un caso parecido, en el que un hombre que padecía una grave afección coronaria murió por parada cardíaca al tratar de separar a su perro del doberman que entró en su finca (y con el que, según la Sentencia, mantenía una «lucha feroz»); lo que ocurre es que, a diferencia del tribunal alemán, el Supremo estimó que había «un enlace causal, preciso y directo entre la entrada violenta del perro y la muerte» y confirmó el fallo recurrido; este había reducido la indemnización por apreciar culpa de la víctima ya que, conociendo su afección, el hombre se inmiscuyó en la lucha de los animales. Frente a esta conclusión, algunos autores insinúan que el test de la adecuación podría haber justificado una conclusión diferente, considerando «cuanto menos» controvertido que el resultado fuera previsible (SALVADOR CODERCH y RAMOS GONZÁLEZ —coords.—, «120 casos...», p. 144). Más abiertamente, también GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (*Imputación*, p. 181) critica la Sentencia del Supremo y considera que debía haberse descartado la responsabilidad del dueño del doberman; en su opinión, se trataría de uno de esos supuestos extremos (como el del pisotón de la Sentencia del OLG Karlsruhe de 25 de enero de 1966, que también cita) en los que, excepcionalmente, debe tenerse en cuenta el estado previo de la víctima para «no hacer responsable al causante sino hasta donde llegue la ilicitud (dolo o negligencia) de su conducta; siendo aquí de fundamental consideración el criterio de la previsibilidad» (*op. cit.*, p. 180); nótese que este autor justifica la exclusión de responsabilidad en estos casos, no con base en argumentos de imputación objetiva —en los que no cree: *vid.* p. 222— sino de imputación subje-

En todos los casos se descartó la responsabilidad del demandado por considerarse que faltaba la adecuación<sup>132</sup>. La referida Sentencia del BGH de 3 de febrero de 1976 señala al respecto que en el caso se había hecho realidad un suceso que solo cabía esperar «en circunstancias particularmente extrañas, improbables y que en el transcurso normal de las cosas no se toman en consideración»<sup>133</sup>; a tales efectos –observa el BGH– hay que partir del punto de vista de un observador óptimo que se hallara en la situación del agente así como de las circunstancias que fueran conocidas por este<sup>134</sup>.

7. *En particular, los daños psíquicos.* Se advertirá que en los casos judiciales más arriba mencionados se trataba siempre de daños físicos (aunque en muchos de ellos el daño se debiera a la grave excitación psíquica provocada por el responsable). Pues bien, a mi modo de ver, sería lógico resolver el problema de la imputación del daño, tanto si es físico como si es psíquico, conforme a los mismos criterios dado que las particularidades del daño psíquico

tiva. Debo reconocer que, por mi parte, no veo tan clara la ausencia de negligencia en quien, por no controlar a su perro, permite que este entre sin más en la finca del vecino, sabiendo que en ella hay otro perro y debiendo conocer los enfrentamientos que suelen surgir entre estos animales por cuestiones de territorio; por lo demás, como el poseedor del animal responde objetivamente de los daños que este cause «aunque se le escape» (art. 1905 CC), la cuestión clave es si el resultado muerte podía ponerse a su cargo y para resolverla hay que recurrir a los criterios de imputación objetiva.

<sup>132</sup> La Sentencia del KG de 3 de mayo de 1985 también invoca al efecto el riesgo general de la vida.

<sup>133</sup> Reproduce esta doctrina la citada Sentencia OLG Karlsruhe de 12 de marzo de 1992, en el caso de la pelea de perros. Parecidamente se pronuncia la también mencionada Sentencia OLG Karlsruhe de 25 de enero de 1966, que, al descartar la adecuación, comienza señalando que el actor no sufrió lesión ni herida alguna sino un simple pisotón como los que a diario se producen cientos de veces entre el gentío, en el tranvía, en el cine o en un campo de deportes; así, concluye, solo las circunstancias absolutamente inusuales concurrentes en su persona –que, además, según apunta la Sentencia, habrían provocado aun sin una acción externa, la amputación de una o ambas piernas– posibilitaron la producción del daño.

LIPP, *Krankheitsbedingte...*, p. 811, menciona el caso de reacción exagerada que contempla la citada Sentencia del BGH de 3 de febrero de 1976 como uno de los supuestos excepcionales en que la predisposición dañosa de la víctima excluye la imputación del daño con base en el criterio de la adecuación, por ser la propia predisposición responsable de una producción absolutamente improbable del daño; se muestra también de acuerdo con la exclusión de la imputación en este caso VON BAR, *Gemeineuropäisches*, núm. 458.

<sup>134</sup> Con todo, el BGH diferencia aquí según que se trate de daños a un bien jurídico *directamente* protegido o de un daño *indirecto o mediato* a otro bien jurídico; según la Sentencia, a diferencia de lo que ocurre en el primer supuesto cuando los daños son inusualmente graves por circunstancias imprevisibles (siendo el ejemplo típico el del golpe a un cráneo anormalmente fino), en el segundo (como en el caso resuelto, en el que la salud se vio afectada por la excitación causada por la lesión al honor) «normalmente hay que limitar la responsabilidad del agente cuando tales consecuencias mediatas no tenían que ser tomadas en cuenta a la vista de las circunstancias ni por él ni por un observador óptimo en su situación» (doctrina que reitera la Sentencia KG de 3 de mayo de 1985); con ello el BGH da a entender en esta concreta Sentencia que no estima aplicable al primer caso ese límite de responsabilidad del que habla, de modo que parece estar defendiendo el empleo del criterio de la adecuación solo en el segundo tipo de supuestos, respecto del que considera que «más allá de un determinado límite de probabilidad de consecuencias dañosas decae la obligación de renunciar, por un peligro simplemente imaginario, al comportamiento que se coloca sobre ese peligro».

padecido por una víctima predispuesta (fundamentalmente, en cuanto a dificultades de prueba y de diagnóstico)<sup>135</sup> no justifican un trato distinto en esta sede. Por ello creo que si, en los casos descritos de extrema predisposición de la víctima, se estima que el daño físico causado no es imputable al autor de la conducta desencadenante, lo mismo debiera concluirse cuando el daño sea psíquico<sup>136</sup>. Así, si –como hace la judicatura alemana– en esos supuestos se parte de que el criterio de la adecuación excluye la imputación del daño físico causado, parece que lo coherente sería resolver de igual modo los casos en que el daño fuera psíquico<sup>137</sup>. Sin embargo, creo que el BGH defiende, al menos en el plano teórico, una solución que en último término es distinta para cada tipo de daño (físico y psíquico), lo que, a mi modo de ver, es incoherente y carece de justificación<sup>138</sup>. En las líneas que siguen trataré de justificar esta afirmación.

Ciertamente el BGH parte de un enfoque unitario y de la equiparación de trato de los daños físicos y psíquicos; esta inicial equiparación se traduce en que, como no podía ser menos, tanto unos como otros se consideran en principio indemnizables, lo mismo cuando se trata de lesiones o daños primarios (*Erst-Verletzung* o *Primärschaden*) que cuando estamos ante daños secuenciales (*Folgeschaden*)<sup>139</sup>; además, tanto a los daños físicos como

<sup>135</sup> Vid. al respecto BRANDT, *Die Behandlung...*, p. 616.

<sup>136</sup> Mi afirmación tiene un alcance general, referido a la imputación o no del daño: no estoy juzgando aquí aún el acierto o no del empleo del concreto criterio de la adecuación para descartar la imputación en los casos de extrema predisposición de la víctima.

<sup>137</sup> En este punto cabría traer a colación la Sentencia del BG suizo de 16 de junio de 1989, que sostiene que en caso de accidentes banales o livianos (de los que cita a modo de ejemplo un leve golpe en la cabeza o pisotón en el pie, una caída o un resbalón normal) no hay por regla general relación causal adecuada entre el accidente y los daños psíquicos; según el BG, teniendo en cuenta la experiencia general de vida y también los conocimientos médicos, puede partirse de que tales accidentes no son apropiados para causar un daño psíquico invalidante; «si, contra todo pronóstico –continúa–, se producen no obstante perturbaciones psíquicas considerables, es seguro que estas se deben a factores ajenos al accidente, como p. e., una predisposición constitucional desfavorable. En tales circunstancias el accidente es tan solo una causa aparente u ocasional de la perturbación psíquica».

<sup>138</sup> En sentido similar, BRANDT, *Die Behandlung...*, p. 619.

<sup>139</sup> En este sentido, la Sentencia del BGH de 30 de abril de 1996 señala que cuando alguien causa culpablemente a otro una lesión corporal o un daño a la salud por el que tenga que responder, la responsabilidad se extiende a los *daños secuenciales* que deriven de ello, sean orgánicos o sean psíquicos (doctrina que reiteran, entre otras, las Sentencias BGH de 5 de febrero de 1997, 11 de noviembre de 1997 y 16 de noviembre de 1999); la obligación de indemnizar estos últimos –apunta la misma Sentencia– no presupone que tengan una causa orgánica, sino que basta con que exista la certeza suficiente de que sin el accidente no se habrían producido (así, v. gr., además de la referida Sentencia del BGH de 30 de abril de 1996, las de 9 de abril de 1991, 25 de febrero de 1997, 11 de noviembre de 1997 y 16 de marzo de 2004); tampoco es preciso –añade el BGH en la Sentencia de 30 de abril de 1996– que fueran previsibles para el dañante (recordemos que la culpa es requisito del supuesto de hecho del § 823 I BGB, de modo que es la lesión del bien jurídico lo que debe producirse de forma culpable y, por tanto, ser previsible, no así los daños causados por esa lesión, daños que deben repararse aunque no sean previsibles, supuesto que

a los psíquicos se les aplica la conocida regla *eggshell skull*. A este último respecto el BGH, en su Sentencia de 30 de abril de 1996, tras reiterar su doctrina general en este punto –el dañante no puede invocar que el daño solo se ha producido o ha tenido una especial gravedad porque la víctima era especialmente propensa por sus anomalías físicas o disposiciones patológicas: quien daña a una persona de salud débil no puede pretender ser tratado como si el afectado hubiera estado sano–, afirma tajantemente que esta regla «vale también por principio para los daños psíquicos, que normalmente surgen de una particular inestabilidad mental del afectado». De ello resulta –continúa la Sentencia– que el dañante tiene que responder de los daños secuenciales psíquicos aunque descansen en una predisposición psíquica o en una defectuosa asimilación neurótica de otro tipo<sup>140</sup>. Sin embargo, la propia Sentencia se apresura a apuntar que esta responsabilidad tiene dos límites<sup>141</sup>:

---

sean imputables al dañante; me remito en este punto a lo que señalé *supra*, en el número 3 del epígrafe I, al referirme a la diferenciación entre *haftungsbegründende* y *haftungsausfüllende Kausalität*).

En cuanto a la *lesión o daño psíquico primario* (que se produce por la reacción psíquica a un suceso que provoca una fuerte impresión o una neurosis en la víctima y que no deriva de un daño físico), la misma Sentencia del BGH de 30 de abril de 1996 apunta que, para dar lugar a responsabilidad, debe tratarse de una enfermedad –para constituir así una lesión a la salud en el sentido del § 823 I BGB– (igual, las Sentencias OLG Köln 29 de julio de 1999 y OLG Hamm 2 de julio de 2001) y ser previsible para el dañante (puesto que, como acabo de apuntar, respecto de esta lesión sí es preciso que medie culpa).

La Sentencia del OLG Hamm 2 de abril de 2001 nos brinda un ejemplo de *daño psíquico primario o puro*: un maquinista de trenes, tras chocar con una camioneta por culpa de quien la conducía, sufrió un grave *shock* que acabó determinando su jubilación anticipada; no hubo lesiones físicas; la fuerte reacción psíquica a lo ocurrido se explicaba por el hecho de que el maquinista ya había tenido antes ocho accidentes en el ejercicio de su profesión, tres de ellos con luctuosos resultados. La Sentencia del BGH de 30 de abril de 1996, por su parte, nos ofrece un caso de *daño psíquico secuencial o derivado*: la víctima de un accidente de coche sufrió lesiones físicas que, a su vez, y por una defectuosa asimilación psicológica de lo ocurrido (pues en los ocho años previos al suceso había resultado lesionada en otros tantos accidentes), derivaron en dolores de origen psicossomático que acabaron forzando su jubilación anticipada.

Sobre la diferenciación entre daño psíquico primario o inmediato y daño psíquico secuencial y sus implicaciones, *vid.* MÜLLER, *Der HWS-Schaden...*, pp. 141, 142, 144, 147 y 148 y STÖHR, *Psychische...*, pp. 162 y 163.

<sup>140</sup> En la misma línea, *v. gr.*, las Sentencias del BGH de 1 de noviembre de 1997, OLG Braunschweig de 3 de marzo de 1997, OLG Hamm de 5 de marzo de 1998 y OLG Düsseldorf de 14 de julio de 2003.

<sup>141</sup> Límites que después han reiterado otras Sentencias del BGH, como las de 25 de febrero de 1997, 11 de noviembre de 1997, 16 de noviembre de 1999, 16 de marzo de 2004 y 10 de julio de 2012; también, entre otras, las Sentencias del KG de 15 de marzo de 2004 y del OLG de Hamm de 5 de marzo de 1998, 2 de abril de 2001 y 20 de junio de 2001.

BRANDT, *Die Behandlung...*, pp. 616, 617 y 618, considera estos límites como una concreción de la teoría de la adecuación; el BGH y los OLG, sin embargo, suelen hablar en las Sentencias que abordan este tema en términos generales de imputación y sin hacer referencia alguna al criterio de la adecuación (con alguna excepción, como la Sentencia del OLG Frankfurt a. M. de 19 de junio de 2012), a diferencia de lo que ocurre en los casos antes analizados de daños físicos.

1.º El primero son las neurosis provocadas por el ansia de obtener una renta o una pensión (*Renten- o Begehrensneurose*)<sup>142</sup>.

2.º El segundo límite a la imputación del daño psíquico es el que ahora más nos interesa y el BGH, en la Sentencia de 30 de abril de 1996 a que vengo refiriéndome, lo formula en los siguientes términos: «Del mismo modo que en el ámbito de los daños corporales pueden surgir límites a la imputabilidad en casos extremos, también en los daños psíquicamente condicionados puede tener lugar una limitación de la responsabilidad en *casos de extrema predisposición*. Sin embargo, este es el caso solo cuando el suceso dañoso es del todo insignificante (bagatela) y *no afecta precisamente en especial a la predisposición dañosa del afectado*», razón por la cual la reacción psíquica en el caso concreto es incomprensible por su desproporción con el motivo desencadenante (la cursiva es mía)<sup>143</sup>; según la misma Sentencia, estas reglas son plenamente válidas para las neurosis por conversión<sup>144</sup>.

Por tanto, para que la imputación se excluya por esta vía es preciso, en primer término, que el suceso dañoso sea una bagatela. Al concretar *qué es lo que debe tener el carácter de bagatela* o insignificante a estos efectos, se distingue según que el daño psíquico considerado sea inmediato (o primario) o sea secuencial<sup>145</sup>:

a) Así, de la Sentencia del BGH de 11 de noviembre de 1997 resulta que, cuando se trata de *daños psíquicos secuenciales*, es la *lesión (primaria)* de la que aquellos derivan la que debe ser insignificante; según la misma Sentencia, para juzgar este extremo deben utilizarse los mismos principios que el propio BGH emplea para negar, también excepcionalmente, la reparación del daño moral conforme al § 847 BGB cuando se trata de lesiones bagatela; así –continúa–, en caso de lesiones nimias al cuerpo o la salud sin esencial perjuicio al estilo de vida y sin consecuencias persistentes, puede negarse la indemnización cuando se trata solo de perjuicios físicos o del bienestar mental transitorios, típicos y frecuentes en la vida diaria también por otras razones diferentes a un concreto evento dañoso; se piensa así –concluye el BGH– en perjuicios que

<sup>142</sup> Sobre esta hipótesis me remito a lo que señalo más adelante: *vid. infra*, número 3 del epígrafe 4.1.3.2.3.

<sup>143</sup> En idéntico sentido, *v. gr.*, las Sentencias del BGH de 5 de febrero de 1997 y 10 de julio de 2012, OLG Braunschweig de 3 de marzo de 1997, OLG Hamm de 2 de abril de 2001 y OLG Düsseldorf de 14 de julio de 2003; parecidamente, la Sentencia del KG de 15 de marzo de 2004.

<sup>144</sup> Sobre este tipo de neurosis *vid. infra* nota 173. Para un caso de aplicación de dichas reglas en este último supuesto, *vid.*, *v. gr.*, las Sentencias del OLG Braunschweig de 3 de marzo de 1997 y OLG Hamm 20 de junio de 2001.

<sup>145</sup> En este sentido, *vid.* MÜLLER, *Der HWS-Schaden...*, pp. 144, 147 y 148.

tanto por la intensidad como por el tipo de la lesión primaria son del todo insignificantes y que usualmente no impresionan de forma duradera al dañado, porque por convivir con otras personas ya está acostumbrado a exponerse a similares molestias<sup>146</sup>.

b) Tratándose de *daños psíquicos primarios*, hay que fijarse en *el accidente* del que aquellos derivan de forma inmediata para determinar si merece o no el calificativo de bagatela; en este sentido se ha pronunciado expresamente el OLG Hamm en su Sentencia de 2 de julio de 2001, según la cual los daños no podrán imputarse a un accidente que, por su desarrollo y sus efectos, no ofrezca ningún motivo comprensible para provocar reacciones psíquicas más allá de lo que en la vida diaria deben tomarse como perjuicios físicos o del bienestar mental típicos y frecuentes también por otras razones que un concreto evento dañoso<sup>147</sup>.

Si este primer requisito se considerara bastante para excluir la imputación, habría una sustancial coincidencia en el tratamiento de los daños físicos y psíquicos, en cuanto que la imputación quedaría descartada cuando resultan desproporcionados por la extrema predisposición de la víctima; y ello con independencia del concreto criterio utilizado para ello, que parecería ser distinto, pues mientras que en el ámbito de los daños físicos suele recurrirse, como se ha visto, al criterio de la adecuación, en el de los psíquicos la descripción de la bagatela recuerda más bien a la caracterización habitual de lo que se conoce como el riesgo general de la vida. Pero es que la Sentencia del BGH de 30 de abril de 1996 añade un presupuesto más al anterior y exige, al fin exoneratorio, que el suceso dañoso (bagatela) *no afecte en especial a la predisposición dañosa de la víctima*. Esto es, el suceso (sea la lesión primaria, sea el accidente) puede ser tan nimio que no se pueda comprender la desproporcionada reacción psíquica que provoca; pero para excluir su imputación al dañante no basta con ello, sino que es preciso, además, que ese suceso no haya actuado sobre la predisposición de la víctima<sup>148</sup>.

<sup>146</sup> En el mismo sentido, *v. gr.*, las Sentencias BGH de 16 de marzo de 2004 y OLG Hamm de 20 de junio de 2001.

<sup>147</sup> El OLG Hamm cita en este punto la Sentencia del OLG Köln de 29 de julio de 1999, a la que me referiré después.

<sup>148</sup> *Vid.* la interpretación en este sentido de la magistrada del BGH, Gerda MÜLLER, *Der HWS-Schaden...*, p. 145 y de SCHIEMANN, § 249, núm. 42.

Por el contrario, la Sentencia del OLG Frankfurt a. M. de 19 de junio de 2012 hace una interpretación diferente de la doctrina sentada por el BGH en su Sentencia de 30 de abril de 1996: en opinión del citado OLG, en contra de la idea de que estamos ante dos presupuestos cumulativos de la exclusión de la imputación hablaría el hecho de que el BGH, después de haber constatado ya en el caso que se había afectado a la especial predisposición dañosa de la víctima, pasa a examinar también la insignificancia del accidente; esto último solo tiene sentido –viene a querer decir el OLG– si se entiende que cualquiera de las dos circunstancias basta por sí para excluir la imputación. Pese a la agu-

El BGH volvió a subrayar esta idea en la Sentencia de 11 de noviembre de 1997<sup>149</sup>, que insiste en que también en el caso de un daño bagatela «puede estar justificada excepcionalmente la imputación de un daño psíquico cuando el suceso dañoso ha afectado precisamente a una especial predisposición dañosa del afectado y *no solo a su general propensión a desarrollos defectuosos neuróticos*». El último inciso, marcado por mí en cursiva, viene a añadirse a lo dicho por el BGH en su Sentencia de 1996. Según ello, habría que distinguir atendiendo a qué sea lo que provoca en la víctima de una lesión nimia el daño psíquico, pues este solo será imputable al dañante si es resultado de una especial predisposición dañosa y no de la general propensión de la que habla la Sentencia de 1997<sup>150</sup>. La diferenciación de ambos supuestos, aun posible en el plano teórico, se me antoja hartamente compleja en la práctica<sup>151</sup>. Así, en el primer plano, Müller<sup>152</sup> apunta que mientras la predisposición especial es una cualidad propia del dañado, que este tiene ya antes del accidente, la propensión general, en el sentido de tendencia a un inadecuado procesamiento de lo vivido, es un comportamiento que aquel desarrolla tras el accidente; pero la misma autora reconoce que en la práctica el deslinde no es tan claro ya que en muchos casos la referida tendencia puede encontrarse ya en la víctima antes del accidente, de modo que este simplemente la hace visible o la desata.

Sea como fuere, y al margen de la dificultad de trazar la comentada distinción en la práctica, lo cierto es que no se comprende que se introduzca la exigencia de que el suceso dañoso *no afecte a una especial predisposición dañosa de la víctima* precisamente cuando el BGH está refiriéndose a los límites de la imputación *en los casos de extrema predisposición dañosa*; en este sentido hay, en mi modesta opinión, una incoherencia interna en la descripción del supuesto exoneratorio pues se parte del caso de que haya una extrema propensión al daño pero se exige que el suceso no afecte a esa propensión, lo que resulta incomprensible. Por último, y como ya he anticipado, no me parece coherente tratar de distinto modo los

---

deza de la argumentación, lo cierto es que la literalidad de lo expresado por el BGH apunta en otro sentido, como el propio tribunal se encarga de señalar en otra Sentencia posterior, a la que paso a referirme en el texto.

<sup>149</sup> Como hace también la Sentencia del OLG Hamm 2 de abril de 2001.

<sup>150</sup> MÜLLER (*Der HWS-Schaden...*, p. 142) observa que dicha propensión general queda dentro del riesgo general de la vida del dañado cuando su conducta neurótica está en burda desproporción con el suceso dañoso.

<sup>151</sup> De hecho, el recurso a los peritos se considera ineludible, como regla general, en esta materia (sentencia del BGH de 5 de febrero de 1997) y lo cierto es que en muchas de las Sentencias alemanas que resuelven casos de este tipo, los dictámenes periciales juegan un papel básico en la fundamentación de los fallos.

<sup>152</sup> *Der HWS-Schaden...*, p. 142.

daños físicos y los psíquicos en los casos analizados<sup>153</sup>. Con todo, parece que la diferenciación no se traduce en la práctica en un tratamiento verdaderamente distinto y que pocas veces prosperan las pretensiones indemnizatorias por daños psíquicos derivados de una lesión bagatela<sup>154</sup>. Esta conclusión puede ejemplificarse con algunos casos resueltos judicialmente en los que se deja ver con claridad la tendencia del tribunal a descartar la responsabilidad cuando es un suceso nimio lo que desata una reacción psíquica excesiva, aun en casos en que la víctima padecía ya antes una patología que la hacía especialmente vulnerable. En este sentido cabe citar, a modo de ejemplo, un par de Sentencias de tribunales de instancia posteriores a la del BGH de 30 de abril de 1996:

1) Sentencia del OLG Köln 29 de julio de 1999. Se trataba de un caso en el que el cable de un semáforo utilizado en una obra se había desprendido y había golpeado un coche en el que iba como copilota una mujer; no hubo daños personales y el daño material al vehículo fue mínimo; la mujer, aquejada ya antes de depresión, adujo que el incidente le había ocasionado un empeoramiento de sus molestias psíquicas, hasta el punto de no haberse podido reincorporar al trabajo en la fecha prevista y de necesitar una asistenta durante un tiempo; el OLG Köln desestimó la demanda por entender que el suceso que había provocado el daño psíquico no era imputable porque había sido una bagatela: «Si la reacción psicológica –dice la Sentencia– es completamente inusual a la vista del motivo, la hipersensibilidad del afectado al acontecimiento que produce el sobresalto corre a su cargo. El procesamiento enfermizo del suceso del accidente descansa en estos casos exclusivamente en la estructura de la personalidad del afectado... Imputar como daños en el sentido de los §§ 823 y ss. BGB sucesos tan banales por la disposición del afectado a su asimilación defectuosa conduciría a una ampliación sin límites y no adecuada de la responsabilidad extracontractual. Las reacciones completamente inusuales de alguien muy sensible a un acontecimiento alarmante –concluye el OLG– forman parte, finalmente, *del riesgo de la vida del afectado* y no quedan dentro *del ámbito de protección* de los §§ 823 y ss.

<sup>153</sup> Curiosamente la Sentencia del BGH de 1 de noviembre de 1997 justifica la doctrina expuesta diciendo que es consecuencia de la equiparación de ambos tipos de daños, en los que el dañante debe soportar en todo caso la especial predisposición dañosa de la víctima; lo cierto es, sin embargo, que, como se ha visto, se están defendiendo soluciones distintas para uno y otro daño en los casos de extrema predisposición, al menos en el plano teórico.

En la misma línea que defiende en el texto *vid.* Brandt, *Die Behandlung...*, p. 619, quien apunta además otras posibles críticas a la referida doctrina jurisprudencial en las pp. 618 y 619.

<sup>154</sup> Así, MÜLLER, *Der HWS-Schaden...*, p. 145.

BGB» (la cursiva es mía). En mi opinión, el caso ilustra muy bien las dificultades prácticas a las que antes aludía, de delimitación entre «especial predisposición dañosa» y «general propensión a desarrollos defectuosos neuróticos»; de hecho, la demandante tenía ya antes del accidente una depresión y ello no fue óbice para que, ante lo insignificante del suceso que agravó sus molestias psíquicas, se desestimara su pretensión indemnizatoria.

2) Sentencia del OLG Nürnberg de 16 de junio de 1998. En este caso la víctima de un accidente de tráfico leve, que solo produjo un daño material nimio y ningún daño físico, sufrió una psicosis que se manifestó días después y que derivó en un intento de suicidio del que resultaron graves lesiones; el afectado padecía ya antes tales patologías que, según el dictamen pericial, cualquier excitación ligera habría bastado para desencadenar la descompensación psicótica; el OLG afirma sin paliativos que se trató de un caso de «extrema predisposición dañosa... del que los demandados ya no responden», con un curso causal completamente inusual porque el procesamiento de la experiencia había sido evidentemente inapropiado; considera el OLG que «la reacción psíquica de la víctima estaba en burda desproporción con el accidente bagatela y no era comprensible». Los ecos de la Sentencia del BGH de 30 de abril de 1996 (que el OLG cita) son claros; sin embargo, el OLG se centra solo en la insignificancia del accidente y obvia toda alusión al otro presupuesto que menciona el BGH para excluir la imputación y que en el caso no se daba ya que el suceso afectó en especial a la predisposición dañosa del afectado y, en concreto, a esas patologías previas que le hacían tan vulnerable a cualquier motivo de excitación psíquica. El OLG, en cambio, sigue insistiendo en el otro presupuesto (el de la nimiedad) y señala que una colisión tan leve constituye un suceso que, en la vida diaria y típicamente, no conduce a ningún perjuicio particular del bienestar mental y no puede impresionar al dañado de forma duradera, porque a diario pasa una y otra vez por molestias comparables; el accidente fue, en fin, un motivo casual de la psicosis, que podría haberse producido de igual o parecida manera por otras razones insignificantes, por lo que, concluye la Sentencia, el daño no es imputable y forma parte *del riesgo general de la vida de la víctima*; a los mismos efectos, el OLG trae a colación, además, *el fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad* –§ 823 BGB, entre otras– (que no es, dice, el de evitar daños como los producidos en el caso)<sup>155</sup>.

<sup>155</sup> También en la jurisprudencia francesa encontramos resoluciones sobre suicidios (o intentos de suicidio) postraumáticos que podían considerarse desproporcionados a la vista del motivo desencadenante, como las sentencias de la *Cour de cassation*, 2<sup>e</sup> civ, de 20 de junio de 1985 y de 4 de diciembre de 2001. La primera se refiere al caso de una menor

Por otra parte, es de notar que la insignificancia del motivo desencadenante del daño psíquico parecía configurarse en Sentencias del BGH anteriores a la tan citada de 30 de abril de 1996 como circunstancia determinante para descartar su imputación con base, precisamente, en esos mismos criterios del fin de protección de la norma fundamentadora de responsabilidad y del riesgo general de la vida; así, la Sentencia BGH de 6 de marzo de 1993 decía: «Si el dañado, por la particular estructura de su personalidad, toma el accidente simplemente como motivo para compensar conflictos internos latentes y se refugia así en una neurosis, que no presenta ya ninguna relación interna con el suceso del accidente,... (de modo que) ese suceso se presenta solo como un punto de cristalización para la defectuosa asimilación neurótica, intercambiable por cualesquiera otros acontecimientos, entonces no está justificado conforme al fin de la norma del § 823 I BGB imputar al dañante también los perjuicios psíquicos del dañado. En tal caso estos han sido provocados de forma puramente casual por el accidente, podrían haberse producido de la misma o parecida manera también por otros motivos posiblemente insignificantes y por ello forman parte, según constante jurisprudencia... del riesgo general de la vida de la víctima, que tiene que soportarlo sin indemnización» (con todo, en el caso, el BGH descartó la exoneración por esta causa); en línea parecida se expresa también la Sentencia del BGH de 12 de noviembre de 1985<sup>156</sup>.

8. Como se ha visto, la mayor parte de las Sentencias que acabo de citar en último lugar recurren explícitamente a criterios distintos del de la adecuación para excluir la imputación objetiva, concretamente al del fin de protección de la norma y al del riesgo general de la vida (con este último, y como también he apuntado ya,

---

que se lesionó al arrojarle por una ventana tras ser obligada a volver a su casa descalza después de haber cometido un hurto en una tienda. La segunda contempla el suicidio del cliente de un banco después de que este incurriera en culpa al notificarle sin preaviso el rechazo de un efecto y el bloqueo de una cuenta; el Alto Tribunal sostuvo que el suicidio no tenía proporción con la falta cometida y que nada en las relaciones anteriores entre la víctima y el banco, que ya antes había utilizado procedimientos comparables, permitía considerar que este tuviera conocimiento de una fragilidad de su cliente que pudiera llevarle a tal extremo. En ambas sentencias la exoneración de responsabilidad del demandado se basa en la falta de acreditación de la necesaria relación causal entre la conducta dañosa y el resultado, sin aludirse a ningún criterio de imputación objetiva en particular. En la misma línea, HOCQUET-BERG (*Les prédispositions...*, núm. 14 –*vid.* también núm. 25–) apunta que el suicidio de una persona no puede ser considerado como la consecuencia cierta de una culpa en cuanto, por su carácter irremediable, excesivo y dependiente del libre arbitrio de su autor, no guarde proporción con dicha culpa; en tal caso –dice– habrá que deducir que la causa de ese gesto desesperado se halla en las predisposiciones enfermizas de la víctima, lo que impide establecer un nexo causal entre el daño y el hecho del demandado.

<sup>156</sup> *Vid.*, asimismo, la Sentencia del BGH de 1 de septiembre de 1982 –aunque no menciona ningún concreto criterio de imputación– y la del KG de 22 de abril de 2002 –que alude al riesgo general de la vida.

conecta además, en mi opinión, la descripción judicial de los sucesos bagatela). Pues bien, esos son precisamente los criterios (de exclusión) de la imputación de los que prefiere valerse otra línea de pensamiento en los casos de predisposición dañosa de la víctima<sup>157</sup>. Para esta línea, que ya avancé páginas atrás<sup>158</sup>, *el resultado al que aquí conduciría el criterio de la adecuación no es aceptable* en aras de la debida protección de las personas vulnerables; y es que cuando el dañante no tiene motivo para sospechar siquiera que su víctima es particularmente propensa a sufrir los daños que padece, posiblemente habría que concluir que «la producción del evento dañoso habría sido descartada, como altamente improbable, por un observador experimentado que, contando además con los conocimientos del dañante, hubiera considerado la situación *ex ante*» –por emplear la conocida fórmula del criterio de la adecuación propuesta por Pantaleón<sup>159</sup>–; conclusión esta que abocaría a descartar en todo caso la imputación objetiva del daño causado a una víctima dispuesta y, por tanto, la responsabilidad del dañante<sup>160</sup>.

Así, en la doctrina alemana, Schiemann<sup>161</sup> observa que en determinados casos la imputación es conveniente teniendo en cuenta la finalidad de la norma general de responsabilidad del § 823 I BGB, aunque la aplicación en sus propios términos del criterio de la adecuación llevaría a negar esta<sup>162</sup>; como ejemplo de esta situación menciona precisamente el caso en que concurre en la víctima una predisposición dañosa inusual, imprevisible incluso para un «observador óptimo»; apunta además que diferenciar este supuesto de aquellos otros de extrema propensión al daño (en los que, como hemos visto unas líneas atrás, se descarta comúnmente la imputación) no es posible sobre la base de un distinto grado de probabilidad –diríamos que el daño aparecería tan improbable en un tipo de casos como en el otro–; antes bien, lo que importa –en opinión del citado autor– es la eficiencia del Derecho de la responsabilidad y sus límites, y, con ello, la *finalidad normativa del Derecho de daños*.

<sup>157</sup> Dentro de ella, hay autores que –como SCHIEMANN, § 249, núms. 32, 35 y 36– preconizan el empleo del criterio del fin de protección de la norma y otros que –como PANTALEÓN, *Comentario...*, pp. 1985 y 1988– se valen del criterio del riesgo general de vida a los indicados efectos exoneratorios.

<sup>158</sup> *Vid.*, *supra*, el número 4 de este mismo epígrafe.

<sup>159</sup> *Comentario...*, p. 1987.

<sup>160</sup> Esta es la conclusión a la que, como ya he señalado, llega Ch. SCHULZE: *vid. supra*, número 3 del epígrafe 4.1.3.2.2.

<sup>161</sup> § 249, núm. 32.

<sup>162</sup> Cabe traer aquí a colación las palabras de OETKER, § 249, núms. 117 y 118, en el sentido de que el dañante tendrá que responder aun de un daño sumamente improbable si la norma de responsabilidad vulnerada persigue precisamente excluir la realización de ese riesgo, por mínimo que sea (*vid.* también nota 477, con cita de jurisprudencia y doctrina en este sentido).

Por otra parte, se ha puesto de manifiesto que al decidir sobre la aplicación del criterio de la adecuación habría que distinguir según el tipo de daños de que se trate. Y ello porque la exclusión –conforme a este criterio– de la imputación objetiva de los *daños ocasionados a las cosas* (cosas cuyas concretas características propician la producción del daño o lo agravan) no suscita los problemas que provoca esa misma exclusión cuando se trata de *daños a personas vulnerables*. En esta línea cabe citar a Pantaleón, que aplica el criterio de la adecuación para descartar la imputación objetiva de daños a cosas, mientras que los daños personales los enfoca a la luz del criterio del riesgo general de la vida llegando a la solución contraria, esto es, no descartando la imputación y, consecuentemente, afirmando la responsabilidad del dañante por regla general<sup>163</sup>; en este contexto, el citado autor comenta el caso de la STS de 15 de diciembre de 1981, en el que un camión dañó un edificio que, por no ser susceptible de obras de consolidación según la normativa urbanística a la que estaba sujeto, hubo de ser demolido; en el edificio tenía instalada una panadería una de sus propietarias; Pantaleón entiende, al igual que el tribunal de instancia y a diferencia del TS, que debería haberse negado la imputación objetiva del daño (derribo con desaparición del negocio de panadería), citando en este sentido la STS de 28 de febrero de 1983; nótese que las características del inmueble afectado agravaron el daño causado por el impacto del camión, jugando en el caso un papel similar al de las predisposiciones dañosas en las víctimas vulnerables. Pantaleón es consciente de que la solución expuesta, válida cuando se trata de daños a las cosas, comporta un trato menos riguroso para con el dañante que el que él mismo defiende en el caso de daños a personas vulnerables, en el que la aplicación del criterio del riesgo general de la vida le lleva a la conclusión de que no puede descartarse la imputación objetiva; el propio Pantaleón da a entender que si se aplicara en este último supuesto el criterio de la adecuación podría llegarse a otro resultado, dado que la predisposición puede ser totalmente imprevisible para el dañante<sup>164</sup>; pero él mismo justifica la diferencia de trato y de conclusiones respecto de unos y otros daños aduciendo que «*el sistema de responsabilidad extracontractual debe tomar en consideración el derecho de los enfermos y los débiles a llevar una vida normal*» y «*el muy importante juicio de valor*» de que estas personas

<sup>163</sup> *Comentario...*, pp. 1985, 1987 y 1988.

<sup>164</sup> «No cabe duda –dice– de que el posible campo de juego del criterio de la adecuación coincide en parte con el de otros criterios de imputación estudiados, a veces con soluciones dispares. Piénsese, por ejemplo, en los casos, mencionados a propósito del criterio del riesgo general de la vida, en que la víctima adolecía de una predisposición dañosa, quizá totalmente imprevisible para el dañante» (*Causalidad...*, p. 1591).

«no deben ser tratados como ciudadanos de segunda» (los subrayados son míos), al tiempo que destaca la indefinición que caracteriza los criterios de imputación objetiva<sup>165</sup>.

La necesaria diferenciación entre ambos tipos de daños entroncaría con las observaciones ya expuestas acerca de cómo, en el entorno europeo, las exigencias a la hora de decidir sobre la imputación son menos elevadas cuando se trata de daños al cuerpo y a la salud de la persona que cuando se trata de daños a cosas o animales<sup>166</sup>.

En definitiva, desde esta perspectiva podríamos concluir que ya que la ley reconoce el valor preeminente de la persona y de bienes como la vida, la integridad, la salud y la seguridad personales, resulta coherente con ello que las cuestiones de imputación objetiva de los daños a las personas tiendan a resolverse de forma distinta, por menos exigente, que cuando se trata de daños a las cosas. Ello puede justificar que el criterio de la adecuación pueda servir para excluir la imputación objetiva de estos últimos daños y no de los primeros<sup>167</sup>.

#### 4.1.3.2.3 *El criterio del fin de protección de la norma fundamentadora de responsabilidad*

1. De acuerdo con este criterio, el daño no es objetivamente imputable a quien lo ha causado si queda fuera del ámbito de protección de la norma en la que pretende fundarse la exigencia de responsabilidad<sup>168</sup>; de este modo, la víctima solo puede pretender la indemnización de aquellas consecuencias dañosas que estén dentro del ámbito de los riesgos por cuya causa y para cuya evitación se dictó la norma<sup>169</sup>.

2. Su utilidad en el sector que aquí interesa ha sido destacada apuntando que el fin de protección de la norma permite deslindar esferas de riesgos y, por tanto, también aquellos que deben ser asumidos por la víctima pese a haberse hecho realidad precisamente con ocasión del evento dañoso; en particular, se ha observado que este criterio puede servir para excluir la imputación en los casos de

<sup>165</sup> PANTALEÓN, *Causalidad...*, p. 1591 y *Comentario...*, p. 1988; estos criterios –observa– «no son dogmas de contornos perfectamente dibujados, sino “tópicos de impreciso halo”, en cuanto compensan juicios de valor, a veces contradictorios, y siempre difíciles de aprehender».

<sup>166</sup> Me remito a lo ya dicho *supra*, en el número 2 del epígrafe 4.1.3.2.1.

<sup>167</sup> Ch. SCHULZE pone en duda la justificación de esta diferencia de trato (*Die Haftung*, pp. 120 y 121).

<sup>168</sup> Así, PANTALEÓN, *Comentario...*, p. 1986.

<sup>169</sup> En este sentido, v. *gr.*, las Sentencias del BGH de 7 de junio de 1968 y 10 de julio de 2012.

predisposición en que *las consecuencias o las reacciones de la víctima son absolutamente extremas*<sup>170</sup>; son estos los casos a los que ya he aludido al analizar el criterio de la adecuación, por ser el que con frecuencia emplean los tribunales alemanes para descartar la responsabilidad del agente cuando se trata de daños físicos; en todo caso, hay que tener en cuenta que es perfectamente posible que dos criterios diferentes puedan conducir a la misma conclusión desestimatoria de la imputación; además, y como han hecho notar diversos autores<sup>171</sup>, hay una conexión entre adecuación y fin de protección de la norma, pues cuanto más improbable sea la producción de un daño, tanto menos habrá que suponer que la norma vulnerada pretende evitar también ese daño.

3. El criterio del fin de protección de la norma también se ha invocado por el BGH para descartar la imputación del daño cuando la víctima sufre una neurosis provocada por el ansia de obtener una renta o una pensión (*Renten- o Begehrensneurose*). Así, es jurisprudencia reiterada del Alto Tribunal alemán que la imputación del daño psíquico se excluye cuando la víctima, en un afán neurótico –consciente o inconsciente– de contar con un sustento y una seguridad, aprovecha el accidente para eludir las dificultades y cargas de la vida laboral activa<sup>172</sup>. En su Sentencia de 29 de febrero de 1956, el BGH justificaba su postura aduciendo que, aunque exista una relación causal directa con el accidente, la alteración psíquica no es imputable al dañante en estos casos por razones de equidad y por el sentido de la reparación del daño; así, entiende que conceder una indemnización a quien se encuentra en la situación descrita sería negativo para su recuperación física y mental, pues se le reforzaría en su representación neurótica, lo cual iría en contra de la finalidad de la reparación, que es ayudar a la víctima a superar el daño. Conectando con esta idea, el BGH observa, en su Sentencia de 10 de julio de 2012, que contradiría el fin de protección de la norma hacer responder al dañante en estos casos, en los

<sup>170</sup> En este sentido, SCHIEMANN, § 249, núm. 35 y OETKER, § 249, núm. 140. También las Sentencias del BGH de 2 de noviembre de 1985 y 16 de marzo de 1993, OLG Nürnberg de 16 de junio de 1998 y OLG Köln de 29 de julio de 1999, sobre daños psíquicos experimentados por víctimas extremadamente propensas (a ellas me he referido ya *supra*, en la parte final del número 7 del epígrafe 4.1.3.2.2).

Más ampliamente, autores como KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht*, núm. 218, ven en la doctrina del fin de protección de la norma una explicación no forzada de los casos en general en que la judicatura alemana se aparta de la regla *eggshell skull* (incluidos algunos en que no se plantean supuestos de reacciones extremas).

<sup>171</sup> Así, por ejemplo, OETKER, § 249, núms. 117 y 118, con cita de otros de la misma opinión en la nota 480.

<sup>172</sup> Sentencias del BGH de 9 de febrero de 1956, 30 de abril de 1996, 11 de noviembre de 1997, 16 de noviembre de 1999, 16 de marzo de 2004 y 10 de julio de 2012; en idéntico sentido, las Sentencias del KG de 15 de marzo de 2004 y del OLG Hamm de 20 de junio de 2001.

que se realiza el riesgo general de la vida<sup>173</sup>. En todo caso, la exclusión de la imputación por esta causa tiene un impacto práctico muy reducido<sup>174</sup>.

4. Más allá de estos dos tipos de casos –de extrema propensión o daños desproporcionados, de un lado, y de neurosis por el afán de obtener una renta, de otro–, la utilización de la doctrina del fin de protección podría ilustrarse con la Sentencia BGH de 6 de junio de 1989. En ella, el BGH lo emplea para descartar la imputación del daño a la demandada, aseguradora de un vehículo cuyo conductor provocó una colisión por no respetar una preferencia de paso; la conducta de este y sus tres acompañantes tras el accidente (acusando falsamente a sabiendas al otro conductor de haber causado el accidente por conducir ebrio y a excesiva velocidad y determinando con ello que la policía le sometiera a un test de alcoholemia) provocó en el otro conductor, que era hipertenso, un ataque de apoplejía que dio lugar a su incapacidad laboral. El BGH consideró que la pretensión indemnizatoria *ex* § 823 ss. BGB contra el causante del accidente no estaba justificada por las siguientes razones: a) El daño sufrido no fue consecuencia *de los defectos materiales* sufridos por el coche del actor (lesión a la propiedad), ya que no fueron estos los que provocaron la excitación y el colapso del demandante, sino lo ocurrido tras la colisión; b) el daño tampoco era imputable *a la infracción de tráfico* cometida, precisamente por el criterio del fin de protección de la norma; la norma que regula la preferencia de paso es el § 8 StVO, y este precepto –observa el BGH– únicamente pretende evitar riesgos de accidentes y los daños a la salud que se encuentran en relación

<sup>173</sup> El BGH distingue este caso de lo que podría denominarse neurosis por conversión (*Konversionsneurose*), que se caracteriza por que el daño físico inicial deriva en una alteración mental que, a su vez, da lugar a molestias físicas y que asimismo conduce al dañado a la idea de que ya no puede trabajar; en este supuesto se estima que sí hay responsabilidad porque el ansia de conseguir una renta o una seguridad no está en primer plano (*vid.* al respecto, *v. gr.*, las Sentencias del BGH de 1 de noviembre de 1997 y del OLG Hamm de 20 de junio de 2001; también SCHIEMANN, § 249, núm. 40, STÖHR, *Psychische...*, p. 163 y autores citados por este); en este caso, la imputación del daño psíquico solo se descarta si el suceso que lo provoca es una bagatela y no afecta en especial a la predisposición dañosa de la víctima (sentencia BGH de 30 de abril de 1996; *vid.* también Sentencia OLG Hamm de 20 de junio de 2001), requisitos estos que ya he tratado anteriormente y que apuntan a casos de reacciones extremas por parte de la víctima.

<sup>174</sup> Su deslinde de las neurosis por conversión no es fácil en la práctica y, de hecho, son muy pocos los casos en los que el BGH ha reconocido una neurosis de renta pura, cuya existencia incluso es puesta en duda por la ciencia médica (sobre todas estas cuestiones puede consultarse MÜLLER, *Spätschäden...*, pp. 133 a 135, Heß, *Haftung...*, pp. 402 y 403 y BRANDT, *Die Behandlung...*, pp. 616 a 618). Uno de los pocos casos en que se ha descartado la imputación del daño precisamente por apreciarse en la víctima una neurosis de este tipo es el de la Sentencia del BGH de 10 de febrero de 2012, según la cual no es preciso que los daños estén caracterizados desde el principio por el ansia de obtener una renta, siendo posible que este se vaya reforzando con el tiempo hasta desempeñar un papel determinante.

interna con esa amenaza; *su fin no es proteger del peligro derivado del comportamiento del dañante después del accidente*; c) la pretensión indemnizatoria tampoco podía fundarse en el comportamiento del dañante *tras el accidente* porque –según la Sentencia– no fue ilícito habida cuenta que el intento de echar la culpa del accidente al otro «no supera la medida de lo que cualquiera que participe en el tráfico tiene que soportar después de un accidente». Esta última idea, que conecta con el criterio del riesgo general de la vida aunque no se diga explícitamente, reaparece cuando el BGH descarta asimismo cualquier pretensión indemnizatoria fundada en los § 7 I y 18 StVG (normas que consagran la responsabilidad del dueño y, en su caso, del conductor del vehículo por los daños ocasionados en su conducción), con base en la cual pudiera exigirse responsabilidad al asegurador del vehículo; en este sentido, el tribunal apunta que falta relación interna entre el desarrollo de esa actividad y el colapso y daños consecuentes a este (de nuevo, el fin de protección de la norma) y que en el caso se había desarrollado un ámbito de peligro independiente que se correspondía al riesgo general de la vida<sup>175</sup>.

Por centrarme solo en el tema del fin de protección de la norma, es cierto, como dice el BGH, que el daño producido quedaba fuera del fin de las normas reguladoras de la responsabilidad por la causación del accidente de tráfico; por eso, como observa Schiemann<sup>176</sup>, no cabía desplazar el riesgo de apoplejía al causante del accidente ni, por tanto, al asegurador de su vehículo; cuestión distinta –y que apunta el mismo autor– es que el comportamiento posterior de aquel, los insultos y las falsas acusaciones, constituyan lesiones a leyes de protección (§ 164 o 185 StGB), en cuyo ámbito sí quedaría comprendido el daño subsecuente (colapso) que sufrió la víctima; esto es lo que determinaría finalmente su imputación al conductor que ocasionó el incidente.

5. El criterio que ahora nos ocupa sirvió también al OLG Braunschweig para, en su Sentencia de 19 de febrero de 1996, negar la indemnización de los costes extra de tratamiento y del

<sup>175</sup> Crítico al respecto –a mi modo de ver, con razón– LIPP, *Krankheitsbedingte...*, p. 812, observa que en el caso no era posible invocar el riesgo general de la vida puesto que no hubo una relación *casual* entre el daño a la salud de origen psíquico y el comportamiento dañoso; antes bien, la agresión verbal del dañante se produjo en una directa confrontación con su víctima. Además, considera que su conducta fue ilícita (en el sentido de desvalor de la conducta). Por todo ello concluye (*op. cit.*, p. 813) que una pretensión frente al dañante habría prosperado, no así la acción directa contra el asegurador del vehículo ya que el desencadenante del daño fue el comportamiento de aquel después del accidente. También a VON BAR, *Gemeineuropäisches*, núm. 458, le parece difícilmente justificable la exoneración de responsabilidad en este caso y cita otros parecidos, de tribunales de otros países europeos, que fueron resueltos en sentido distinto.

<sup>176</sup> § 249, núm. 35.

aumento de la pérdida de ganancias de la víctima alcohólica de un accidente, que se produjeron al sufrir esta el síndrome de abstinencia durante su estancia hospitalaria; el OLG parte de que estos daños eran consecuencia adecuada del accidente; sin embargo, rechaza la demanda basándose en que el fin del § 823 I BGB (fundamento de aquella) es proteger de los riesgos que resultan de una lesión al cuerpo y a la salud –como los gastos de curación del herido y las pérdidas por la incapacidad laboral derivada de la lesión–, *no proteger de las dificultades para el tratamiento derivadas del alcoholismo de la víctima*; y añade: «a diferencia de las dificultades de tratamiento derivadas de una hemofilia..., las complicaciones a causa del alcoholismo del herido no son consecuencia forzosa del accidente... El delirium... fue consecuencia de la prohibición de ingerir alcohol decretada por razones más relevantes. La necesidad de tener que respetar la prohibición del alcohol vigente en un hospital no fue para el herido un riesgo típico del accidente sino la realización del riesgo general de la vida de un alcohólico. Sin embargo, los riesgos generales de la vida no quedan dentro del ámbito de riesgos del que el § 823 pfo. 1 BGB quiere proteger». Por razones que anticipé muy brevemente en las páginas iniciales de este trabajo<sup>177</sup> y que desarrollo algo más adelante<sup>178</sup>, no creo que la causa de la predisposición sea un dato relevante a la hora de decidir sobre la imputación objetiva de los daños que la propensión favorece; a mi modo de ver, no hay motivo para tratar de forma diferente los efectos que propicia el alcoholismo y los que favorece una enfermedad como la hemofilia, como no sea la soterrada finalidad de «castigar» al alcohólico por ser su estado fruto de su libre albedrío y no de una situación ajena a su voluntad, como puede ser la referida enfermedad; en ambos casos la víctima padece un daño que no hubiera sufrido de no ser por la conducta del tercero y es esta la que produce la lesión de la que se derivan directamente un daño emergente y un lucro cesante agravados por la predisposición de la víctima; por tanto, creo que los daños derivados del *delirium tremens* quedan dentro del ámbito de protección de la norma que prohíbe lesionar a otro; tampoco veo motivo para considerar los daños agravados de los que se trataba en el caso como realización de un riesgo habitualmente ligado al natural existir de un alcohólico, y no al natural existir de un hemofílico, de modo que me parece que el criterio del riesgo general de la vida tampoco justificaría una diferencia de trato entre ambas hipótesis.

<sup>177</sup> *Supra*, epígrafe II, número 2, letra a).

<sup>178</sup> *Infra*, epígrafe 4.1.3.2.6.

#### 4.1.3.2.4 *El criterio del riesgo general de la vida*

1. De acuerdo con este criterio no pueden imputarse al agente los resultados dañosos que sean realización de riesgos habitualmente ligados al natural existir del perjudicado<sup>179</sup>. ¿Podría pensarse que quien por sus circunstancias personales corre un mayor riesgo de sufrir daños o corre el riesgo de sufrir daños mayores debe asumir las consecuencias derivadas de la realización del mismo?, ¿que, por tanto, los daños en cuya producción o en cuyo agravamiento su predisposición haya jugado un papel causal debe asumírselos él y no pueden ponerse a cargo del causante material del daño?

2. En mi opinión, la respuesta ha de ser negativa; padecer una predisposición dañosa no significa que haya que considerar como un riesgo inherente al natural existir del que la padece el sufrir consecuencias más graves que las que sufriría un sujeto sin esa predisposición, consecuencias que por ello debieran considerarse no imputables al responsable del accidente desencadenante. En este sentido, coincido con Pantaleón<sup>180</sup> en que el criterio ahora comentado solo excepcionalmente puede justificar la exclusión de la imputación de los daños experimentados por una víctima predisposta<sup>181</sup>.

En efecto, Pantaleón<sup>182</sup> parte de que las predisposiciones dañosas de la víctima no excluyen la imputación objetiva del resultado al dañante: «El hecho de que, sin saberlo el dañante, la víctima (enfermo cardíaco, hemofílico, artrítico, neurótico, etc.) estuviese especialmente expuesta o fuera anormalmente propensa a sufrir un evento dañoso como el acaecido, no es bastante para impedir la imputación objetiva del mismo (STS 2.<sup>a</sup> de 5 de octubre de 88 y 2 de marzo de 89...)». Dicho lo cual, admite una excepción: «A no ser, con base al criterio de imputación analizado, que el suceso que actualizó la predisposición dañosa, al que dio lugar el posible responsable, no sea sustancialmente distinto de otros que en la vida cotidiana resulten muy frecuentes. Lo que parece un justo término intermedio entre el derecho de los enfermos y los débiles a no ser tratados como ciudadanos de segunda (a que no se considere una suerte de “culpa” por su parte el simple hecho de realizar las actividades normales de las personas sanas), y el derecho de sus conciui-

<sup>179</sup> PANTALEÓN, *Comentario...*, p. 1985.

<sup>180</sup> *Comentario...*, p. 1985.

<sup>181</sup> De la misma opinión que PANTALEÓN es INFANTE RUIZ, *La responsabilidad*, p. 164 y también, parece, MEDINA ALCOZ, *La culpa*, p. 148; por contra, DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Causalidad*, p. 225, estima que una predisposición patológica entra dentro del riesgo general de la vida.

<sup>182</sup> *Comentario...*, p. 1985.

dadanos a no cargar individualmente (distinto, si se trata de la Seguridad Social) con enfermedades y debilidades ajenas».

3. Efectivamente, el criterio del riesgo general de la vida *puede justificar la exclusión de la imputación en los casos de extrema propensión* a que aludí anteriormente<sup>183</sup>. Es en tales casos en los que un suceso nimio o trivial puede bastar para actualizar la predisposición y dar lugar a un daño desproporcionado. En principio, parece que esta situación será tanto más probable cuanto más extrema sea la propensión de la víctima a sufrir un daño como el experimentado, pues, lógicamente, siendo muy grande su vulnerabilidad, estará más expuesta a verse afectada por sucesos más o menos corrientes y, en otras circunstancias, insignificantes; esto permite dar una solución razonable a los supuestos de extrema propensión de la víctima cuando pueda concluirse que hay una relación meramente *casual* entre la conducta en cuestión y los daños que provoca, en la medida en que esos daños hubieran podido producirse fácilmente y del mismo modo como consecuencia de cualquier otro suceso habitual y comúnmente ligado a la existencia humana en el ámbito en que se desenvuelve el afectado; en todo caso, no basta considerar únicamente la mayor o menor propensión de la víctima al daño (pues, además, esto no siempre será fácil de determinar) sino que hay que tomar muy en cuenta las características del suceso que desencadena el potencial dañoso de la predisposición y ver si se trata o no de un evento normalmente insignificante y trivial o, como apunta Pantaleón, *si es o no sustancialmente distinto de otros muy corrientes en la vida cotidiana*. Las definiciones de accidentes y lesiones bagatela que ofrecen los tribunales alemanes en el ámbito de los daños psíquicos<sup>184</sup> podrían traerse a colación a los efectos que aquí interesan. También habría que recordar en este punto algunas Sentencias ya citadas como las del BGH de 12 de noviembre de 1985 y 16 de marzo de 1993, la del OLG Nürnberg de 16 de junio de 1998 o la del OLG Köln de 29 de julio de 1999<sup>185</sup>, que descartan la imputación de los daños psíquicos cuando son provocados de forma puramente *casual* por el accidente y podrían haberse producido de la misma o parecida manera también *por otros motivos insignificantes*, precisamente con base en el criterio del riesgo general de la vida de la víctima (además del fin de protección de la norma), criterio que invoca asimismo la Sentencia del KG de 22 de abril de 2002 para defender

<sup>183</sup> También lo invocan, en relación con supuestos de este tipo, SCHIEMANN, § 249, núm. 36, o KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht*, núms. 219 y 220.

<sup>184</sup> *Vid.*, *supra*, el número 7 del epígrafe 4.1.3.2.2.

<sup>185</sup> *Vid.*, *supra*, el número 7 del epígrafe 4.1.3.2.2.

idéntica exoneración cuando la actitud neurótica de la víctima se encuentra en *burda desproporción* con el suceso dañoso<sup>186</sup>.

En este sentido, es normal que las personas experimenten a diario pequeños contratiempos y así, por ejemplo, que puedan verse sobresaltadas por un perro que les ladra, aunque el animal sea inofensivo<sup>187</sup>, por el ruido de un claxon o el de una taladradora o por otros sucesos banales<sup>188</sup>, que puedan recibir un pisotón en cualquier momento mientras están acompañadas o rodeadas de otras personas<sup>189</sup> o que puedan sufrir el disgusto de verse envueltas en discusiones más o menos desagradables con otros sujetos por cuestiones cotidianas<sup>190</sup>; en cambio, probablemente ya no pueda

<sup>186</sup> En esta misma línea MÜLLER, *Der HWS-Schaden...*, p. 148, apunta que cuando es un accidente bagatela lo que causa la perturbación psíquica, lo normal es que esta se deba a un inadecuado procesamiento de lo vivido, que queda dentro del propio riesgo general de la vida del dañado.

Con una formulación coincidente a la de la Sentencia BGH de 6 de marzo de 1993 (que, en esencia, es la que acabo de resumir en el texto), aunque referida a daños físicos y sin mencionar el criterio del riesgo general de la vida, *vid.* la Sentencia OLG Frankfurt a. M. 10 de septiembre de 2003.

<sup>187</sup> Como en el caso de la Sentencia del RG de 9 de diciembre de 1907.

<sup>188</sup> Como en el caso de la Sentencia del OLG Köln de 29 de julio de 1999 (susto por recibir el coche en el que se viajaba el impacto de un cable, que solo produjo un daño mínimo en el auto).

<sup>189</sup> Caso de la Sentencia del OLG Karlsruhe de 25 de enero de 1966.

<sup>190</sup> La Sentencia del KG 3 de mayo de 1985 observa en este sentido que el hecho de que entre las personas haya discusiones fuertes no es extraño y está unido a la vida en comunidad por la existencia de intereses e ideas diferentes; no es extraño que con tal ocasión y motivo algunos implicados se alteren; pero esto no quiere decir en general –concluye el KG– que haya que responder del infarto sufrido por ello, porque tal daño no representa en tales circunstancias sino la realización de un riesgo general de la vida que por principio no es susceptible de imputación.

En este punto cabe citar asimismo la SAP Huesca –penal– 31 de julio de 1996, que negó que el grave desequilibrio psicopatológico sufrido por un joven al que una mujer de 70 años dio una bofetada en el curso de una discusión verbal fuera imputable a esta. La AP observa que al efecto es preciso llevar a cabo un *juicio de adecuación* entre conducta y resultado, pero centra ese juicio en un análisis de previsibilidad que conecta más con el requisito de la culpa que con el de imputación objetiva [dice así: «Para que... (las lesiones psíquicas del perjudicado) puedan ser achacadas a los acusados se precisa, según constante jurisprudencia, la existencia de un juicio de adecuación entre la conducta observada y el resultado producido, de tal modo que se requiere que éste sea previsible. Así pues es preciso siempre que el peligro objetivo sea cognoscible por el sujeto, ya que la obligación de advertir el peligro para el bien jurídico supone, como antecedente previo y necesario, la posibilidad de preverlo, de ahí la relevancia del elemento de la previsibilidad para determinar la infracción del deber de cuidado. De este modo los resultados causados por una conducta no son imputables cuando no hubieran podido ser previstos, ya que no puede reprocharse lo imprevisible, atendiendo a un juicio valorativo que surge de la comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente, de tal modo que sólo ha de estimarse como culpable aquella imprevisión que queda por debajo de la media socialmente adecuada»]. Dicho esto, la Sentencia descarta la imputación del daño psíquico aduciendo que, dadas las circunstancias del caso, el mismo no era previsible. Mas, a mayor abundamiento, hace unas consideraciones que conectan con el *criterio del riesgo general de la vida*, cuando apunta que de la prueba pericial médica resultaba que el perjudicado padecía con anterioridad a los hechos una depresión endógena y que las secuelas en cuestión «se podían haber producido exactamente igual si sólo hubiera habido en la discusión palabras o nervios, o por cualquier otro contratiempo de la vida cotidiana».

considerarse tan corriente a estos efectos el verse involucrado en una situación de gran violencia o agresividad, aunque no llegue a ser física<sup>191</sup>, verse implicado en lo que podría haber acabado siendo un grave accidente<sup>192</sup> o ser sorprendido repentinamente por el fortísimo ruido de un avión a reacción<sup>193</sup>, casos casi todos ellos a los que he tenido ocasión de irme refiriendo en páginas pasadas.

4. Otro caso en el que suele invocarse el criterio del riesgo general de la vida para descartar la imputación es el de los *daños psíquicos que sufre quien recibe la noticia de un accidente o lo presencia*; lógicamente, los efectos de una vivencia de este tipo dependen en buena medida de la sensibilidad del afectado, cuya particular vulnerabilidad puede conducir a daños que de otro modo no se producirían, o no en la misma medida.

La idea de que sufrir una conmoción en este tipo de casos forma parte del riesgo general de la vida es acogida ampliamente en Alemania<sup>194</sup>; allí la jurisprudencia viene exigiendo para la reparación de los llamados daños por *shock* o por conmoción (*Schockschäden*) que haya un daño a la salud que, aunque sea condicionado por la vulnerabilidad del afectado, exceda claramente por su tipo y gravedad los perjuicios que suelen producirse cuando se tiene una mala experiencia o se recibe la noticia del fallecimiento de un familiar cercano; además, la legitimación activa para reclamar indemnización suele limitarse en estos casos a los parientes próximos de la víctima<sup>195</sup>.

En línea parecida se ha pronunciado entre nosotros Pantaleón<sup>196</sup>.

Aun sin invocar el criterio del riesgo general de la vida, también se llega a un resultado práctico similar en Derecho inglés; en él la indemnizabilidad del daño psíquico que experimentan las llamadas víctimas secundarias (como son quienes presencian un acci-

<sup>191</sup> Como en el caso de la Sentencia del BGH de 6 de junio de 1989 (acusaciones falsas y actitud agresiva tras un accidente de tráfico).

<sup>192</sup> Como en el caso de la Sentencia OLG Düsseldorf de 15 de noviembre de 1991 (evitación del atropello de un niño).

<sup>193</sup> Como en los supuestos de las Sentencias del BGH de 1 de diciembre de 1981 y del OLG Schleswig de 18 de agosto de 1988 (respectivamente, infarto y accidente de tráfico causados por el sobresalto que produjo el estruendo).

<sup>194</sup> Así lo hace notar SCHIEMANN, § 249, núm. 46. *Vid.*, asimismo, LIPP, *Krankheitsbedingte...*, p. 812 y OETKER, § 249, núm. 152.

<sup>195</sup> Más información a este respecto, en STÖHR, *Psychische...*, pp. 164 y 165 y, también con consideraciones críticas, en SCHIEMANN, § 249, núms. 45 y 46, y OETKER, § 249, núms. 149 a 156.

<sup>196</sup> Sostiene este autor que los daños derivados de la fuerte impresión sufrida por quien presencia un accidente de circulación con víctimas mortales no son imputables, por regla general, al conductor, precisamente con base en el criterio al que me estoy refiriendo; la excepción se daría –y, por tanto, el daño sería imputable– cuando mediara entre espectador y víctima una íntima relación de afecto «(y quizá también, aunque esa relación no existiese, cuando el accidente sea extraordinariamente horroroso y sangriento)», aunque el primero fuera una persona excesivamente impresionable (*Comentario...*, p. 1985).

dente sin tener una directa participación en él<sup>197</sup>) trata de limitarse mediante el establecimiento de determinados requisitos. Tales requisitos se refieren, de un lado, a: 1) la proximidad del demandante, temporal y física, a la escena del accidente; 2) la relación entre la víctima directa y quien sufre el *shock*; y 3) los medios por los que fue causado el trauma<sup>198</sup>. Por otro lado, y además, se considera preciso que el daño psíquico hubiera sido previsible en una persona de fortaleza normal<sup>199</sup>; consecuentemente, si el demandante es particularmente propenso a desarrollar una afección psíquica, no habrá responsabilidad a menos que las circunstancias sean tales que alguien sin esa tendencia hubiera desarrollado esa afección; en tal caso, el demandado respondería por el daño psíquico en toda su extensión, aun cuando el mismo se hubiera visto agravado por la particular sensibilidad de la víctima<sup>200</sup>.

#### 4.1.3.2.5 *El criterio del incremento del riesgo*

Este criterio significa, en palabras de Pantaleón<sup>201</sup>, que «(n)o cabe imputar a una determinada conducta un concreto evento dañoso, si dicha conducta no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento en cuestión: cuando, suprimida mentalmente aquella conducta, o introducida mentalmente la acción debida (en los casos de omisión), el evento dañoso, en su configuración totalmente concreta, se hubiera producido también, con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza». En lo que nos interesa, parece que este criterio podría justificar la exclusión de la imputación objetiva en un concreto caso: cuando se tenga la certeza de que la previa enfermedad de la víctima habría ocasionado por sí sola y en el mismo momento y lugar el evento dañoso que ha provocado el agente (p. e., un sujeto sufre un infarto mortal cuando está a punto de ser atropellado, por el sobresalto que ello le produce, pero, aun sin el accidente, su dolencia cardíaca le habría ocasionado la muerte en el mismo instante)<sup>202</sup>.

<sup>197</sup> A la diferenciación entre víctimas primarias y secundarias en Derecho inglés ya aludí *supra* en el número 2 del epígrafe 4.1.2.

<sup>198</sup> Los mismos fueron establecidos por la *House of Lords* en su decisión sobre el caso *Alcock v. CC South Yorkshire* (1992), que los apunta como los tres factores relevantes para determinar si existe o no un deber de cuidado en una concreta demanda por daño psíquico; sobre esta cuestión puede consultarse ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, núms. 5-58 y HARPWODD, *Modern*, pp. 46 a 48.

<sup>199</sup> Así, en *Page v. Smith* (1996), donde Lord Lloyd subraya expresamente que este mecanismo de control no se aplica a las víctimas primarias y que con él se trata de limitar el número de potenciales demandantes entre las víctimas secundarias.

<sup>200</sup> JONES, *Clerck & Lindsell*, núm. 2-163.

<sup>201</sup> *Comentario...*, p. 1986.

<sup>202</sup> Con todo, es un supuesto básicamente de laboratorio porque normalmente será difícil que el daño se produzca en el mismo instante por ambas causas.

Estaríamos en un supuesto de *causalidad hipotética*. En los casos de causalidad hipotética, existe un curso causal desencadenante del evento dañoso puesto en marcha por el responsable (causa real o adelantada), que impide a otro curso causal (causa hipotética o de reserva) llegar a producir ese mismo daño<sup>203</sup>; en nuestro ej., el conato de atropello es la causa real y la enfermedad la causa hipotética del resultado muerte. Al dilucidar la relevancia exoneradora de las causas hipotéticas del daño, Pantaleón<sup>204</sup> estima preciso distinguir dos situaciones: a) si la causa hipotética hubiera producido el daño en la misma forma, tiempo y lugar que la causa real, exonera de responsabilidad al autor de la causa real: el daño no le es objetivamente imputable por aplicación del criterio del incremento del riesgo (tal sería el caso del ejemplo); y b) si la causa hipotética hubiera producido el daño en forma y tiempo diferentes a los de la causa real, carece de relevancia exoneratoria<sup>205</sup>.

#### 4.1.3.2.6 *El criterio de competencia de la víctima*

1. El criterio de competencia de la víctima significa que cuando es esta la que tiene el control de la situación, no cabe atribuir al agente el resultado dañoso; «si en la configuración de un contacto social —explica Díez-Picazo<sup>206</sup>—, el control de la situación corresponde a la víctima, es a ella a quien deben imputarse las consecuencias lesivas y no al comportamiento del autor mediato»<sup>207</sup>.

Pues bien, no parece razonable aplicar este criterio a la víctima con una predisposición dañosa, a los efectos de descartar la imputación del daño a su causante material: la predisposición que padece el dañado le sitúa en una posición de especial vulnerabilidad, situación puramente pasiva y no de control del contacto social; en este sentido, la víctima no lleva a cabo ninguna conducta, simplemente se encuentra afectada por un mal, mal que, combinado con la conducta dañosa del tercero, hace que los efectos de esta sean más graves de lo habitual<sup>208</sup>.

<sup>203</sup> PANTALEÓN, *Comentario...*, p. 1983.

<sup>204</sup> *Comentario...*, pp. 1983 y 1989.

<sup>205</sup> Ello no obstante, y como se verá más adelante (*infra*, epígrafe 4.3), en esta segunda hipótesis la predisposición dañosa de la víctima puede justificar una rebaja de la indemnización cuando por sí hubiera acabado produciendo más adelante el mismo resultado que el hecho dañoso (y así lo admite el propio PANTALEÓN, *Comentario...*, p. 1991).

<sup>206</sup> *Derecho*, p. 349.

<sup>207</sup> Parecidamente, para MONTÉS PENADÉS (*Causalidad...*, pp. 2626 y 2627) la *intervención significativa de la víctima* en la causación o en la dimensión de los daños justifica una reducción de la indemnización.

<sup>208</sup> Como destaca NGUYEN THANH NHA (*L'influence...*, p. 15), la predisposición no es en sí un comportamiento, ni un suceso ni siquiera una forma de ser, es un estado pasivo, y solo comienza a jugar un papel agravante del daño a partir del accidente (un planteamien-

El papel meramente pasivo de la víctima podría ponerse en cuestión en los casos de *suicidios postraumáticos*, cuando la víctima de un accidente acaba después con su vida por estar afectada por un estado psicopático que la empuja a tan drástica decisión; sin embargo, aunque aquí la víctima tiene un papel activo en el suicidio, si este ha sido provocado por el trauma que le ocasionó el accidente, es al responsable de este a quien en principio (y salvo que concurren otras circunstancias especiales) le resulta imputable el daño<sup>209</sup>; esa regla quedaría exceptuada cuando la reacción de la víctima, afectada por una extrema predisposición, fuera absolutamente desproporcionada a la vista del suceso desencadenante<sup>210</sup>, mas no tanto, en mi opinión, conforme al criterio de la competencia de la víctima, como con base en otros, como el del riesgo general de la vida o el del fin de protección de la norma, según las circunstancias del caso.

2. Por otra parte, podríamos plantearnos si, tratándose de víctimas con predisposición dañosa, *hacer una vida normal* es una conducta relevante a los efectos del criterio de imputación que ahora estamos viendo (y, reveladora, por tanto, del control de la situación por parte de la víctima), habida cuenta que obrando así se expone a sufrir un daño que, por sus peculiares circunstancias, tendrá más graves consecuencias que en otra persona; frente a ello, entiendo que el hecho de hacer una vida normal dentro de sus posibilidades (y con los matices que enseguida señalaré) no puede considerarse suficiente para estimar que es la víctima predispuesta la que tiene el control del contacto social y que, por tanto, el resultado dañoso no le es imputable objetivamente al autor de la conducta dañosa; y ello porque, en línea con lo sostenido por Pantaleón<sup>211</sup>, mantener esa opinión significaría, en definitiva, tratar a estas personas como ciudadanos de peor condición, sujetos a limitaciones inasumibles<sup>212</sup>.

En esta misma dirección cabe citar varios pronunciamientos judiciales en países de nuestro entorno. Así, la Sentencia del BGH

---

to similar es el de DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation...*, núm. 359 y, entre nosotros, el de GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación*, pp. 179 y 180); agudamente señala NGUYEN que son muchas las particularidades de la víctima ajenas a la génesis del perjuicio que pueden agravar sus consecuencias (p. e., tener personas a su cargo), y respecto de las cuales nunca se ha planteado un reparto de responsabilidades; de ahí que cuestione por qué la solución debe ser distinta en el caso de las predisposiciones.

<sup>209</sup> En sentido similar, NGUYEN THANH NHA, *L'influence...*, p. 15 o SCHIEMANN, § 249, núm. 39.

<sup>210</sup> Hipótesis esta a la que ya tuve ocasión de aludir anteriormente: *vid. supra*, número 7 del epígrafe 4.1.3.2.2.

<sup>211</sup> Recordemos que este autor se refiere al «derecho de los enfermos y los débiles a no ser tratados como ciudadanos de segunda (a que no se considere una suerte de "culpa" por su parte el simple hecho de realizar las actividades normales de las personas sanas)» (*Comentario...*, p. 1985 y, muy parecidamente, en *Causalidad...*, p. 1591).

<sup>212</sup> En la misma línea, *vid.*, en Alemania, SCHULZE, *Die Haftung*, pp. 67 y 68 y, en Suiza, WEBER, *Zurechnungs...*, p. 81 y STUDHALTER, *Konstitutionelle...*, p. 626.

de 5 de noviembre de 1996 se refiere a un caso en el que una mujer a la que se le había colocado un implante de metal en la columna vertebral sufrió seis meses después un leve accidente de tráfico que provocó que la pieza se aflojara y, por esa causa, tuviera que someterse a varias intervenciones de las que finalmente derivaron daños importantes; puesto que la víctima en cuestión era especialmente vulnerable al daño que sufrió, el BGH, tras recordar la regla general al respecto (el dañante no puede alegar que el daño se ha producido solo porque la víctima era especialmente propensa), apunta que tampoco la circunstancia de que el aquejado por la predisposición dañosa se haya expuesto a una situación que comporta un riesgo (como lo es participar en el tráfico) cambia en nada la plena responsabilidad del dañante ni puede considerarse conculpa de la víctima (a los efectos del § 254 BGB), sin perjuicio de posibles excepciones que no venían al caso en el supuesto contemplado.

La Sentencia BGH de 2 de septiembre de 1981 descarta también la conculpa de un hombre que fue mordido en el abdomen por el perro del dueño de una taberna, padeciendo consecuencias especialmente graves porque tenía en la zona daños previos por una herida de guerra; para el BGH, el hecho de que el afectado no llevara en ese momento el corsé que, en cambio, solía ponerse cuando trabajaba o iba de caza, no justificaba la apreciación de culpa de su parte ya que con el ataque del perro se había realizado un riesgo que quedaba dentro de la esfera de la responsabilidad de su dueño, por lo que no podía reprocharse al demandante no haber procurado disminuir las consecuencias dañosas de una agresión en sí ilícita; del principio de buena fe, en fin, no se derivaba en el caso que la conducta del actor hubiera ampliado de forma inadecuada el riesgo de responsabilidad del demandado.

En el Derecho inglés, es de citar el caso *Wieland v. Cyril Lord Carpets Ltd.* (1969); en él, una mujer que se había visto obligada a llevar un collarín por la actuación culposa del demandado y que por ello no podía usar del modo habitual sus gafas bifocales (pues teniendo restringida la movilidad del cuello no podía mirar bien hacia abajo), se cayó por una escalera, sufriendo así nuevos daños; estos daños se consideraron causados también por el demandado, ponderándose al efecto que la caída se había producido en el curso de la actividad habitual de la vida diaria y poco después del primer accidente; el demandado debía haber previsto que la vida de la demandante se vería limitada por la primera lesión y la víctima no podía considerarse irrazonable por intentar continuar con su vida normal.

En Francia, la *Cour de cassation, Civ. 1er*, nos ofrece un último ejemplo en su Sentencia de 17 de mayo de 1965, que no consideró imprudente a un tuerto que presenciaba en primera fila un partido de rugby, porque nada permitía afirmar que por su enfermedad fuera más vulnerable que otro a recibir un balonazo en el ojo sano.

3. Esto no significa que el criterio ahora considerado no pueda ser *de aplicación* en determinadas ocasiones, particularmente *cuando la realización de la actividad o de la conducta en el curso de la cual la víctima sufre el daño revele negligencia de su parte*, a la vista de las circunstancias del caso concreto. En este sentido, cabe entender que quien sabe que padece una determinada predisposición debe evitar situaciones que en sus circunstancias son especialmente peligrosas o comportan riesgos excesivos que aumentan su vulnerabilidad<sup>213</sup>. Así, en principio, no creo que pueda

<sup>213</sup> Como observan HOCQUET-BERG, *Les prédispositions...*, núm. 13 y BACACHE-GIBEILI *Droit*, núm. 429, obra culposamente la víctima que, sabiéndose afectada por ciertas deficiencias, no obstante desarrolla a sabiendas una actividad que le expone a un mayor riesgo de sufrir una lesión y no toma las precauciones que por su estado serían necesarias; parecidamente, NGUYEN THANH NHA, *L'influence...*, p. 17.

En Suiza, que la víctima predispuesta se exponga de forma imputable a un peligro se considera una circunstancia justificativa de la reducción de la indemnización conforme al artículo 44 OR (*vid.* al respecto WEBER, *Zurechnungs...*, p. 82 y STUDHALTER, *Konstitutionelle...*, pp. 624 a 626 y 629).

En Alemania, también SCHULZE (R.), §§ 249-253, núm. 21, apunta como una de las excepciones a la responsabilidad plena del dañante en los casos de predisposición dañosa de la víctima, el caso de culpa de la víctima por omisión de las medidas de cuidado conforme al § 254 BGB; *vid.* asimismo SCHULZE (Ch.), *Die Haftung*, p. 68. En la misma línea, el OLG Celle señala en su Sentencia 18 de julio de 1980 que si la constitución propensa al daño de la víctima no influye en la fundamentación de la responsabilidad del dañante, como compensación a ello debe atribuirse al afectado una culpa considerable cuando asume un riesgo sin tomar en cuenta su constitución; puesto que el afectado puede valorar mejor el riesgo –añade–, recae sobre él en ese aspecto un deber especial de contención, y si no lo observa, sería inequitativo hacer responder solo al dañante por los elevados daños producidos precisamente por esa especial constitución; la Sentencia se refiere a un caso en el que un hombre se cayó tratando de separar a su perro de otro, surgiendo así una psoriasis que antes había estado latente en las zonas de la piel en que se hirió; la Sentencia rebajó la indemnización a cargo del responsable con base en la culpa de la víctima, que ya antes sabía la enfermedad que padecía. Este caso trae a la memoria otros a los que ya he tenido ocasión de aludir, a propósito de infartos sufridos por enfermos cardíacos al intentar separar a su perro de otro (*vid. supra*, epígrafe 4.1.3.2.2, número 6); así, en nuestro país, la STS de 12 de mayo de 2004 confirmó el fallo de la Audiencia, que había rebajado la indemnización por apreciar culpa en el fallecido, al inmiscuirse en la pelea sabiendo que padecía una grave afección cardíaca; en cambio, el OLG Karlsruhe, en Sentencia de 12 de marzo de 1992, descartó la responsabilidad del demandado por falta de adecuación entre su comportamiento y el infarto del actor.

En Derecho inglés se parte de que el comportamiento irrazonable o inadecuado (*unreasonable conduct*) del demandante interrumpe la relación de causalidad entre la conducta del demandado y el daño (FINKE, *Die Minderung*, núm. 480); por tanto, la conducta del dañado puede interferir en dicha relación como *novus actus interveniens*, en cuyo caso el dañante primigenio queda libre de responsabilidad por los daños debidos a la conducta de la víctima (*vid.* a este respecto HARPWODD, *Modern*, pp. 165 y 166; también FINKE, *Die Minderung*, núms. 444 a 448 y 480 y ss.). Un caso muy significativo en esta materia es *McKew v. Holland & Hannen & Cubitts (Scotland) Ltd.* (1969); el demandante había sufrido, por culpa del demandado, un accidente de trabajo a resultas del cual su pierna izquierda había quedado temporalmente falta de fuerza: unos días después del accidente, el

hacerse ningún reproche ni tacharse de negligente a quien conduce un coche teniendo un implante metálico en la columna vertebral<sup>214</sup>; pero sí lo sería participar, en esas condiciones, en actividades que necesariamente provocan movimientos violentos o descontrolados (por ejemplo, montar en un todoterreno para hacer una excursión por un suelo irregular, o en un auto de choque o en un toro mecánico). Tampoco es negligente quien camina por la calle a pesar de tener ciertos problemas de movilidad; pero sí cabría apreciar negligencia en quien, estando en tal situación, se subiera al tejado de una casa con intención de repararlo y se cayera de él<sup>215</sup>, o se introdujera en un solar en obras, con un pavimento irregular, y tropezara precipitándose al suelo. Asimismo podría considerarse negligente a quien, sabiendo que padece una enfermedad que puede hacerle perder la consciencia o el control de sus actos, se expone en solitario a situaciones potencialmente peligrosas si sobreviene un episodio de ese tipo<sup>216</sup>. Otros ejemplos, tomados de la jurisprudencia

---

demandante se empeñó en subir sin la ayuda de su mujer y de su cuñado, allí presentes, una empinada escalera carente de barandilla; su pierna cedió y él cayó causándose una complicada fractura en el tobillo; a la vista de las circunstancias señaladas, los jueces de la *House of Lords* entendieron que la conducta del demandante había sido irrazonable y debía considerarse como un *novus actus interveniens* determinante de la ruptura de la cadena causal; como observa HARPWODD (*Modern*, p. 181), el problema podría plantearse, más que como una cuestión de causación del daño, como una cuestión de imputación (*remoteness*). La doctrina inglesa suele referirse a este caso y al antes citado *Wieland v. Cyril Lord Carpets Ltd.* (1969) (de caída por escalera de mujer con collarín) como ejemplificativos de la distinta valoración que merecía la conducta de la víctima en cada uno de ellos (*vid.* al respecto FINKE, *Die Minderung*, núm. 483 y nota 156).

<sup>214</sup> Como entendió el BGH en la Sentencia de 5 de noviembre de 1996, a la que me he referido en el texto.

<sup>215</sup> Tal es lo que ocurrió en el caso resuelto por la Sentencia de la *Cour de Cassation, Civ. Ire.*, 2 de noviembre de 2005, que consideró que la causa exclusiva del accidente fue la culpa de la víctima, porque, habida cuenta su anterior profesión, no podía ignorar el peligro que representaba emprender los trabajos que hizo sin ninguna medida de seguridad, siendo su imprudencia aún mayor por su situación de invalidez y su gran corpulencia.

<sup>216</sup> El caso de la STS de 27 de febrero de 2006 podría servir de ejemplo: un hombre sufrió un ataque de epilepsia cuando estaba esperando un tren, por lo que cayó a la vía en el momento en que aquel entraba en la estación, falleciendo al quedar atrapado por un mecanismo de seguridad del convoy. La propia Sentencia apunta que la víctima tenía ataques epilépticos con una cierta frecuencia y plantea hipotéticamente que el daño podría ser imputado, «bien a la propia víctima, que al sufrir el ataque..., originó un caso fortuito», bien a Renfe por utilizar un mecanismo de seguridad que no pudo evitar dañar al caído, bien al maquinista por accionar ese sistema; descartada la culpa del maquinista, el Supremo sostiene asimismo que «no puede ponerse a cargo de la empresa de ferrocarriles el daño que sufre una persona que se encontraba en el andén  *sola*, como consecuencia de una caída en la vía *a causa de una enfermedad conocida*» (la cursiva es mía); el Alto Tribunal no llega a decir que hubiera culpa de la víctima, pero las palabras subrayadas parecen encerrar un cierto reproche a su conducta (hay cierta similitud entre el razonamiento de esta Sentencia y el de la STS de 30 de noviembre de 2006 –de la misma Ponente, Excm. Sra. Encarnación Roca Trías–, que también descartó la imputación a Renfe del daño «que sufre una persona por una enfermedad que ya conocía..., que sufrió un ataque (de hipertensión que le ocasionó la muerte) en un viaje en tren, y que fue atendida en el hospital más próximo al lugar en el que sufrió el ataque, siendo trasladada al mismo por los medios sanitarios al efecto, avisados por el responsable del viaje»]. Otro caso parecido es el de la STS de 14 de noviembre de 2002, respecto del fallecimiento de un joven de 24 años ocurrido mientras se bañaba en una pisci-

francesa, son los siguientes<sup>217</sup>: mujer tullida que se lesiona descendiendo de un autocar, enfermo que se aventura «sin necesidad» en un local mal iluminado, peatón sordo que es atropellado al cruzar un paso a nivel o que recorre un largo espacio para cruzar una carretera sin mirar atrás para ver si viene un coche.

En supuestos como los descritos, el criterio de competencia de la víctima puede justificar una exoneración total o parcial de responsabilidad del demandado. En ellos, la falta de cuidado de la víctima para consigo misma provoca que su predisposición dañosa tenga un papel determinante, ya sea en la producción del accidente mismo, ya sea en la causación o en la agravación del daño. En todo caso, una eventual negligencia por parte de la víctima predispuesta sería irrelevante cuando la conducta dañosa del tercero sea dolosa<sup>218</sup>.

4. Una situación distinta, aunque relacionada, se da cuando quien padece previamente la predisposición y lo sabe, omite, tras sufrir un accidente, adoptar medidas que evitarían que su propensión agravara los daños derivados de aquel; en tal caso habría por su parte un *incumplimiento de la carga de mitigar el daño*. Esta posibilidad es especialmente tangible en relación con los daños psíquicos derivados de la combinación del acto dañoso y de la predisposición de la víctima, cuando los mismos pueden ser minimizados por el afectado sometiéndose a una terapia y ello pueda considerarse exigible en las concretas circunstancias del caso<sup>219</sup>.

5. Por lo demás, *que la predisposición traiga causa o no de una conducta voluntaria o incluso negligente de la víctima no*

---

na municipal muy concurrida; la Audiencia redujo la indemnización fijada para los padres en primera instancia por apreciar culpa concurrente de la víctima; la aseguradora del ayuntamiento titular de las instalaciones recurrió aduciendo culpa exclusiva de la víctima y alegando que padecía una enfermedad y que había quedado inconsciente en el agua a causa de una crisis comicial; el argumento fue rechazado por el TS, que confirmó el fallo recurrido por considerar culpable la actuación del ayuntamiento.

<sup>217</sup> De todos ellos da cuenta NGUYEN THANH NHA, *L'influence...*, p. 17.

<sup>218</sup> El caso de la Sentencia del BGH de 9 de mayo de 1970, al que volveré después, ofrece un ejemplo de ello, al tratarse de un alcohólico que, un día después de haber sufrido un golpe en la cabeza del que aún no se había recuperado del todo, volvió a una taberna y siguió bebiendo, siendo allí donde se topó con su agresor; este le rompió un vaso de cerveza en la cabeza lo que, combinado con la poca estabilidad de la víctima, provocó que esta cayera al suelo y se dañara gravemente en la cabeza; frente a la conducta dolosa del atacante, a la víctima solo podía reprochársele no cuidarse; además, esta falta de cuidado no estaba relacionada ni explicaba la agresión: la falta de seguridad deambulatoria del afectado hubiera desaconsejado, *v. gr.*, que anduviera por suelos irregulares o mal iluminados o por lugares muy concurridos, en cuanto incrementaba el riesgo de sufrir una caída en tales circunstancias, pero no puede decirse que aumentara el riesgo de ser golpeado intencionalmente por otro sujeto, que fue lo que ocurrió en el caso.

<sup>219</sup> En esta misma línea, *vid.*, *v. gr.*, OETKER, § 249, núms. 191 y 193. También la Sentencia OLG Hamm 5 de marzo de 1998, que, no obstante, descartó la conculpa de la víctima por considerar que, en su situación, estuvo justificado interrumpir el tratamiento psiquiátrico (se trataba de un militar y el conocimiento de su patología habría puesto seriamente en peligro su carrera).

parece un dato relevante ni que, por tanto, deba ser tomado en cuenta al juzgar la responsabilidad del agente dañoso. En efecto, como ya avancé<sup>220</sup>, la debilidad de la víctima tiene en ocasiones un origen por completo ajeno a su voluntad (por ejemplo, una enfermedad congénita, una complexión física frágil, una edad avanzada); pero también puede ser consecuencia de una decisión voluntaria: pensemos en toxicologías o hábitos insanos de vida, de las que derivan riesgos particulares para el afectado (así, el que no puede prescindir de ingerir alcohol o drogas a diario sin padecer síndrome de abstinencia, el fumador crónico que sufre por ello una insuficiencia respiratoria o el que es obeso mórbido por malos hábitos alimenticios probablemente está en peores condiciones que otras personas para superar los efectos del acto dañoso del que pueda ser víctima o el tratamiento médico subsiguiente); asimismo, puede provenir de una conducta culpable anterior del afectado (determinante, por ejemplo, de un accidente previo del que deriva la predisposición dañosa). Pues bien, a los efectos de ponderar la eventual responsabilidad del causante del daño entiendo que da igual cuál sea la causa de la predisposición dañosa de su víctima; no olvidemos que esta no hubiera dado lugar al daño de que se trata de no haber sido por la conducta del tercero; que la predisposición tenga su origen en un comportamiento voluntario o incluso culpable no justifica por sí que el daño no sea objetivamente imputable a su causante ni es un dato que incida en los presupuestos de responsabilidad de este. No puede decirse que quien es más vulnerable en el momento en que sufre el daño porque antes no se ha cuidado debidamente (sea por llevar una vida poco saludable, sea por exponerse negligentemente a sufrir un accidente previo), haya incumplido su carga de mitigar el daño, ya que, cuando observaba esa conducta descuidada para consigo mismo, el daño ni siquiera se había producido aún. Tampoco en estos casos puede decirse que haya culpa de su parte, pues no ha infringido ningún deber de conducta frente a terceros que dé lugar a la obligación de reparar el daño causado a otro; ni siquiera cabe hablar aquí de culpa en el sentido impropio en que se habla de culpa de la víctima para aludir a los casos en que esta contribuye con su conducta negligente a la causación del daño que ella misma sufre<sup>221</sup>; de un lado, porque no creo que pueda sostenerse que tener hábitos de vida tóxicos o poco saludables constituya un comportamiento objetivamente negligente<sup>222</sup>; de otro, por-

<sup>220</sup> *Vid. supra*, epígrafe II, número 2, letra a).

<sup>221</sup> Sobre la impropiedad de la noción de culpa en ese contexto me remito a GÓMEZ CALLE, *La contribución...*, pp. 259 y 260.

<sup>222</sup> En supuestos de este tipo, la Sala 2.<sup>a</sup> de nuestro Tribunal Supremo ha negado en varias ocasiones que la embriaguez o drogodependencia del herido rompan el nexo causal

que en el caso en que la predisposición es consecuencia de un accidente previo debido –en todo o en parte– a la conducta negligente del que lo sufrió, el hecho de que la culpa de la víctima –en sentido impropio– fuera determinante de ese accidente y de la subsiguiente predisposición no significa que deba o pueda considerarse asimismo determinante del segundo; la objetiva negligencia de la víctima en el accidente anterior justifica que no obtenga ninguna indemnización o solo una reparación parcial a cargo del responsable del mismo, pero no justifica el mismo efecto respecto del segundo accidente<sup>223</sup>.

Lo dicho puede ilustrarse con la Sentencia BGH de 9 de julio de 1970, cuyo enfoque, me parece, coincide sustancialmente con lo aquí defendido. Los hechos enjuiciados fueron los siguientes: un hombre que se encontraba en una taberna visiblemente ebrio sufrió serios daños cerebrales a resultas del golpe que recibió al caer al

---

entre conducta y resultado o tengan aptitud para eliminar la imputación objetiva (v. gr., SSTS, 2.ª, de 13 de noviembre de 1991 –navajazo a un toxicómano con resultado de muerte–, 28 de abril de 1997 –lesiones en el cuello que, junto con los opiáceos que el herido tenía en el cuerpo, le ocasionaron la muerte– y 4 de julio de 1997 –agresión con palo a un hombre hipertenso, alcohólico y de avanzada edad, circunstancias estas que facilitaron la formación de un hematoma subdural que provocó el fallecimiento del afectado–).

En la misma línea de lo expresado en el texto, GARCÍA-RIPOLL MONTJANO, *Imputación*, p. 180, apunta que una cosa es que la perturbación de la víctima (p. e., embriaguez) pueda dar lugar a una actividad ilícita o contraria a la carga de comportamiento que soporta todo hipotético dañado, y otra muy distinta su estado físico como tal, ya que este no es un comportamiento «ni tampoco parece que exista la carga general de conducirse de manera que nuestro estado físico o psíquico sea el mejor posible».

A una conclusión final semejante a la aquí defendida llega también HOCQUET-BERG, *Les prédispositions...*, núms. 13 y 23; esta autora parte de que el alcohólico incurre en una conducta previa culpable que da lugar a su estado patológico, pero en seguida matiza que las predisposiciones que provienen de un comportamiento culpable anterior y que aumentan las probabilidades de realización de un accidente, solo exoneran parcialmente de responsabilidad al demandado *cuando estén en el origen del accidente* y no solo en el origen de un perjuicio más grande (pone como ejemplo la falta de reflejos de quien se pone a conducir bajo el influjo del alcohol o las drogas); por ello considera correcta la decisión de la *Cour de cassation*, 2ª civ, en casos como los resueltos por las Sentencias de 13 de enero de 1982 y 7 de abril de 2005, en los que se descartó cualquier exoneración de responsabilidad a favor del causante de un accidente cuya víctima fue un alcohólico que, debiendo ser tratado del traumatismo sufrido a resultas de aquel, falleció en una crisis de *delirium tremens* mientras estaba hospitalizado; la decisión se justifica en que el accidente fue la causa del fallecimiento ya que, si no hubiera tenido lugar, no habría sido precisa la hospitalización, en cuyo curso se produjo la crisis.

Frente a ello, NGUYEN THANH NHA, *L'influence...*, pp. 18 y 19, no solo aprecia en el alcohólico una culpa previa determinante de su estado patológico (enfoque del que parte también HOCQUET-BERG), sino que, además, entiende que la misma justifica un reparto de responsabilidades entre víctima y demandado.

Recuérdese, además, la Sentencia del OLG Braunschweig 19 de febrero de 1996, a la que ya me referí anteriormente (*supra*, número 5 del epígrafe 4.1.3.2.3) y que se sirve del criterio del fin de protección de la norma para negar la imputación al demandado de los daños derivados del síndrome de abstinencia.

<sup>223</sup> En la línea argumentativa de HOCQUET-BERG expuesta en la nota precedente, habría que resaltar que en este caso la predisposición dañosa proveniente de una culpa previa de la víctima no está en el origen del accidente que ahora sufre y, por tanto, no puede justificar la exoneración parcial del responsable de este último.

suelo porque otro sujeto (el demandado) le rompió un vaso en la cabeza; en el juicio se admitió que en la inestabilidad deambulatoria de la víctima y consiguiente caída pudo influir el golpe que el día anterior le había propinado con una porra de goma, también en la cabeza, el dueño de otra taberna para poner fin a una violenta pelea entre la misma víctima y otro cliente; también se apunta que el hombre era alcohólico e hipertenso. Pues bien, el BGH confirmó la condena del demandado a indemnizar al actor por los daños sufridos (incluyendo daño moral y lucro cesante por incapacidad laboral). El alto tribunal comienza apuntando que «de acuerdo con la experiencia, no es absolutamente improbable que una persona, por su débil constitución, sea más lábil que otra y que por ello se caiga más fácilmente si es golpeado. Quien lesiona a una persona así no puede exigir que se le trate como si hubiera lesionado a alguien sano; antes bien, es jurisprudencia consolidada que al dañante le son imputables las consecuencias dañosas del comportamiento lesivo que se producen precisamente porque el afectado tenía ya un daño corporal, *a cuyo efecto es indiferente en qué se funda la previa predisposición dañosa*». El perito dictaminó, con una probabilidad rayana en la certeza, que el daño cerebral no podía reconducirse a la lesión provocada por el golpe de porra recibido antes por la víctima y que no se habría producido sin la violenta pelea entre las partes. El BGH estima por ello correcta la conclusión alcanzada por el tribunal de apelación en el sentido de que la consideración de ciertos factores (se refiere al golpe de porra y a que el actor ya tenía antes daños vasculares por tensión alta y por efecto del alcohol) «no cambia en nada (el hecho de) que *el daño no se habría producido si el demandado no hubiera* hecho caer al demandante golpeándole con el vaso de cerveza», de modo que aquel causó ilícita y culposamente la lesión de este. La Sentencia descarta asimismo toda conculpa por parte de la víctima y declara: «Puede ser verdad que el demandante se ha comportado de forma inadecuada cuando después de ser atendido médicamente de su primera lesión (consecuencia del porrazo) *no se cuidó, sino que continuó el “viaje de la cerveza”*. Pero, en este sentido, no se trata de una circunstancia que el demandado culpable de un ataque doloso pueda oponer justamente al demandante. Lo mismo vale respecto del reproche de que el demandante profirió amenazas al entrar en la taberna... y provocó a los clientes;... este comportamiento imputable al demandante no tuvo con el brutal ataque del demandado a un (sujeto) evidentemente borracho una relación objetiva ni temporal que constituyera un motivo para liberar parcialmente (de responsabilidad) al demandado conforme al § 254 BGB...» (todas las cursivas son mías).

#### 4.1.3.2.7 El criterio de la prohibición de regreso

1. En ocasiones, lo que desata o agrava los efectos de la predisposición dañosa de la víctima no es tanto la conducta del agente en sí como el tratamiento médico subsiguiente a aquella; el tratamiento tiene, así, un efecto indeseado porque el paciente, por sus especiales características personales, reacciona a él de forma anómala; pensemos, por ejemplo, en una reacción alérgica inusual a la medicación administrada, que multiplica el daño inicialmente ocasionado por el agente. Pues bien, *si el personal sanitario dio lugar al daño final actuando de forma gravemente negligente (o dolosa), creo que el criterio de la prohibición de regreso justificaría la exclusión de la imputación del daño al causante del daño primigenio*. Como indica Pantaleón, el mencionado criterio «propone negar la imputación del evento dañoso, cuando, en el proceso causal que desembocó en aquel, puesto en marcha por el posible responsable, se ha incardinado sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero...; salvo que dicha conducta se haya visto decisivamente favorecida por la imprudencia del responsable... o, con más claridad, sea una de aquellas que la norma de cuidado infringida tenía la finalidad de prevenir... La intervención meramente culposa de un tercero no basta para excluir la imputación objetiva»<sup>224</sup>; dicho esto, Pantaleón se refiere explícitamente a los cuidados médicos para indicar: «Al responsable de que otro se someta a un determinado tratamiento médico (vacunación, operación quirúrgica), que dadas las circunstancias pueda considerarse normalmente indicado, ha de imputársele objetivamente el resultado del mismo, aunque el tratamiento haya sido defectuoso, *salvo constancia de que el médico o profesional que lo llevó a cabo incurrió en imprudencia o negligencia grave*» (la cursiva es mía)<sup>225</sup>.

2. La doctrina inglesa suele referirse a esta cuestión al hilo del análisis de la regla *thin skull*, para subrayar que la misma también se aplica a las complicaciones derivadas del tratamiento médico preciso para atender las lesiones ocasionadas por el demandado<sup>226</sup>. En este sentido, es obligado citar el caso *Robinson v. Post Office* (1974), en el que un empleado de correos, por negligencia de la empresa, se hirió en una pierna mientras trabajaba; el médico que le atendió le puso una vacuna contra el tétanos a la que resultó ser alérgico, lo que le produjo una encefalitis que le dejó en situación de incapacidad parcial permanente. La Oficina de Correos

<sup>224</sup> Comentario..., pp. 1985 y 1986.

<sup>225</sup> Comentario..., p. 1986.

<sup>226</sup> ROGERS, *Winfield & Jolowicz*, núm. 6-31, JONES, *Clerck & Lindsell*, núm. 2-162 y WALTON, *Charlesworth & Percy*, núm. 5-28.

(demandada junto con el médico) admitía su responsabilidad por los daños relativos a la herida, mas no por los resultantes de la encefalitis, que, en su opinión, habían sido causados únicamente por la negligencia médica, aparte de ser imprevisibles y una consecuencia demasiado remota de su propia negligencia. La Corte de Apelación, sin embargo, confirmó la Sentencia del juez *a quo* condenando en exclusiva a Correos; a tal efecto, la Corte destaca que el principio de que el demandado debe tomar al demandante como le encuentra implica que si el dañante podía prever razonablemente que la víctima de su negligencia podía precisar tratamiento médico, también es responsable de las consecuencias de ese tratamiento «aunque no pudiera razonablemente prever esas consecuencias o la seriedad de las mismas»<sup>227</sup>. En cuanto al doctor, se entendió que había sido negligente por no administrar previamente una dosis de prueba de la vacuna, pero que ello no había causado la encefalitis<sup>228</sup>; por eso mismo, la Corte sostuvo que no era posible considerar la negligencia del médico como un *novus actus interveniens* apto para eximir de responsabilidad a la Oficina de Correos. Más allá de la solución del caso concreto, hay que recordar que el Derecho inglés admite que la cadena causal puede quedar rota por un acto de este tipo, que, interfiriéndose en aquella, da lugar al daño, quedando el agente primigenio exento de responsabilidad<sup>229</sup>.

#### 4.1.3.3 PREDISPOSICIÓN Y FUERZA MAYOR

1. Más allá de los criterios de imputación, cabría preguntarse si la predisposición dañosa de la víctima podría constituir un supuesto de *fuerza mayor* que excluyera la culpa del agente o, en el ámbito de la responsabilidad objetiva, que exonerara de esta.

2. *Cuando la responsabilidad es por culpa*, esta consiste en omitir la diligencia exigible en el tráfico a una persona media en

<sup>227</sup> También en el caso *Winteringham v. Rae* (1965), el demandante –que había sido mordido por el perro del demandado– recibió una vacuna del tétanos a la que reaccionó de forma anormal; la Corte Suprema de Ontario consideró al dueño del animal responsable de todo el daño.

<sup>228</sup> Se señala a estos efectos que, aunque se le hubiera administrado al afectado la dosis de prueba y se le hubiera tenido en observación media hora para cerciorarse de que no había rechazo, un paciente puede reaccionar tras administrársele la dosis completa; en el caso, el afectado no reaccionó hasta varios días después de la vacuna completa, por lo que se consideró muy improbable que el problema se hubiera manifestado en la media hora siguiente a la dosis de prueba.

A mi modo de ver, el criterio del incremento del riesgo serviría aquí para descartar la imputación del daño al médico, pues parece que las circunstancias del caso ponían de relieve, con una probabilidad rayana en la certeza, que el evento dañoso se habría producido de igual modo aunque el médico hubiera actuado de forma diligente.

<sup>229</sup> *Vid.* sobre esta materia HARPWODD, *Modern*, pp. 165 y ss.; también resulta ilustrativo el estudio de la cuestión en FINKE, *Die Minderung*, núms. 444 y ss.

determinadas circunstancias, de modo que no se prevé lo previsible o no se evita lo que podía haberse evitado empleando el cuidado debido, razón por la cual se produce el daño; la fuerza mayor constituye un evento imprevisible o inevitable que, en definitiva, excluye la culpa del agente; pues bien, aun cuando se admitiera que la especial vulnerabilidad de la víctima es una circunstancia imprevisible para el agente dañoso (lo cual no es del todo pacífico<sup>230</sup>), no es eso lo relevante a los efectos que aquí interesan: *lo que importa, a los efectos de determinar si hay o no hay culpa en el agente, no es que sean previsibles o no los daños efectivamente causados (su cuantía o alcance), sino la producción del evento dañoso; no es preciso que sean previsibles todas las consecuencias que pueden derivarse de la conducta propia, sino que quepa prever que esta puede resultar dañosa*: si la producción del daño o, si se prefiere, la potencialidad dañosa de la conducta era previsible habrá culpa y, concurriendo los demás presupuestos de responsabilidad (entre ellos, la imputación objetiva), el obligado deberá reparar el daño causado aunque este resulte especialmente severo por la predisposición dañosa de la víctima<sup>231</sup>; así, quien emplea a una persona para que desempeñe un trabajo debe adoptar las medidas de seguridad precisas para evitar accidentes laborales y la falta de previsión

<sup>230</sup> El BGH, por ejemplo, en su Sentencia de 6 de junio de 1989, ya citada (caso en el que un hombre implicado en un accidente de tráfico provocado por otro sufrió, por la posterior actitud beligerante de este, un colapso propiciado por la hipertensión que padecía) sostuvo que quien no respeta una preferencia de paso siempre «ha de contar con» que la persona afectada por ello puede ser un hipertenso; con ello parece dar a entender que se trata de una circunstancia previsible justificativa de la culpa del agente (sobre este aspecto de la Sentencia, LIPP, *Krankheitsbedingte...*, p. 809).

<sup>231</sup> En este sentido, LIPP (*Krankheitsbedingte...*, p. 810) destaca que obra culposamente quien puede prever que su golpe puede alcanzar a otro, aunque no pueda prever la vulnerabilidad de quien lo recibe y las consecuencias que por ello se deriven del golpe; dicho de otro modo, que la predisposición dañosa de la víctima sea imprevisible no excluye la culpa del agente. Conviene recordar que, en el Derecho alemán, la culpa va referida a la lesión del bien jurídico protegido (*Erst-Verletzung*) y no a los daños que se deriven de esa lesión (*Folgeverletzung*); por eso, en el ejemplo de LIPP, basta para que haya culpa con que sea previsible que la conducta observada (el puñetazo lanzado) lesione la integridad física de otro (alcance la cabeza de otro); las consecuencias que se deriven de ello entran ya en el terreno de la *haftungsausfüllende Kausalität*, esto es, de la relación causal entre la lesión del bien y los daños que resultan de ella (fuera, por tanto, del supuesto de hecho fundamentador de responsabilidad del § 823 I BGB); en ese terreno ya no opera la culpa, sin perjuicio de que, para limitar los daños de los que el responsable ha de responder, deban aplicarse los criterios normativos de imputación (como el de la adecuación o el del fin de protección de la norma); sobre estas cuestiones, puede consultarse, aparte del propio LIPP, *op. cit.*, *loc. cit.*, KÖTZ/WAGNER, núms. 210 y 211 y SCHWARZ/WANDT, § 16, núms. 176 y 186; *vid. asimismo supra*, número 3 del epígrafe I.

También puede decirse, como hace NGUYEN THANH NHA (*L'influence...*, p. 7), que la influencia del estado anterior de la víctima sobre las consecuencias perjudiciales del accidente no es algo imprevisible; por esta razón, las predisposiciones dañosas no puedan considerarse, en su opinión, un caso de fuerza mayor; el mismo autor coincide con DEJEAN DE LA BATIE (*Appréciation...*, núm. 359), al observar que no se ve cómo la influencia de la predisposición puede constituir un caso de fuerza mayor para el demandado cuando el accidente en sí no lo es.

al respecto justificará su responsabilidad por culpa, por mucho que los daños experimentados por el trabajador vengan notablemente agravados por una patología previa suya (p. e., células precancerosas que se activan tras sufrir una quemadura por falta de medidas de seguridad adecuadas); también es previsible que si, por ejemplo, se lanza un balón en un lugar muy transitado, alguna de las personas que circula por allí pueda resultar golpeada, por lo que esa conducta es culposa y, aunque no fuera previsible que el concreto lesionado tuviera unos huesos tan frágiles que el impacto pudiera ocasionarle la rotura del cráneo y una gravísima lesión cerebral, sí lo es que el golpe puede causar daños de diversa consideración según quién lo reciba. En definitiva, pues, constatado que el agente ha incurrido en culpa, la anormal propensión de la víctima a sufrir un evento dañoso no puede considerarse como un evento imprevisible o inevitable constitutivo de fuerza mayor<sup>232</sup>. Cuestión distinta es que la propensión pueda dar lugar a que el acto negligente y previsiblemente dañoso tenga unas consecuencias de las que su autor no tenga que responder porque no le sean objetivamente imputables en aplicación de cualquiera de los criterios aplicables a esos efectos.

3. *Cuando la responsabilidad es objetiva*, la misma deriva de la participación en una actividad que genera riesgos y no de una conducta culposa, de modo que la falta de culpa en el agente no le exime de responsabilidad si el evento dañoso es realización del riesgo implícito en la actividad desarrollada; de ahí que la fuerza mayor exoneratoria venga caracterizada en estos casos, además de por la inevitabilidad o imprevisibilidad del suceso, por que el mismo quede fuera de la esfera de actividad del responsable o de su esfera de riesgos. Por tanto, si la producción del daño es materialización del riesgo que comporta la actividad, quien la despliega habrá de reparar los daños efectivamente causados que le sean objetivamente imputables, aunque la situación de la víctima los haya agravado y en tanto la víctima no haya contribuido con su

---

<sup>232</sup> En sentido parecido, HOCQUET-BERG, *Les prédispositions...*, núms. 9 y 10; esta autora, tras observar que raramente las predisposiciones de la víctima tienen el carácter de fuerza mayor, se refiere a la práctica judicial francesa y destaca cómo, habiendo culpa por parte del demandado, es muy extraño que los tribunales admitan la predisposición dañosa como causa de exoneración total de responsabilidad, siendo difícil convencer al juez de que, por la predisposición dañosa de la víctima, no cabe considerar culposo el acto del demandado o de que la culpa de este no ha sido la causa del daño. E ilustra lo dicho con el siguiente ejemplo: si un psiquiatra, conociendo la situación de un paciente, no toma las medidas precisas en ese estado, no puede exonerarse de responsabilidad, incluso aunque el suicidio sea consecuencia indubitada de la predisposición psicológica de la víctima; y ello porque su culpa ha contribuido, aunque solo sea en parte, a la realización del daño, que podría haberse evitado adoptando las debidas precauciones (*vid. también op. cit.*, núm. 16, nota 33).

propia conducta negligente a la producción del evento dañoso (caso en el que habría culpa de la víctima, que opera también como causa exoneratoria en el ámbito de la responsabilidad objetiva); así, por ejemplo, quien atropella a un viandante porque le fallan los frenos, deberá indemnizarle por los días efectivos de baja o por las lesiones ocasionadas, aunque el número de días o la entidad de las lesiones se vean acrecentados por ser aquel una víctima especialmente expuesta; y el titular de la aeronave que rompe la barrera del sonido cuando sobrevuela a baja altura una zona residencial, provocando por ello un infarto a un enfermo cardíaco que allí habita, tendrá asimismo que responder del daño causado.

4. Con todo, cabría pensar en ciertas situaciones en las que *solo una anomalía anatómica de la víctima o una extraña reacción del organismo, del todo imprevisible o inevitable, explican que esta sufra un daño*, pudiendo considerarse un caso de fuerza mayor. El campo de la práctica médica es propicio para hallar casos de este tipo, de los que paso a exponer varios ejemplos tomados de nuestra práctica judicial<sup>233</sup>.

a) Caso resuelto por la STS de 20 de febrero de 1992: lesión del nervio ciático con motivo de la administración de una inyección; el Supremo confirmó la Sentencia absolutoria recurrida por el demandante, por no apreciar culpa en el demandado; pero los mismos hechos que le llevaron a esta conclusión le habrían servido también para exonerarle de cualquier responsabilidad objetiva, por concurrir una circunstancia de fuerza mayor; tales hechos fueron, tal y como consta en la misma Sentencia, que «la punción en el nervio ciático se produjo por estar este situado fuera del lugar en que anatómicamente era previsible su ubicación; y ...el demandante no advirtió al demandado la existencia de esta anomalía anatómica (quizás por ignorarla) y sin que, en cualquier caso, fuera apreciable de un modo directo la misma, motivo por el cual el evento dañoso se produjo de un modo imprevisible».

b) Caso de la STS de 27 de junio de 1997: una mujer, habiendo quedado embarazada tras someterse a una ligadura de trompas, ejercitó acción de responsabilidad civil extracontractual contra dos médicos y el INSALUD; desestimada la demanda en las dos primeras instancias, en el recurso de casación se invocó, junto a otros

<sup>233</sup> La cuestión es analizada también, en este mismo campo, por HOCQUET-BERG, *Les prédispositions...*, núm. 19, que lo presenta como caso en que la predisposición de la víctima excluye la culpa del demandado; y, desde luego, es exacto sostener la ausencia de culpa en estos supuestos; lo que ocurre es que la apreciación en ellos de fuerza mayor lleva a descartar no solo la responsabilidad por culpa sino también una eventual responsabilidad de corte objetivo allá donde sea este el régimen aplicable; *vid.*, asimismo, NGUYEN THANH NHA, *L'influence...*, p. 28.

motivos, la responsabilidad objetiva del artículo 106.2 CE; el TS lo desestimó apuntando, entre otras razones, que «el resultado no fue consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (normal o anormal), sino de *la imprevisible naturaleza humana* o, mejor aún, con la previsión advertida a la paciente de que, según la literatura médica, a pesar de la operación se producen de 1 a 3 por 1.000 de embarazos, lo que lleva a considerar el caso como asumido por ella y de fuerza mayor, pues, previsto el posible resultado, fue inevitable, presentándose como irresistible e insuperable» (la cursiva es mía)<sup>234</sup>.

c) Caso de la STS de 21 de octubre de 2005: un tratamiento de cirugía estética provocó la aparición de un queloide en una paciente, que por ello exigió responsabilidad (contractual) al médico que había llevado a cabo la intervención. El Supremo descartó tanto la culpa del facultativo como la imputación objetiva del resultado a su conducta, apuntando la concurrencia del caso fortuito del artículo 1105 CC, porque la adversa reacción se produjo únicamente por la predisposición genética de la mujer a padecer ese tipo de secuela: «es obvio –dice la Sentencia– que no cabe cargar en la actuación del agente las (complicaciones) que tienen carácter excepcional, dependen de condiciones genéticas del... paciente y que no existe posibilidad normal de conocer o averiguar con anterioridad a la intervención» (hay que decir que la demanda finalmente fue estimada, pero con base en la infracción del deber de información por parte del médico).

d) STS de 30 de junio de 2009: una mujer a la que se le aplicó anestesia epidural en una operación de cirugía estética sufrió una paraparesia de miembros inferiores; tanto el preoperatorio como la intervención en sí y la aplicación de la anestesia se llevaron a cabo conforme a la *lex artis*, de modo que se trató de una de las complicaciones asociadas a la técnica anestésica epidural en un porcentaje de 1 de cada 200.000, sin que –según apunta la Sentencia– mediara en la paciente ningún factor de riesgo que pudiera hacer

---

<sup>234</sup> Un supuesto similar a este es el de la STS de 11 de febrero de 1997 (aunque en el ámbito de la medicina privada), en el que un matrimonio demandó (por responsabilidad contractual) al cirujano que había practicado una vasectomía al marido y (por vía extracontractual) a los dos analistas que realizaron los espermogramas que corroboraron el éxito de la operación; la esposa había quedado embarazada poco después de que el cirujano, a la vista de los análisis, comunicara a la pareja que no existía riesgo de embarazo; la demanda fue desestimada en todas las instancias y el TS, aludiendo a la concurrencia del caso fortuito del artículo 1105 CC, subrayó que si «mediante los análisis espermográficos necesarios se dictamina la infertilidad del varón de acuerdo con las reglas de la ciencia médica ... no puede imputarse al médico un fallo que tenga por causa *un comportamiento extraordinario y no previsible de la fisiología del sujeto*» (la cursiva es mía); aunque el TS razona sobre todo en términos de ausencia de culpa para desestimar el recurso, lo dicho justificaría asimismo la exclusión de responsabilidad objetiva.

sospechar una mayor predisposición a padecerla; por todo ello, el Supremo descartó todo «ilícito contractual o extracontractual (en los dos médicos demandados) por falta de imputabilidad objetiva y subjetiva». Antes de llegar a esta conclusión, la Sentencia subraya en términos generales: «los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas (...) está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues *no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual*» (la cursiva es mía)<sup>235</sup>.

e) En la jurisdicción contencioso-administrativa es muy conocido el caso de la STS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 14 de junio de 1991: una mujer sufrió graves secuelas a resultas de una intervención quirúrgica practicada con total diligencia; el TS condenó por ello al INSALUD, apuntando que «alegar en estos casos ausencia de dolo o culpa... resulta intrascendente..., porque, en definitiva,... se está en presencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración que... tiene carácter objetivo...»; además, el Alto Tribunal estimó incontestables las consideraciones del tribunal de apelación, para quien la intervención del médico tan solo debía contemplarse desde «la estricta objetividad mecánica de un comportamiento que se inserta, junto con otros eventos, en la causalidad material... La decisión de atender prioritariamente a la resolución del aneurisma del lado derecho (opción legítima desde las reglas de la *lex artis*) resultó *a posteriori*... desafortunada, convirtiéndose en una de las concausas relevantes a la hora de valorar, desde una pura perspectiva de la causalidad material de los actos, las consecuencias lesivas de la operación». Sin embargo, y frente a la conclusión del Supremo, habría que apuntar que si la actuación del médico fue correcta y únicamente resultó desafortunada *a posteriori* por la extraña reacción del organismo de la paciente, más bien parece que esa reacción debiera haberse considerado como un

<sup>235</sup> La STS de 25 de enero de 1997 desestima asimismo la responsabilidad extracontractual de los demandados (médica y entidades sanitarias) en un caso de anómala reacción a un medicamento que, en el momento en que se le administró, no estaba contraindicado en personas con una patología como la que afectaba a la paciente (y que falleció a consecuencia de un shock anafiláctico).

En otras sentencias, se invoca la falta de prueba por parte del demandado de la existencia «de alguna causa externa o una anómala e imprevisible reacción orgánica del paciente, susceptibles de producir... (el) efecto (dañoso)», para justificar la conclusión presuntiva de que hubo en la intervención médica una negligencia determinante de tal efecto –presunción de culpa y de nexo causal– (así, v. gr., la STS de 12 de febrero de 1990, en un caso de lesión de un nervio facial en el curso de un acto operatorio).

evento de fuerza mayor excluyente incluso de la responsabilidad objetiva.

En mi opinión, es importante el dato de que, en casos como los que acabo de referir, la intervención del médico es provocada por el paciente, porque este reclama o precisa de atención (a diferencia de lo que ocurría en todos los ejemplos anteriores, en que la víctima se veía envuelta o afectada por la actividad desarrollada por otro), siendo precisamente la anormal (e imprevisible) reacción del enfermo la que está en el origen de la causación del daño y la desencadenante de este y habiendo actuado el sanitario conforme a la *lex artis*; en materia de salud hay siempre un factor de aleatoriedad e incertidumbre, debida, entre otras circunstancias, a que no se sabe cómo va a reaccionar el paciente al tratamiento o cómo va a evolucionar su estado previo; no se puede hacer cargar con esa incertidumbre al responsable de la atención médica, supuesto que este haya actuado de forma diligente y que haya proporcionado al paciente la debida información. Por lo demás, en supuestos como los de las Sentencias citadas también cabría razonar en términos de imputación objetiva, para descartarla con base en el criterio de la adecuación o en el del riesgo general de la vida<sup>236</sup>.

#### 4.1.3.4 CONCLUSIÓN

La conclusión que se alcanza tras examinar la posible incidencia de las predisposiciones dañosas en los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual es que, por regla general, la existencia de aquellas no exime de responsabilidad al autor de la conducta dañosa que afecta a la víctima vulnerable ni excluye la imputación –objetiva y subjetiva– del daño a su causante; consecuentemente, este está obligado a reparar el daño causado.

El responsable del daño debe tomar a la víctima tal como es; del mismo modo que los daños a reparar son mayores cuando la víctima mortal tiene varias personas a su cargo, que dependen económicamente de ella, que cuando está solo, o cuando el lesionado, por el trabajo que desarrolla, pierde unas ganancias mucho más elevadas de las que tendría una víctima con otra ocupación, también la anormal propensión de la víctima a sufrir daños aumenta la gravedad y, por tanto, la cuantía, de los que el responsable deberá indemnizar; ello por sí solo no es motivo alguno para exonerar de responsabilidad al causante material del daño, ni en todo ni en parte.

---

<sup>236</sup> En este sentido, *v. gr.*, la STS de 21 de octubre de 2005 y, aun sin aludir a criterios concretos de imputación, la STS de 30 de junio de 2009, ambas reseñadas anteriormente.

Esto no impide, sin embargo, *que en determinadas circunstancias la predisposición se tome en cuenta al cuantificar la indemnización debida*, como tendremos ocasión de comprobar a continuación.

#### 4.2 PREDISPOSICIÓN DAÑOSA CUYAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES MANIFIESTAS SE VEN AGRAVADAS POR EL ACTO DAÑOSO, SIN EL CUAL AQUELLA NO HUBIERA PRODUCIDO EL RESULTADO DERIVADO DE ESTE

1. En este caso se trata de predisposiciones que al tiempo del accidente *ya han ocasionado a quien las padece perjuicios concretos y mensurables* pero que por sí solas no hubieran producido el resultado derivado del acto dañoso; por tanto, este viene a *agrar los efectos ya manifiestos de la predisposición* dando lugar a perjuicios distintos de los que ya padecía el afectado por ella y, en ese sentido, nuevos, que no se hubieran derivado de la sola predisposición; además, y como siempre ocurre en los casos que estamos analizando, la predisposición de la víctima agrava las consecuencias perjudiciales de la lesión causada por el tercero. Pensemos en una patología o en una lesión perfectamente definida que ya antes del acto dañoso hubiera provocado en la víctima un determinado grado de incapacidad laboral –y la consiguiente disminución de ingresos– o la necesidad de recibir atención médica continuada –y los gastos inherentes a ello–, y por la cual está más expuesta a sufrir las consecuencias dañosas de la conducta del tercero, conducta sin la cual la afección no habría producido los efectos que aquella desata (así, *v. gr.*, una dolencia cardíaca o una lesión de espalda determinante de un tanto por ciento de incapacidad laboral, que contribuye a que quien la padece, al ser víctima de la conducta dañosa ajena, sufra un infarto o vea agravada su lesión y con ello incrementada su incapacidad en un porcentaje, incremento al que la afección por sí sola nunca habría dado lugar).

Si partimos de que se debe reparar todo el daño, pero no más, y de que lo que hay que reparar es la pérdida efectivamente sufrida, al calcular *el quantum debeatur* habrá que tener en cuenta los perjuicios que la víctima de la conducta dañosa ajena ya había experimentado antes a resultas de su propia situación; las consecuencias manifiestas y ya consolidadas, derivadas del estado en que se hallaba la víctima antes del hecho dañoso, no pueden ponerse a cargo del responsable, que solo ha de reparar el daño –moral y patrimonial– derivado de su conducta (así, si por la actuación del tercero la

previa incapacidad parcial de la víctima se convirtiera en una incapacidad total que la enfermedad por sí misma nunca habría provocado, el tercero no tendría que reparar los perjuicios derivados de esta en su totalidad sino solo los provocados por el plus de incapacidad, como puede ser la consiguiente disminución adicional de ingresos). La aplicación de ello presupone, en la práctica, que el grado de previa incapacidad o invalidez esté muy bien definido y que su alcance pueda cuantificarse debidamente, para poder tenerlo en cuenta al calcular la reparación debida por el responsable.

2. En este mismo sentido se manifiesta la doctrina francesa (que habla en este supuesto de predisposiciones *patentes*) y que, al igual que los tribunales de ese país, considera que cuando la predisposición ya se ha traducido, antes del accidente imputable al tercero, en manifestaciones externas dañosas (una enfermedad, una invalidez) mensurables, ello debe ponderarse al evaluar el perjuicio reparable y justifica la rebaja de la indemnización debida<sup>237</sup>. Ahora bien, a tal fin se considera preciso, de un lado, que la víctima padezca antes del accidente una verdadera invalidez (no un mero estado físico o psíquico mal definido que simplemente afecte a su salud) y, de otro, que la incapacidad preexistente se encuentre definitivamente estabilizada y evaluada para poder traducirla en una determinada tasa de incapacidad sobre la que se calculará la reparación<sup>238</sup>.

Hay un supuesto, absolutamente razonable, en el que la jurisprudencia francesa excluye la rebaja de la indemnización en consideración al estado preexistente de la víctima: cuando el hecho dañoso no se limita a agravar una incapacidad previa sino que «transforma radicalmente la naturaleza de la invalidez preexistente»; se entiende que tal es el caso, *v. gr.*, cuando por el accidente una persona tuerta pierde el único ojo sano que le queda, hipótesis en la que, por ello, se estima que a la víctima hay que indemnizarla por la ceguera y no solo por la pérdida de un ojo<sup>239</sup>; este mismo caso se resuelve de idéntica forma también en Alemania<sup>240</sup> y, como veremos en seguida, en España. Ahora bien, como observa Jourdain<sup>241</sup>, el perjuicio económico merecería un trato diferente del perjuicio psicológico, pues si el estado anterior ya se había traduci-

<sup>237</sup> Así, *v. gr.*, NGUYEN THANH NHA, *L'influence...*, p. 23, HOCQUET-BERG, *Les prédispositions...*, núm. 27 y BACACHE-GIBEILI *Droit*, núm. 429.

<sup>238</sup> En este sentido, NGUYEN THANH NHA, *L'influence...*, p. 24 y HOCQUET-BERG, *Les prédispositions...*, núm. 28.

<sup>239</sup> Así, entre otras, las Sentencias de la *Cour de cassation*, *Civ. 2<sup>e</sup>*, 19 de julio de 1966 y *Civ. 1<sup>er</sup>*, 28 de octubre de 1997.

<sup>240</sup> OETKER, § 253, núm. 39, cita en este sentido la Sentencia del OLG München 26 de noviembre de 2009, que no está publicada.

<sup>241</sup> Obs. sous *Civ. 1<sup>er</sup>*, 28 octobre 1997, p. 124.

do en una disminución de ingresos antes del accidente, ese es un dato que habría que tener en cuenta al calcular la indemnización del primer tipo de daños.

3. En Suiza, también se sostiene la opinión de que cuando la predisposición ya hubiera tenido antes del accidente efectos sobre los ingresos o sobre la esperanza de vida del afectado, ello debe ser tomado en cuenta al determinar el daño conforme al artículo 42 OR, para excluir de él la parte que no se ha debido al suceso dañoso<sup>242</sup>.

4. Por lo que respecta a nuestro país, es obligado hacer referencia al sistema de valoración de daños que existe en el ámbito de los accidentes de circulación, en el que estamos ahora mismo en un momento de transición, ya que el sistema plasmado en el Anexo del TRLRCSCVM quedará derogado el 1 de enero de 2016 por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre. Por ello en las páginas que siguen me referiré a ambas regulaciones. Como es sabido, la actual regulación del TRLRCSCVM distingue entre daños en los bienes y daños a las personas e incluye dentro de los últimos «el valor de la pérdida sufrida» (gastos de asistencia sanitaria, entierro y funeral), las ganancias que se hayan dejado de obtener y los daños morales (art. 1.2 TRLRCSCVM); el Anexo de la Ley fija las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal a partir de unas indemnizaciones básicas que incluyen los daños morales (Tablas I, III, VI y apartado A de la V)<sup>243</sup> y a las que se aplican ciertos factores de corrección (Tablas II, IV y apartado B de la V). Entre dichos factores se encuentran, de un lado, los perjuicios económicos, que actúan como factor de aumento de la indemnización básica y se calculan teniendo en cuenta los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal; de este modo, y en lo relativo a la cuestión que ahora interesa, una eventual disminución de los ingresos de la víctima por su situación previa tendría reflejo en el cálculo del lucro cesante exigible<sup>244</sup>.

De otro lado, el Apartado 1.º7 del Anexo del TRLRCSCVM dispone: «Son elementos correctores de disminución en todas las indemnizaciones, incluso en los gastos de asistencia médica y hospitalaria y de entierro y funeral (...), en las indemnizaciones por lesiones permanentes, la subsistencia de incapacidades preexistentes o ajenas al accidente que hayan influido en el resultado lesivo final; y son elementos correctores de agravación en las indemniza-

<sup>242</sup> Vid. al respecto BREHM, art. 44 OR, núms. 55 y 57b (con cita de doctrina y jurisprudencia sobre esta materia) y STUDHALTER, *Konstitutionelle...*, p. 621.

<sup>243</sup> La cuantía de las indemnizaciones básicas por muerte y el valor de cada punto por lesiones permanentes disminuye conforme mayor es la edad del fallecido o del lesionado.

<sup>244</sup> A propósito del inadecuado tratamiento que del lucro cesante en la indemnización por muerte hace la citada ley, RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Indemnización...*, pp. 41 y 42.

ciones por lesiones permanentes la producción de invalideces concurrentes y, en su caso, la subsistencia de incapacidades preexistentes». Se distingue pues entre elementos correctores de disminución y de agravación.

En cuanto a los primeros, y conforme al primer inciso de esta regla, parece claro que la indemnización deberá *rebajarse* para no cubrir perjuicios determinables y cuantificables que la víctima ya estuviera soportando antes de sufrir el accidente (*incapacidades preexistentes*). Como observa García-Ripoll Montijano, la Ley está queriendo aludir «al caso de que el sujeto padeciera una lesión o minusvalía de cualquier tipo con anterioridad al accidente. Como es lógico, el responsable solo indemnizará la diferencia entre la nueva minusvalía y la anterior. Así, por ej., si padecía una lesión en la rodilla que le impedía la flexión en un 10% y tras el accidente no puede flexionarla en un 30%, se le indemnizará el 20% añadido, y no la pérdida de flexión por un 30%»<sup>245</sup>; «lo único a lo que se está refiriendo la ley es que al saldo final de incapacidad hay que restarle el que previamente existiera...; pero no la predisposición previa»<sup>246</sup>. Sin embargo, en Sentencia de 20 de julio de 2011 el TS ha venido a dar entrada a la consideración de las predisposiciones –y no solo de las incapacidades previas– a la hora de fijar el *quantum* indemnizatorio y, en concreto, para determinarlo a la baja dentro de los márgenes que establece la Tabla IV del Anexo para decidir la indemnización adicional por incapacidad; así, mientras que el Apartado 1.º7 del Anexo conduce a tomar en cuenta incapacidades preexistentes, la

<sup>245</sup> *Imputación*, p. 175.

<sup>246</sup> *Imputación*, p. 179. Según GARCÍA-RIPOLL, esto «(l)o corrobora el hecho de que las normas proceden de las referidas a la incapacidad laboral, donde nunca se han tenido en cuenta tales predisposiciones»; cita en este punto el artículo 115.2 TRLGSS, que dispone: «Tendrán la consideración de accidentes de trabajo: (...) f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente». GARCÍA-RIPOLL trae a colación asimismo la particular finalidad de las normas relativas a los accidentes automovilísticos –apoyadas por el seguro– de indemnizar adecuadamente los daños personales y alude al artículo 16 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros, según el cual «(p)rocederá la indemnización por muerte si esta ocurre durante el transcurso de dieciocho meses, contados desde la fecha del accidente y es consecuencia directa del mismo. Se considerará que concurre esta última circunstancia en el accidente que origine el fallecimiento por agravación de enfermedad o lesión padecida por el asegurado con anterioridad» (*op. cit.*, *loc. cit.*).

El mismo autor da cuenta de varias Sentencias que aplican el factor corrector de disminución a que me estoy refiriendo, dentro y fuera del ámbito de la circulación de automóviles (*op. cit.*, pp. 166 y ss.), llegándose en ocasiones a resultados que, en mi opinión, son muy criticables (como en la SAP Málaga –penal– 7 de julio de 2000, que aplicó un factor corrector de disminución de un 15% a un hemofílico que antes del accidente de tráfico llevaba una vida normal, aunque fuera con ciertos cuidados, y que después quedó con gravísimas secuelas); a las Sentencias allí citadas cabe añadir, p. e., la SAP Madrid 29 de mayo de 2012, fuera del ámbito de la circulación de vehículos; también fuera de él y aun sin mencionar el correspondiente baremo, la STS de 25 de marzo de 2010 confirmó la Sentencia del tribunal *a quo*, que había rebajado la indemnización en vista de que la víctima de una caída tenía ya antes un menoscabo funcional del 65%.

Tabla IV permite al juez –según esta Sentencia– considerar una patología previa que no haya dado lugar ya antes del accidente a una incapacidad, al fijar la referida indemnización adicional dentro de los márgenes previstos legalmente –insisto que a la baja–.

La argumentación del Supremo es la siguiente: «...este elemento corrector del Anexo primero, 7, es autónomo e independiente de la posibilidad que la Tabla IV concede al tribunal de fijar la concreta indemnización que corresponda a la incapacidad probada, dentro de los márgenes legales. Solo así se explica, de una parte, que la remisión que se hace en la propia Tabla IV a los elementos correctores del apartado primero, número 7, del Anexo constituya una mención independiente del hecho de que se haya fijado unos límites mínimo y máximo de indemnización para cada una de las incapacidades, y de otra, que al fijar esta horquilla, no condicione la posibilidad de moverse entre dichos límites a la concurrencia de las incapacidades preexistentes a las que sí alude el citado punto 7 del Anexo primero, *lo que deja abierta la posibilidad de concretar la indemnización en atención a otras circunstancias, como la edad o el estado de salud*, que permitan ver como más o menos importante la incidencia de la incapacidad en el perjudicado, en cuanto que una misma invalidez, dadas esas otras circunstancias, no tiene por qué comportar el mismo perjuicio para todas las víctimas./ Consecuencia de lo anterior es la posibilidad del tribunal de moverse en dichos márgenes para, en su caso, moderar la indemnización y no conceder la suma máxima prevista, en atención a otras circunstancias y no exclusivamente al hecho de que el perjudicado padeciera una incapacidad previa./ En aplicación de la doctrina expuesta..., no ha lugar a revisar la indemnización concedida por la AP, pues *resulta conforme con el sistema la decisión de conceder una suma inferior a la máxima establecida para la modalidad de incapacidad permanente apreciada, con fundamento en la preexistencia de patologías previas...*» (la cursiva es mía).

En el caso resuelto por esta Sentencia del Tribunal Supremo, la víctima del accidente de tráfico que le produjo una incapacidad permanente ya sufría antes un proceso degenerativo de la columna vertebral, si bien que asintomático, que agravó notablemente las consecuencias del impacto sufrido; precisamente por ello y habida cuenta que, según el baremo, la indemnización adicional por lesiones permanentes oscilaba entonces entre 14.665,05 € y 73.325,24 €, la AP la fijó en 18.000 €; y ello pese a admitir plenamente que el motivo desencadenante de la incapacidad fue el accidente. Así las cosas, es comprensible que en su recurso la víctima adujera que no debía reducirse esa indemnización por una patología previa que no se había traducido en ningún grado concreto de incapacidad.

Tal y como resulta de la Sentencia, la argumentación del recurso de casación fue la siguiente: «Si la incapacidad permanente total

trae causa del accidente, no se entiende que tiene que ver la previa dolencia, que no incapacidad, con este, y por ende, no se justifica la moderación por la que optó la AP. Con arreglo al sistema legal de valoración del daño corporal sufrido en accidentes de tráfico, tanto en su redacción original (1995) como en la redacción dada por la reforma del 2004, solo se contempla la moderación de la indemnización por el factor de incapacidad permanente total para el caso de subsistencia de incapacidades preexistentes, sin que sea razón para dicha moderación el haber padecido con anterioridad lesiones o alguna otra patología no determinante de una incapacidad previa./ Por tanto, la patología previa del actor, en cuanto que no se trataba de una incapacidad, ninguna trascendencia tiene en relación con la cuantificación del factor corrector de incapacidad permanente total. De la documental aportada por la parte actora –vida laboral– se desprende con claridad que, no obstante la intervención quirúrgica por hernia discal de 1995, en ningún momento había estado incapacitado con anterioridad al accidente, ya que siguió trabajando con normalidad como policía, inclusive en una especialidad, la de escolta, que requiere de un plus de condiciones físicas y psíquicas incompatibles con una incapacidad como la que sí le provocó el accidente. La incapacidad permanente total tuvo su nexo causal exclusivo en el accidente de circulación ocurrido el 17 de agosto de 2001./ Es por todo lo expuesto que deberían haberse indemnizado íntegramente los perjuicios de esa incapacidad permanente total, conforme al sistema establecido, sin que resultara procedente la moderación, corrección o deducción alguna».

Sin embargo, como se ha visto, el Tribunal Supremo no lo entendió así, alejándose de la regla *eggshell skull*.

Por lo que respecta a los elementos correctores de agravación, cuando el Apartado 1.º7 del Anexo del TRLRCSVM contempla en su inciso final la *agravación por invalideces concurrentes*, el legislador se está refiriendo –tal y como apunta García-Ripoll Montijano<sup>247</sup>–, «a las llamadas lesiones sinérgicas, es decir, que afectan a una misma función, incrementando exponencialmente la incapacidad del sujeto»; la regla sería de aplicación en el tan repetido caso del tuerto que queda ciego por perder el único ojo sano y justificaría que se le indemnizara por la pérdida total de visión<sup>248</sup>.

<sup>247</sup> *Imputación*, pp. 175 y 176.

<sup>248</sup> Explica el mismo GARCÍA-RIPOLL (*Imputación*, pp. 176 y 177) que cuando concurren el estado anterior y la lesión ocasionada por el accidente, los daños suelen valorarse conforme a la fórmula Gabrielli, según la cual:

$$\text{Lesión permanente} = [(C^1 - C^2) / C^1] \times 100$$

Siendo C<sup>1</sup> = estado físico anterior al accidente y C<sup>2</sup> = estado físico posterior al accidente.

GARCÍA-RIPOLL explica el empleo de esta fórmula con un ejemplo, que parte de que todos los dedos cumplen idéntica función: un sujeto al que le falta un dedo de la mano (disminución del 20%) pierde en un accidente dos dedos de la misma mano (disminución del 40%); la fórmula Gabrielli llevaría a indemnizarle la pérdida de un 50 y no de un 40 % de la capacidad de la mano pues [(80-40)/80] x 100 = 0,5 x 100 = 50.

El mismo autor cita la SAP La Coruña –penal– 7 de marzo de 2006, que aplicó la citada fórmula en un caso en que los médicos extirparon el riñón sano en vez del enfermo;

Paso ahora a referirme, en cuanto aquí interesa, a la reforma del sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación verificada por la Ley 35/2015; como ya he dicho, esta ley deroga con efectos de 1.1.2016 el anterior Anexo e introduce en el TRLRCSCVM un nuevo Título, el IV, que incorpora el nuevo sistema<sup>249</sup>. De ella resulta también que la situación previa de la víctima puede repercutir en la cuantificación de la indemnización tanto del perjuicio patrimonial como del perjuicio personal causado<sup>250</sup>. Dentro del primero, el *lucro cesante* se calcula, como es lógico, sobre la base de los ingresos netos con los que, en su caso, contara la víctima o el lesionado por su trabajo personal, concretamente, los percibidos durante el año natural anterior al accidente o la media de los obtenidos durante los tres años naturales inmediatamente anteriores, si fuera superior (arts. 83.1, 128.2 y 143.2 TRLRCSCVM, en la nueva versión); de este modo, de nuevo, se toma en cuenta la incidencia que la situación previa de la víctima pudiera haber tenido en sus ingresos<sup>251</sup>. Como perjuicio patrimonial se incluye asimismo en la indemnización por secuelas los *gastos por necesidad de ayuda de una tercera persona* (art. 120); también aquí el estado previo de la víctima puede justificar una rebaja de la reparación conforme a lo dispuesto en el artículo 123.3, según el cual «(e)n los casos que exista una situación de necesidad de ayuda de tercera persona por un estado previo al accidente que resulte agravado, el número de horas de ayuda de tercera persona resulta de aplicar la fórmula  $(H - h) / [1 - (h / 100)]$ , donde "H" es el resultado de aplicar a las horas correspondientes a todas las

---

según la Audiencia, «la valoración de la secuela como nefrectomía derecha aplicando la puntuación que el baremo prevé para la nefrectomía unilateral (20-25) quedaría lejos de la entidad del perjuicio causado y no aseguraría la total indemnidad de la víctima, optando por ello por acudir... a la fórmula de Gabrielli».

<sup>249</sup> En general, sobre el contenido de la Propuesta que sirvió de base al texto legal definitivo puede consultarse MARTÍN-CASALS, *Sobre la Propuesta...*, pp. 41 y ss. y MEDINA CRESPO, *Primeras nociones...*, pp. 31 y ss.

<sup>250</sup> El nuevo sistema contempla separadamente las indemnizaciones por muerte, por secuelas y por lesiones temporales, diferenciando en cada una de ellas entre perjuicio personal (que, a su vez, se distingue entre el básico y el particular) y perjuicio patrimonial (comprensivo tanto del lucro cesante como de gastos que integran el daño emergente).

<sup>251</sup> El lucro cesante en los casos de muerte y de secuelas se determina aplicando a esos ingresos (multiplicando) un coeficiente, resultado de la combinación de diversos factores (multiplicador) (arts. 81 y 127); entre tales factores figura, en el caso de muerte, el riesgo de fallecimiento del familiar o allegado perjudicado (art. 86.1.d) y, en el caso de secuelas, el riesgo de fallecimiento del lesionado en función de su grado de incapacidad (132.1.c); se valora, pues, la expectativa de vida del legitimado para percibir la indemnización: en el primer supuesto, el dependiente del fallecido y, en el segundo, el propio lesionado; la esperanza de vida del fallecido, en cambio, no se toma en consideración, lo que parece llamativo.

Este sistema de cálculo del lucro cesante sobre la base de un multiplicando y un multiplicador se inspira en las *Odgen Tables* del ordenamiento inglés: *vid.* a este respecto RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Indemnización...*, pp. 34 a 42, que analiza esta cuestión en las hipótesis de muerte.

secuelas lo establecido en el apartado 2 de este artículo y "h" las horas asociadas al estado previo al accidente. Si el resultado ofrece fracciones decimales, se redondea a la hora más alta».

En cuanto al perjuicio no patrimonial, se establece algo similar al regular el *perjuicio personal básico* por secuelas cuando estas son agravatorias de un estado previo; así, el artículo 100, tras disponer en su número 1 que «la secuela que agrava un estado previo y que ya está prevista en el baremo médico se mide con la puntuación asignada específicamente para ella»<sup>252</sup>, añade en su número 2: «En defecto de tal previsión, la puntuación es la resultante de aplicar la fórmula  $(M - m) / [1 - (m/100)]$ , donde "M" es la puntuación de la secuela en el estado actual y "m" es la puntuación de la secuela preexistente. Si el resultado ofrece fracciones decimales, se redondea a la unidad más alta».

#### 4.3 PREDISPOSICIÓN DAÑOSA QUE CON CERTEZA HUBIERA PROVOCADO MÁS TARDE EL MISMO RESULTADO QUE EL ACTO DAÑOSO

1. En este caso la víctima está aquejada, ya en el momento en que sufre el accidente, de una patología que, aparte de hacerla más vulnerable al hecho dañoso que padece –como siempre ocurre en los casos que aquí interesan–, *por sí misma y con total seguridad habría acabado teniendo para ella las mismas consecuencias que el accidente*, solo que un tiempo después. Esto es, de la evolución normal de la predisposición, si esta hubiera podido seguir su curso, se hubieran seguido para el afectado las mismas consecuencias que de la conducta dañosa del tercero, de modo que esta conducta no hace sino *adelantar los efectos* que aquella hubiera acabado provocando por sí sola<sup>253</sup>. Tal sería el caso si, por ejemplo, la víctima,

<sup>252</sup> La Tabla 2. A.1. del TRLRCSCVM en su nueva versión incorpora un baremo médico con la clasificación y valoración de las secuelas anatómico funcionales, que en varias ocasiones toma en cuenta la preexistencia de una patología en el lesionado; así, *v. gr.*, al contemplar las secuelas relativas al sistema ocular y al auditivo prevé que si el ojo o el oído afectado por el traumatismo tenía anteriormente algún déficit visual o de la audición, «la tasa de agravación será la diferencia entre el déficit actual y el preexistente»; respecto del sistema cardio-respiratorio se dispone que en caso de agravación de una insuficiencia cardíaca previa «se deberá valorar el diferencial de agravación»; en relación con el sistema vascular se distingue entre insuficiencias venosas y trastornos arteriales sin patologías previas y la agravación de una previa patología venosa o insuficiencia arterial; y, al contemplarse las secuelas afectantes al sistema glandular endocrino, tras disponer que el diagnóstico de la patología endocrina postraumática se realizará en función del resultado de los exámenes y pruebas que practique un especialista, se añade que es «indispensable descartar la presencia de un estado anterior a veces desconocido por el paciente».

<sup>253</sup> En Alemania suele aludirse a estos casos con el término de *Anlagefalle* o *Schadensanlage*, reservándose el de *Schadensanfälligkeit* para los casos analizados *supra* en el

con una patología incurable que con certeza hubiera ocasionado su muerte en un determinado plazo, fallece antes por un accidente cuyos efectos lesivos, a su vez, se han visto potenciados por la enfermedad previa (supongamos que el accidente provoca la ruptura del tejido de un tumor maligno que la víctima tiene en la cabeza, adelantando el fatal desenlace que el tumor por sí hubiera causado algo más adelante<sup>254</sup>).

Cuando exista la certeza de que la enfermedad o la afección que ha generado la especial propensión de la víctima a sufrir un evento dañoso como el acaecido hubiera acabado ocasionando más tarde la misma incapacidad o el fallecimiento que provoca la conducta de un tercero anticipadamente, es natural que no se haga a este responsable de lo que con seguridad habría ocurrido aun sin su intervención; la predisposición dañosa de la víctima justifica aquí una limitación de la cuantía de la indemnización debida<sup>255</sup>. La prueba de que el mismo daño se habría producido a consecuencia de la predisposición de la víctima incumbe al demandado que pretenda hacer valer esa circunstancia<sup>256</sup> y las dudas que puedan surgir al respecto no pueden sino afectarle a él y a su pretensión<sup>257</sup>.

epígrafe 4.1 (*vid.*, por todos, SCHULZE, §§ 249-253, núm. 21). Los tribunales de Canadá se refieren a ellos como *crumbling skull cases* [así, *v. gr.*, en *Athey v. Leonati* (1997)].

<sup>254</sup> Encontramos este ejemplo –sobre el que volveré más adelante– en los comentarios al DCFR (STUDY GROUP, *Principles*, p. 3574).

<sup>255</sup> Así lo apunta, *v. gr.*, el Tribunal Supremo de Canadá en el caso *Athey v. Leonati* (1997): «la llamada “*crumbling skull*” rule –dice– simplemente reconoce que la condición preexistente era inherente a la «posición original» del demandante. El demandado no tiene que poner al demandante en una posición *mejor* a la original. El demandado es responsable de los daños causados, incluso si son extremos, pero no tiene que compensar al demandante por cualquier efecto debilitante de su condición previa que el demandante habría experimentado en todo caso... si hay un riesgo mensurable de que la condición preexistente habría afectado nocivamente al demandante en el futuro, independientemente de la negligencia del demandado, entonces esto debe ser tomado en cuenta reduciendo la indemnización total». En idéntica línea, aparte de los autores que iré citando en las páginas siguientes, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación*, p. 180.

La misma idea puede resultar aplicable cuando la predisposición dañosa de la víctima se debe a razones de tipo económico: así, por ejemplo, cuando se ocasiona un daño a una empresa que de todos modos hubiera debido ser liquidada por sobreendeudamiento (*vid.* SCHULZE, R., §§ 249-253, núm. 21 y WEBER, *Zurechnungs...*, p. 77). Y también puede serlo en el ámbito de los daños a cosas, cuando el bien destruido lo hubiera sido también poco después por otra causa diferente que al tiempo de la destrucción ya hubiera disminuido o eliminado el valor objetivo de la cosa (PANTALEÓN, *Comentario...*, p. 1991, SCHULZE, Ch., *Die Haftung*, pp. 31 y 32 y SCHULZE, R., §§ 249-253, núm. 21; WEBER, *Zurechnungs...*, p. 77); con todo, y como apunta INFANTE RUIZ (*La responsabilidad*, pp. 133 y 134), el problema aquí no es tanto de «consideración de las “causas hipotéticas” del daño, que después se verifican, sino de tener en cuenta el valor real que correspondía al objeto afectado en atención a su estado y posible utilización».

<sup>256</sup> En este sentido, *v. gr.*, las Sentencias BGH de 2 de abril de 1968 y OLG Schleswig 18 de septiembre de 2003.

<sup>257</sup> Así, la Sentencia del BGH de 5 de octubre de 1968; en ella el BGH insiste, con razón, en que *la mera posibilidad* de que también sin el accidente hubiera podido producirse el mismo daño o uno parecido no justifica la limitación de la obligación de indemnizar; esto solo es posible –señala la Sentencia– cuando sea *seguro* que el actor (a la sazón, la

Como ya apunté anteriormente<sup>258</sup>, en este tipo de casos estamos en una hipótesis de *causalidad hipotética*. La doctrina alemana emplea el término de causas de reserva (*Reserveursachen*) para referirse a aquellas que en la realidad no han podido llegar a surtir efecto, por producirse el evento dañoso; como no llegan a causar el daño se habla también de causalidad hipotética (*hypothetischer Kausalität*); dentro de este tipo de supuestos se habla de causalidad adelantada (*überholende Kausalität*) cuando el curso causal hipotético que hubiera conducido al mismo resultado ya estaba en marcha antes de producirse la conducta dañosa que, adelantándose a aquel, produce efectivamente el daño; esta última situación es en la que nos encontramos en el caso ahora enjuiciado<sup>259</sup>. En efecto, la patología es la causa hipotética o de reserva de la muerte o de la incapacidad de la víctima pues las habría ocasionado de no haber sido por el curso causal puesto en marcha por el responsable (causa real o adelantada), aunque fuera en forma y tiempo diferentes.

2. La conducta del responsable, por su parte, es la causa real de la muerte o incapacidad de la víctima<sup>260</sup> así como de *los perjuicios que se deriven de la anticipación* de aquellas (a las que, ciertamente, la enfermedad habría abocado, pero un tiempo después); a estos perjuicios les es aplicable la regla general (*eggshell skull principle*) y, por tanto, *deben ser reparados* por el autor de la conducta dañosa aunque los mismos no se hubieran producido (o no con la gravedad del caso) de no ser por la predisposición de la víctima<sup>261</sup>. Por tanto, puesto que el dañante únicamente ha adelantado el desarrollo del daño, solo debe responder de los perjuicios deriva-

---

víctima de un accidente de tráfico que sufrió lesiones en la columna cervical), por su previa predisposición (en el caso, desgaste de las cervicales), habría sufrido el mismo daño aun sin el accidente; el actor reclamaba una indemnización tanto por daño moral como por pérdida de ingresos (al haber tenido que recortar la jornada laboral por los dolores y mareos derivados de la lesión); la falta de una prueba convincente al respecto condujo al BGH a rechazar la rebaja de la indemnización por ambos conceptos.

En Suiza, el BG considera que la situación previa de la víctima debe tomarse en cuenta al cuantificar el daño conforme al artículo 42 OR cuando, *con seguridad o con una alta probabilidad*, la misma hubiera tenido efectos aun sin el accidente, dañando la integridad física del afectado o acortando su vida (v. gr., Sentencias BG 31 de marzo de 1987 y 14 de septiembre de 2004); nótese, pues, que aquí un grado alto de probabilidad puede justificar la reducción (vid. al respecto HEIERLI/SCHYDER, art. 42 OR, núm. 2a, quienes destacan que la reducción de la pretensión del dañado en estos casos es consecuencia del método subjetivo y concreto empleado en la determinación del daño).

<sup>258</sup> *Supra*, epígrafe II, número 1.

<sup>259</sup> Así, Heß, *Haftung...*, p. 403, SCHIEMANN, § 249, núms. 92 y 93 y SCHULZE, §§ 249-253, núms. 20 y 21. En la doctrina suiza, vid. STUDHALTER, *Konstitutionelle...*, pp. 618 y 619.

<sup>260</sup> PANTALEÓN, *Comentario...*, p. 1991.

<sup>261</sup> Por lo demás, si la predisposición hubiera ocasionado ya perjuicios concretos y mensurables a quien la padece antes de sufrir el accidente, ello debería tomarse en cuenta de acuerdo con lo expuesto anteriormente (*supra*, epígrafe 4.2).

dos de esa anticipación<sup>262</sup>. Entre esos perjuicios se encuentran los lucros cesantes que la propia víctima o quienes dependan económicamente de ella experimenten hasta el momento en que la enfermedad o dolencia hubiera causado la incapacidad o el fallecimiento<sup>263</sup>; también los gastos derivados de los cuidados o de la atención médica que resulten precisos a raíz de la conducta dañosa y hasta el momento en que el desarrollo natural de la patología los hubiera hecho necesarios (sean sufragados por la víctima primaria o por otra persona)<sup>264</sup>; lo mismo es aplicable al daño moral derivado del adelantamiento del resultado lesivo (tanto para la víctima directa como para otros posibles perjudicados)<sup>265</sup>.

Algunos casos tomados de la jurisprudencia de otros países sirven para ilustrar lo dicho:

a) En el caso resuelto por la Sentencia del RG de 29 de abril de 1942, un deshollinador fue víctima de un accidente que aceleró y agravó los efectos de su previa propensión a la artritis, propensión, que, en todo caso y aunque el accidente no hubiera tenido lugar, habría acabado manifestándose un tiempo después y dado lugar a los daños que aquel anticipó (a saber, la incapacidad del actor de seguir ejerciendo su oficio y consiguiente necesidad de

<sup>262</sup> Así lo destaca el autor suizo WEBER, *Zurechnungs...*, p. 77. Igualmente, la doctrina alemana está de acuerdo en que en estos casos solo debe ser indemnizado el daño resultante de que el bien jurídico sea lesionado antes de lo que lo hubiera sido por la causa de reserva (SCHULZE, *Die Haftung*, pp. 32 y 47 y HEß, *Haftung...*, p. 403). En el mismo sentido, en Inglaterra, *vid.* JONES, *Clerck & Lindsell*, núm. 2-161 (al hilo del caso *Environment Agency v. Ellis* (2008), en el que se constató que la víctima tenía ya antes del accidente una alteración en la columna vertebral que por sí sola habría acabado incapacitándole para el trabajo diez años más tarde).

SCHULZE apunta, además (*op. cit.*, p. 32), que si la causa de reserva se hubiera hecho realidad al mismo tiempo que la real, la indemnización no procede (solución esta que coincide con la alcanzada por PANTALEÓN, *Comentario...*, p. 1983, sobre la base de que el daño no sería entonces imputable objetivamente al causante del daño por virtud del criterio del incremento del riesgo).

<sup>263</sup> Así, en Suiza, la Sentencia BG 31 de marzo de 1987 (seguida, por ejemplo, por la Sentencia BG 14 de septiembre de 2004) apunta que en estos casos hay que tener en cuenta el acortamiento del tiempo de vida o de actividad y alude en este sentido a que los daños por lucro cesante se limitan a las consecuencias del adelanto de la invalidez.

En línea similar se han pronunciado los tribunales ingleses, *v. gr.*, en los casos *Jackson v. Holland-America Line Ltd.* (1963), *Lines v. Harland & Wolff Ltd.* (1966) y *Boom v. Thomas Hubbuck & Son Ltd.* (1967) (de todos ellos da cuenta SCHULZE, *Die Haftung*, pp. 92 a 94).

En sentido parecido también, entre nosotros, INFANTE RUIZ, *La responsabilidad*, pp. 43, 134, 135 y 214, siguiendo a PANTALEÓN, *Comentario...*, p. 1991.

<sup>264</sup> A las dos partidas señaladas (gastos de curación e invalidez anticipada) alude también WEBER, *Zurechnungs...*, p. 77.

<sup>265</sup> En sentido similar, SCHIEMANN, § 249, núms. 98 y 99; SCHIEMANN pone el ejemplo de una operación de rodilla que provoca el aumento de los dolores y una mayor rigidez en la articulación, que igualmente se hubieran producido un tiempo después aun sin la operación, y observa que el dañado tendría una pretensión por la anticipación del lucro cesante, por el aumento de sus necesidades y por daño moral. Con todo, sobre el daño moral y su extensión en estos casos vuelvo algo más adelante.

contratar para ello a un auxiliar). El RG afirma con rotundidad la existencia de relación causal (*ursächliche Zusammenhang*) entre el acto del dañante y el daño, subrayando que la misma no queda excluida por que el resultado ocasionado por el acto dañoso también se hubiera producido por otro suceso que con seguridad hubiera tenido lugar más tarde; la predisposición del demandante –continúa la Sentencia– solo es relevante en la medida en que, con el tiempo y aun sin el evento dañoso en cuestión, limita su capacidad laboral e influye de ese modo en la cuantía del daño; el RG entendió por ello que al actor debían indemnizársele íntegramente los daños derivados de la imposibilidad de ejercer su oficio sin la ayuda de un auxiliar hasta el momento en que la enfermedad por sí le hubiera abocado a esa misma situación, así como el daño moral.

b) En el caso inglés *Boom v. Thomas Hubbuck & Son Ltd.* (1967) se trataba de un supuesto en el que un cargador de un muelle había visto afectada su capacidad laboral tras sufrir una caída mientras trabajaba; al comprobarse que el hombre padecía ya antes una osteoporosis progresiva que como mucho le habría permitido seguir realizando su trabajo habitual dos años más, la empresa fue condenada a indemnizarle por la pérdida de horas de trabajo correspondientes a esos dos años.

c) Por lo que se refiere a los casos en que el accidente provoca en la víctima una incapacidad laboral solo explicable por su predisposición psicológica y por su anómala asimilación de lo ocurrido, el BGH ha sostenido que si puede concluirse que la neurosis de la víctima hubiera afectado igualmente a sus posibilidades laborales a largo plazo, aun sin el accidente, ello debe tenerse en cuenta al calcular la duración y la cuantía del lucro cesante (sentencia BGH de 1 de noviembre de 1997).

d) La Sentencia del OGH austríaco de 3 de septiembre de 1996 resuelve un caso en el que un médico había informado de forma insuficiente a un paciente con un tumor del riesgo de que se produjera durante su operación una paraplejía; el paciente hubiera quedado parapléjico en todo caso aun sin ser operado, solo que entre 6 y 12 meses más tarde; el OGH entendió que esto debía tomarse en cuenta al cuantificar el daño, en particular el daño moral, y por ello consideró que la indemnización fijada en la instancia «por la simple anticipación de la paraplejía en torno a un año» era excesiva.

El supuesto al que me estoy refiriendo también es objeto de consideración en los comentarios al DCFR<sup>266</sup> que llegan a una con-

<sup>266</sup> STUDY GROUP, *Principles*, pp. 3573 y 3574.

clusión parecida a la expuesta. Así, tras explicar la regla general del artículo VI.-4:101 (2) DCFR, según la cual en casos de daño personal o muerte no debe tomarse en cuenta la predisposición dañosa de la víctima, se matiza que, no obstante, puede ocurrir que una lesión preexistente justifique una reducción de la cuantía de la indemnización; y, para ejemplificar lo dicho, se utiliza un caso del tipo de los que ahora estoy tratando, y al que ya aludí unas líneas atrás: a resultas de un accidente del que es responsable X, se abre el tejido de un tumor maligno situado en la cabeza de la víctima, que muere tres semanas después; el accidente acelera un desenlace que el cáncer hubiera provocado en todo caso, aunque más tarde; pues bien, en aplicación del artículo VI.-2:202 DCFR, relativo a la indemnización de la pérdida sufrida por terceros a resultas de la lesión o de la muerte de otro, se apunta que habría que tomar en cuenta la previa existencia de la enfermedad tanto al calcular la indemnización por pérdida de mantenimiento de quienes dependieran de la víctima (que habría de limitarse al período de tiempo en que probablemente aquella habría vivido de no ser por el accidente) como al calcular el daño no patrimonial sufrido por terceros<sup>267</sup>.

En varios de los ejemplos que acabo de apuntar surge la cuestión de la valoración del daño moral en estos casos; de un lado, es obvio que de la incapacidad o del fallecimiento de la víctima pueden seguirse daños morales para la propia víctima<sup>268</sup> o para sus allegados; ahora bien, como ese daño tan solo se anticipa en estas hipótesis en que incapacidad o muerte se hubieran producido más tarde en todo caso aún sin el accidente, ¿cabe sostener que única-

---

<sup>267</sup> Por lo que se refiere a los *Principles of European Tort Law* (PETL) es de tener en cuenta el artículo 3:106, que, bajo la rúbrica «Causas inciertas en la esfera de la víctima» dispone lo siguiente: «La víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una actividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera». En los comentarios del *European Group on Tort Law (Principios)*, p. 97, núm. 14) se pone un ejemplo de tal situación que es próximo a los que ahora estoy considerando: P resulta gravemente herido en un accidente causado por D, del que nunca se recuperará para poder volver a trabajar; en el hospital sufre un infarto que no guarda relación alguna con el accidente ni con otra causa de la que sea responsable un tercero, de modo que aunque el accidente no hubiera ocurrido P habría quedado igualmente incapacitado de forma permanente para trabajar; según los comentarios, del artículo 3:106 en relación con el artículo 3:104 párrafo 2 (b), la demanda por lucro cesante de P en relación con el ataque cardíaco seguramente se reducirá un 50 % porque sucede en su propia esfera. No se especifica si el infarto se debe o no a una predisposición de P, pero, en todo caso, lo que se sostiene es una rebaja de la reparación del lucro cesante al que hubiera dado lugar la situación de la víctima por sí; con todo, creo que lo adecuado es calcular esa rebaja teniendo en cuenta el momento a partir del cual la predisposición (o estado de la víctima) habría abocado al mismo resultado, lo que no se compadecería bien con la reducción del 50% apuntada en el ejemplo.

<sup>268</sup> Estos daños son claros en el caso de incapacidad; en caso de fallecimiento, la opinión dominante entre nosotros y en el entorno europeo es que la muerte no constituye en sí un daño indemnizable (*vid.* a este respecto RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Indemnización...*, pp. 5 a 7).

mente debe ser compensado el daño moral que deriva de esa anticipación?, ¿o más bien habría que considerar que su compensación no admite rebaja, al menos en los casos de muerte de un ser querido, porque no puede decirse que el daño moral que deriva de la pérdida de una persona sea menor por el hecho de que la enfermedad la hubiera producido igualmente un tiempo después?; siendo una cuestión discutible, a favor de la primera solución (que es la que acogen la citada Sentencia del OGH y los comentarios al DCFR) cabría aducir que el daño moral a compensar no es sin más el derivado de la pérdida de un ser querido, sino el que resulta de perderle un tiempo antes<sup>269</sup>, como tampoco es el derivado de verse en una situación de incapacidad sino el que resulta de verse afectado por ella también antes de que la propia afección hubiera provocado ese mismo resultado<sup>270</sup>.

3. En todo caso, circunscrita la obligación de reparar a los daños derivados de la anticipación del resultado dañoso, es claro que los lucros cesantes o los gastos posteriores al momento en que la enfermedad o dolencia hubieran causado la incapacidad o el fallecimiento o hubieran hecho precisas esas expensas no tienen que ser indemnizados por el responsable.

Pantaleón justifica este resultado aduciendo que esos daños (se refiere en particular al lucro cesante) no pueden decirse «causados» por la conducta del demandado, mera causa hipotética de los mismos, «porque no se puede contribuir a impedir lo que es ya imposible que suceda, y cuando el demandado actuó, era ya imposible que la víctima realizara las actividades generadoras de aquellos lucros»<sup>271</sup>. La doctrina alemana, en cambio, suele insistir en

<sup>269</sup> La idea de que la expectativa de vida del fallecido incide de algún modo en la cuantificación del daño moral que pueden sufrir sus allegados se plasma, por ejemplo, en el Anexo del TRLRCSCVM; en concreto, la Tabla I fija la cuantía de las indemnizaciones básicas por muerte (comprensivas de los daños morales) en relación inversamente proporcional a la edad del fallecido, lo que parece justificarse por la progresiva reducción de su esperanza de vida. Lo mismo ocurre en el nuevo sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación aprobado por Ley 35/2015, de 22 de septiembre, y que sustituirá al citado Anexo a partir del 1.1.2016: en la Tabla 1. A la indemnización del daño personal básico reconocida al viudo por la muerte de su cónyuge disminuye también progresivamente cuanto mayor fuera la edad del fallecido.

<sup>270</sup> Como ya se vio (*supra*, número 3 del epígrafe 4.1.2), en Alemania es jurisprudencia reiterada que la predisposición dañosa de la víctima debe tomarse en cuenta al calcular la equitativa indemnización del daño moral y puede justificar su rebaja; naturalmente, esta doctrina general es aplicable también cuando el accidente no haya hecho sino adelantar el resultado al que la predisposición por sí sola hubiera conducido más adelante (*vid.* la Sentencia del OLG Schleswig 18 de septiembre de 2003, sobre un caso de este tipo; la Sentencia BGH de 5 de noviembre de 1996 apunta en la misma dirección, aunque descartando que tal fuera la situación en el supuesto resuelto).

<sup>271</sup> «Comentario»..., p. 1991; comparte esta opinión INFANTE RUIZ, *La responsabilidad*, pp. 134, 135 y 214.

Creo que este es también el punto de vista del BG suizo, cuando observa –por ejemplo, en su Sentencia de 31 de marzo de 1987– que, en la medida en que el daño también se

que no estamos ante un problema de causalidad, sino de imputación: la causa del daño es la causa real, aunque haya una de reserva<sup>272</sup>; que haya o no una causa de reserva no afecta en nada a la verdadera relación causal, de modo que lo que realmente hay que examinar es en qué medida es imputable al responsable ese daño que en todo caso se habría producido, aunque por otra causa distinta<sup>273</sup>; si se razona en términos de causalidad –se dice–, la causa de reserva no interrumpe el nexo entre causa real y daño, lo que conduce fácilmente a una responsabilidad muy rigurosa, mientras que la consideración del problema como una cuestión de imputación y de cuantificación del daño permite justificar la reducción de la indemnización<sup>274</sup>. En la doctrina francesa se ha vinculado la rebaja de la indemnización en estos casos con una apreciación *in concreto* del daño, que debe conducir a ceñir aquella al único daño provocado por el accidente, representado por el adelanto de la enfermedad o de la muerte, de modo que el demandado no sea condenado a indemnizar por aquello que, de todos modos, se hubiera producido aun sin ninguna intervención ajena<sup>275</sup>.

4. Puede darse el caso de que el accidente no acelere la evolución de la enfermedad misma y que esta no interfiera en el proceso de sanación de los daños físicos ocasionados por aquel, de modo que la conducta dañosa simplemente provoque *que, con ocasión del tratamiento o reconocimiento médicos de la víctima a raíz del accidente, sea descubierta la enfermedad*, con la consiguiente anticipación de los perjuicios subsiguientes a ello (como puede ser la pérdida de ingresos por una jubilación anticipada forzada por la situación descubierta). La Sentencia del BGH de 7 de junio de 1968 se enfrentó a un caso de este tipo (*Hirnarteriosklerose-Fall*): al tratar a un guardabarreras herido en la cabeza, se descubrió que tenía una arterioesclerosis cerebral, por lo que el afectado tuvo que jubilarse anticipadamente; el BGH desestimó la pretensión de la víctima de que el causante de la lesión en la cabeza le indemnizara por la pérdida de ganancias derivada del anticipo de la jubilación, invo-

---

hubiera producido sin el accidente, *no sería consecuencia de este*, razón por la cual tampoco sería imputable al responsable.

Este enfoque parece ser también el de la Sentencia del BGH de 30 de abril de 1996, si bien en una afirmación que no constituía fundamento del fallo; así, tras apuntar que el accidente padecido por una víctima psicológicamente vulnerable debía considerarse causa del daño psíquico en cuestión no obstante la concurrencia de otras causas, señala que la responsabilidad solo podría decaer o limitarse temporalmente *por razón de la causalidad* si el daño desencadenado por el accidente (sobre la base de la predisposición de la víctima) se hubiera producido antes o después también sin el accidente.

<sup>272</sup> SCHIEMANN, § 249, núm. 93.

<sup>273</sup> SCHULZE, *Die Haftung*, p. 31.

<sup>274</sup> VON BAR, *Gemeineuropäisches*, núm. 446.

<sup>275</sup> En este sentido, NGUYEN THANH NHA, «L'influence»..., p. 26.

cando el fin de protección de la norma y el riesgo general de la vida; en este sentido, el tribunal entendió que, si bien era indudable que dentro del fin de protección del § 823 I BGB está la compensación de los perjuicios que sufre la víctima por tener que jubilarse antes a resultas de los daños ocasionados a su salud, la norma no pretende proteger frente al descubrimiento de enfermedades antes ocultas que conduzcan a la jubilación; «en esa medida –concluye el BGH– el accidente no ha hecho realidad ningún riesgo que la ley quiera impedir. Que una enfermedad sea conocida es un suceso que puede ocurrirle al ser humano en cualquier momento. Forma parte del riesgo general de la vida, pero no queda dentro del ámbito de riesgo que el § 823 párrafo 1 BGB quiere proteger»<sup>276</sup>.

5. Hasta aquí me he referido a la hipótesis en que la víctima ya está afectada por la predisposición cuando sufre el daño. En la jurisprudencia inglesa se planteó hace años la cuestión de si debía aplicarse la misma solución que he expuesto (limitación de la indemnización a los daños derivados del adelantamiento de la muerte o de la incapacidad de la víctima) cuando la enfermedad que acabaría provocando el mismo resultado que el accidente surgiera *después de ocurrir este pero antes de dilucidarse el conflicto ante los tribunales*. Esto fue lo que ocurrió en el caso *Jobling v. Associated Dairies* (1982), en el que el empleado de una tienda que se había lesionado la espalda mientras trabajaba en 1973, reclamó por ello una indemnización por pérdida de ingresos, entre otros conceptos; tres años después, y antes de que el juicio comenzara, se le diagnosticó una patología, ajena por completo al accidente e inexistente en esa fecha, que en todo caso habría determinado su incapacidad total a partir de mediados o finales de 1976. *La House*

---

<sup>276</sup> En nuestra doctrina, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación*, p. 121, aun de acuerdo con el resultado alcanzado por el BGH, estima preferible justificarlo con base en la licitud de la conducta del sujeto respecto del bien jurídico a considerar y en la apreciación de caso fortuito. En línea distinta y en Alemania, frente al razonamiento del BGH se ha sostenido (así, SCHIEMANN, § 249, núm. 86) que el tribunal debiera haber diferenciado atendiendo al momento en que la enfermedad hubiera producido por sí las consecuencias de cuya reparación se trataba.

Por otra parte, y más allá del concreto caso resuelto por la citada Sentencia, cuando la víctima ignora que padece la dolencia que el accidente saca a la luz, cabría plantear también la eventual indemnización del daño moral provocado por el sufrimiento que deriva de descubrir anticipadamente que se padece una grave enfermedad de la que cabe esperar que en el futuro degenera u ocasione la muerte a quien la porta; podría argüirse que en situaciones de este tipo el afectado puede preferir no saber y que esto (y razones que entroncan con el debido respeto a algunos derechos fundamentales de la persona) es lo que justifica que, por ejemplo, en el ámbito sanitario, se le reconozca al paciente el derecho a no saber cuál es el propio estado de salud, que se traduce en el derecho a no ser informado sobre el mismo (art. 4.1 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente); sin embargo, en contra de la obligación de resarcir este tipo de daños también podrían traerse a colación los criterios del fin de protección de la norma y del riesgo general de la vida para descartar su imputación objetiva, en línea con lo apuntado por el BGH.

*of Lords* entendió –a mi juicio, con razón– que no había motivo para tratar este caso de forma diferente a aquel en que la enfermedad preexistió al accidente; en este sentido, se apunta, no solo que la delimitación de ambas hipótesis puede resultar muy compleja en la práctica, sino también que la aparición de una enfermedad es una de las vicisitudes de la vida relevante al cuantificar los daños; de ahí que se concluya que, constatado que la patología ajena al accidente abreviaría la vida laboral del demandante, procedía reducir la cuantía de la indemnización, que debía cubrir solo la pérdida de ingresos hasta la fecha en la que habría quedado incapaz para trabajar en todo caso<sup>277</sup>.

## V. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL CAUSANTE DE LA PREDISPOSICIÓN

1. El objeto central de este trabajo ha sido examinar la forma en que la existencia de una predisposición dañosa de la víctima incide en la determinación de la responsabilidad del autor de la conducta lesiva. Sin embargo, antes de terminar creo conveniente referirme también a una cuestión que, si bien queda fuera de ese objeto, está relacionada con él: a saber, hasta dónde llega la responsabilidad de quien ocasiona a la víctima un daño que la deja ya para el futuro en una situación de especial vulnerabilidad y, por tanto, de propensión a sufrir eventos dañosos más adelante; el acto del agente causa, en la hipótesis que ahora interesa, una predisposición que puede influir en los daños que el sujeto sufra más adelante por otras razones; en tal caso, la cuestión es determinar si al responsable del primer daño (y de la predisposición) también le son imputables los perjuicios que la víctima vulnerable sufra por esa causa más adelante.

2. La cuestión se ha planteado en diversas ocasiones ante los tribunales alemanes:

a) Así, ya el RG hubo de pronunciarse en su Sentencia de 5 de diciembre de 1927 acerca de un caso en el que un hombre que había perdido una pierna a resultas de un atropello, sufrió 22 años después una caída en la que se fracturó el omóplato, quedando por ello paralizado uno de sus brazos. El RG consideró que había adecuación por entender que, de acuerdo con la general experiencia humana, había que contar con que el demandante, por su limitada

<sup>277</sup> Por otra parte, el supuesto parece que sería subsumible en el artículo 3:106 PETL, al que he aludido *supra* en la nota 267.

estabilidad, podía sufrir más caídas que otras personas y con consecuencias más graves padeciendo por ello nuevas lesiones.

b) En cambio, el BGH se pronunció en sentido opuesto en la Sentencia de 24 de abril de 1952; en este caso, un hombre que había perdido una pierna en un accidente de tráfico murió ocho años después en la segunda Guerra Mundial porque, por su impedimento, no consiguió resguardarse a tiempo de un ataque de artillería; el BGH rechazó la pretensión indemnizatoria de sus parientes apreciando la concurrencia de circunstancias particularmente extrañas y absolutamente improbables, que en un desarrollo normal de los acontecimientos habría que no tomar en consideración y negando de este modo la adecuación<sup>278</sup>.

c) Las dos últimas resoluciones que citaré del BGH se refieren a supuestos de accidentes sucesivos separados por un espacio de tiempo mucho menor que el de los fallos anteriores. Así, la Sentencia del BGH de 20 de noviembre de 2001 contempla la demanda presentada por la víctima de dos accidentes de tráfico ocurridos en el plazo de un año, contra los propietarios de los vehículos causantes de los mismos y sus respectivas aseguradoras; el primer accidente había ocasionado al actor un traumatismo cervical que el segundo incidente agravó dando lugar a daños duraderos. En lo que aquí interesa, el BGH afirmó que el primer conductor y su asegurador eran responsables de los daños duraderos (sin perjuicio de la corresponsabilidad de los implicados en el segundo accidente); de un lado, apunta que para valorar si hay o no *relación de causalidad* entre tales daños y el primer accidente lo decisivo es si las lesiones ocasionadas por él ya estaban sanadas al ocurrir el segundo, de modo que solo este habría producido el daño enjuiciado, o si aún no estaban curadas en ese momento; si no estaban curadas aún y el segundo incidente viene a agravarlas (como ocurría en el caso enjuiciado), ello no excluye la existencia de causalidad entre el daño final y el primer suceso. Por otra parte, dice el BGH, *la relación de imputación* queda interrumpida cuando el segundo suceso no ha hecho realidad el riesgo de daño generado por el primero, sino que ese riesgo ya ha quedado completamente disminuido, por lo que entre ambas injerencias hay solo una relación «externa», «casual», de modo que no sería equitativo exigir al dañante que responda de las consecuencias de la segunda intervención; «sin embargo –aclara la Sentencia–, este no es el caso cuando el primer accidente ha dejado tras de sí una predisposición dañosa a la que

<sup>278</sup> Este fallo fue muy criticado por la doctrina: *vid.* los autores que en este sentido citan OETKER, § 249, núm. 115, nota 466 y KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht*, núm. 213, nota 194.

afecta la segunda conducta lesiva», aun cuando sea esta última la que provoca una especial gravedad del daño.

d) Finalmente, la Sentencia del BGH de 6 de marzo de 2004 se refiere a un caso en que el actor también había sufrido dos accidentes de tráfico en un período de poco más de dos años; del primero se había derivado un traumatismo cervical y daños síquicos, daños que se habían agravado con el segundo, pretendiendo el actor que respondiera íntegramente del daño final el causante del accidente primigenio (y su asegurador). El BGH apunta que ello es posible, en determinadas circunstancias, si el primer accidente repercute de forma relevante en el daño definitivo; a estos efectos, reitera la doctrina sentada por la Sentencia anterior, acerca de la necesidad de considerar si las consecuencias dañosas del primer accidente ya habían sanado al tiempo del segundo o no. Por ello en el caso concreto confirmó que al causante del primer accidente no podían imputársele las consecuencias del segundo habida cuenta que, según el perito, al tiempo de ocurrir ya habían desaparecido los perjuicios derivados del primer suceso y que este no había causado la predisposición dañosa de la víctima, sino que solo había reforzado su general propensión a desarrollos defectuosos neuróticos; una contribución tan nimia al cuadro final del daño –concluye el BGH– no basta para imputar al primer dañante las consecuencias del último accidente.

3. En la jurisprudencia francesa, cabe citar la Sentencia de la *Cour de cassation*, 2<sup>e</sup> Civ., de 13 de julio de 2006; en 1991 la víctima de un accidente de tráfico fue indemnizada por la fractura de tibia que el hecho le ocasionó; en 1999, mientras practicaba deportes de invierno, sufrió una fractura en el mismo lugar, razón por la cual pidió una nueva indemnización al asegurador del vehículo que causó el primer accidente; sin embargo, la Sentencia desestimatoria del tribunal de instancia fue confirmada por la *Cour de cassation*, que señala que habiendo tenido en cuenta dicha Sentencia las conclusiones del experto en el sentido de que el nuevo perjuicio derivaba del nuevo accidente y no tenía relación con el accidente de 1991, el tribunal de instancia podía deducir de ello que, aunque la víctima tuviera una predisposición a consecuencia del primer accidente, no había sufrido agravación alguna de su estado anterior<sup>279</sup>.

<sup>279</sup> JOURDAIN (Obs. sous Civ., 2<sup>e</sup>, 13 de julio de 2006, pp. 129 y 130), justifica el fallo de la *Cour de cassation* observando que, si bien de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, en el caso había nexo de causalidad entre el accidente de tráfico y la segunda fractura –porque el accidente había provocado una predisposición dañosa que había contribuido a la fractura–, sin embargo ese primer accidente no podía considerarse

4. En la jurisprudencia inglesa encontramos casos en los que se ha planteado si el daño sufrido por la víctima después del primer accidente debía considerarse causado asimismo por el responsable de aquel o, más bien, por la conducta irrazonable del dañado. Así, por ejemplo, en *McKew v. Holland & Hannen & Cubitts (Scotland) Ltd.* (1969) y *Wieland v. Cyril Lord Carpets Ltd.* (1969), a los que ya me he referido al analizar el criterio de imputación de competencia de la víctima<sup>280</sup>; me remito, pues, a aquel lugar, sin perjuicio de recordar aquí que en el caso citado en último término se consideró que el daño ulterior había sido causado también por el demandado (se trataba de una mujer que, tras el primer accidente, tuvo que usar un collarín; dado que este limitaba la movilidad del cuello, la mujer no podía ver bien con sus gafas bifocales y, bajando una escalera, se cayó y sufrió nuevos daños); para llegar a esa conclusión se valoró el poco tiempo transcurrido entre los dos accidentes, así como que la caída se produjo en el curso habitual de la vida cotidiana.

5. A mi modo de ver, en este tipo de casos parece razonable partir de que, en principio, el causante del primer accidente tendría que responder de la agravación de los daños que él haya causado y que se derive de sucesos posteriores (al margen de que pueda hacerse valer también la responsabilidad de otras personas) así como de las consecuencias de la actualización de la predisposición dañosa a la que él haya dado lugar y que asimismo se produzca por un accidente ulterior; pero el alcance de su responsabilidad por esos daños, lógicamente se encuentra limitado por los criterios de imputación objetiva (o, si se prefiere, solo tiene que responder de los resultados dañosos que le sean objetivamente imputables), criterios que pueden excluir la imputación de aquellas consecuencias dañosas que, por ejemplo, sean resultado de cursos causales completamente extraños o anómalos, o que queden fuera del fin de protección de la norma o sean realización del riesgo general de la vida de la víctima o que se hayan producido en una situación de la que la víctima tenía el control.

## ABREVIATURAS

A.C. = The Law Reports, Appeal Cases

ADC = Anuario de Derecho Civil

---

causa adecuada –ni por tanto jurídica– del daño, habiendo quedado desplazada por otra más próxima y preponderante cual fue el último accidente.

<sup>280</sup> *Vid. supra*, número 2 del epígrafe 4.1.3.2.6 y nota 213.

- All ER = All England Law Reports
- AJ = Actualité jurisprudentielle du Recueil Dalloz
- BeckRS = Rechtsprechungssammlung, disponible en Beck-Online
- BG = Schweizerisches Bundesgericht
- BGB = Bürgerliches Gesetzbuch
- BGE = Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
- BGH = Bundesgerichtshof
- Bull. Civ. = Bulletin des arrest des chambres civiles de la Cour de cassation
- DCFR = Draft Common Frame of Reference
- D.L.R. = Dominion Law Reports
- D. = Recueil Dalloz
- EWCA = England and Wales Court of Appeal
- JuS = Juristische Schulung
- K.B. = The Law Reports, King's Bench Division
- KG = Kammergericht
- LG = Landesgericht
- Lloyd's Rep. = Lloyd's Law Reports
- M.L.R. = The Modern Law Review
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift
- NJW-RR = Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechung
- Reporter
  - NZLR = New Zealand Law Reports
  - NZV = Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
  - OGH = Oberster Gerichtshof
  - ÖJZ = Österreichische Juristenzeitung
  - OLG = Oberlandesgericht
  - OR = Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)
  - Pra = Die Praxis
  - Q.B. = The Law Reports, Queen's Bench Division
  - RCA = Responsabilité civile et assurances
  - RTD civ.= Revue Trimestrielle de Droit Civile
  - RG = Reichsgericht
  - RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
  - S.A. = South African Law Reports
  - Sem. Jur. = Semaine Juridique
  - S.J. = Solicitors Journal
  - SJZ = Schweizerische Juristen-Zeitung
  - StGB = Strafgesetzbuch

StVG = Straßenverkehrsgesetz

StVO = Straßenverkehrsordnung

TRLGSS = Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

TRLRCSCVM = Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor

VersR = Versicherungsrecht

W.L. R. = Weekly Law Reports

W.W. R. = Western Weekly Reports

ZPO = Zivilprozessordnung vom 12 de septiembre de 1950

## **ANEXO JURISPRUDENCIAL**

### **1. SENTENCIAS ESPAÑOLAS**

#### **1.1 Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>**

STS de 15 de diciembre de 1981 (RJ 1981, 5157)

STS de 28 de febrero de 1983 (RJ 1983, 1079)

STS de 12 de febrero de 1990 (AC, ref. 489/90)

STS de 25 de enero de 1997 (RJ 1997, 155)

STS de 14 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9761)

STS de 12 de mayo de 2004 (RJ 2004, 2736)

STS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8547)

STS de 27 de febrero de 2006 (RJ 2006, 694)

STS de 30 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9491)

STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 6460)

STS de 25 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4347)

STS de 20 de julio de 2011 (RJ 2011, 6132)

#### **1.2 Tribunal Supremo, Sala 2.<sup>a</sup>**

STS (2.<sup>a</sup>) de 25 de abril de 1980 (RJ 1980, 1481).

STS (2.<sup>a</sup>) de 5 de octubre de 1988 (RJ 1988, 8307)

STS (2.<sup>a</sup>) de 2 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2349)

STS (2.<sup>a</sup>) de 6 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1922).

STS (2.<sup>a</sup>) de 13 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8065).

STS (2.<sup>a</sup>) de 28 de abril de 1997 (RJ 1997, 3376).

STS (2.<sup>a</sup>) de 4 de julio de 1997 (RJ 1997, 5552).  
STS (2.<sup>a</sup>) de 24 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1454)  
STS (2.<sup>a</sup>) de 17 de enero de 2001 (RJ 2001, 397)  
STS (2.<sup>a</sup>) de 26 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 7134).  
STS (2.<sup>a</sup>) de 14 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 451)

### **1.3 Audiencias Provinciales, Civil**

SAP La Coruña de 2 de febrero de 1998 (AC 1998, 3967)  
SAP Huelva de 28 de septiembre de 2002 (AC 2002/2116)  
SAP Valencia de 12 de abril de 2003 (JUR 2003, 171188)  
SAP Alicante de 8 de septiembre de 2003 (JUR 2003/235718)  
SAP Sevilla de 15 de octubre de 2003 (AC 2003/1793)  
SAP Las Palmas de 24 de mayo de 2004 (AC 2004/937)  
SAP Sevilla de 14 de octubre de 2004 (JUR 2005/69999)  
SAP Alicante de 5 de noviembre de 2004 (JUR 2005/87183)  
SAP Madrid de 4 de abril de 2005 (JUR 2005/106828)  
SAP Toledo de 20 de mayo de 2005 (JUR 2005/137706)  
SAP Madrid de 29 de mayo de 2012 (AC 2012/501)

### **1.4 Audiencias Provinciales, Penal**

SAP Huesca –penal– de 31 de julio de 1996 (ARP 1996/495)  
SAP Málaga –penal– de 7 de julio de 2000 (ARP 2000/3063)  
SAP Sevilla –penal– de 14 de diciembre de 2001 (JUR 2002/109451)  
SAP Pontevedra –penal– de 18 de febrero de 2002 (JUR 2002/115568)  
SAP La Coruña –penal– de 30 de abril de 2003 (JUR 2003/228698)  
SAP La Coruña –penal– de 7 de marzo de 2006 (JUR 2006/110476)

## **2. SENTENCIAS ALEMANAS**

### **2.1 Reichsgericht**

RG de 16 de noviembre de 1881 (RGZ 6, 1)  
RG de 9 de diciembre de 1907 (JW 1908, p. 41)  
RG de 5 de diciembre de 1927 (RGZ 119, 204)  
RG de 26 de abril de 1937 (RGZ 155, 38)  
RG de 4 de julio de 1938 (RGZ 158, 34)  
RG de 29 de abril de 1942 (RGZ 169, 117)

## 2.2 Bundesgerichtshof

BGH de 4 de abril de 1952 (NJW 1952, p. 1010)  
BGH de 29 de febrero de 1956 (NJW 1956, p. 1108)  
BGH de 5 de julio de 1963 (VersR 1963, p. 1161)  
BGH de 2 de abril de 1968 (VersR 1968, p. 648)  
BGH de 7 de junio de 1968 (NJW 1968, p. 2287)  
BGH de 5 de octubre de 1968 (VersR 1969, p. 43)  
BGH de 9 de mayo de 1970 (VersR 1970, p. 814)  
BGH de 1 de mayo de 1971 (NJW 1971, p. 1883)  
BGH de 3 de febrero de 1976 (NJW 1976, p. 1143)  
BGH de 2 de septiembre de 1981 (NJW 1982, p. 168)  
BGH de 1 de diciembre de 1981 (NJW 1982, p. 1046)  
BGH de 1 de septiembre de 1982 (NJW 1983, p. 340)  
BGH de 2 de noviembre de 1985 (NJW 1986, p. 777)  
BGH de 6 de junio de 1989 (NJW 1989, p. 2616)  
BGH de 9 de abril de 1991 (NJW 1991, p. 2347)  
BGH de 2 de julio de 1991 (NJW 1991, p. 2568)  
BGH de 5 de junio de 1992 (NJW 1992, p. 2884)  
BGH de 6 de marzo de 1993 (NJW 1993, p. 1523)  
BGH de 30 de abril de 1996 (NJW 1996, p. 2425)  
BGH de 5 de noviembre de 1996 (NJW 1997, p. 455)  
BGH de 5 de febrero de 1997 (NJW 1997, p. 1640)  
BGH de 1 de noviembre de 1997 (NJW 1998, p. 810)  
BGH de 6 de noviembre de 1999 (NJW 2000, p. 862)  
BGH de 20 de noviembre de 2001 (NJW 2002, p. 504)  
BGH de 6 de marzo de 2004 (NJW 2004, p. 1945)  
BGH de 9 de abril de 2005 (VersR 2005, p. 945)  
BGH de 10 de julio de 2012 (NJW 2012, p. 2964)

## 2.3 Oberlandesgerichte

OLG Karlsruhe de 25 de enero de 1966 (VersR 1966, p. 741)  
OLG Frankfurt de 11 de abril de 1979 (VersR 1980, p. 564)  
OLG Celle de 18 de julio de 1980 (VersR 1981, p. 1057)  
OLG Schleswig de 18 de agosto de 1988 (NJW 1989, p. 1937)  
OLG Düsseldorf de 15 de noviembre de 1991 (VersR 1992,  
p. 1233)  
OLG Karlsruhe de 12 de marzo de 1992 (MDR 1993, p. 29)  
OLG Braunschweig de 19 de febrero de 1996 (VersR 1996, p. 715)  
OLG Braunschweig de 3 de marzo de 1997 (VersR 1999, p. 201)  
OLG Hamm de 5 de marzo de 1998 (NZV 1998, p. 413)  
OLG Nürnberg de 16 de junio de 1998 (VersR 1999, p. 1117)

OLG Köln de 29 de julio de 1999 (NJW-RR 2000, p. 760)  
OLG Hamm de 2 de abril de 2001 (NZV 2002, p. 36)  
OLG Hamm de 20 de junio de 2001 (VersR 2002, 491)  
OLG Hamm de 2 de julio de 2001 (VersR 2002, p. 992)  
OLG Düsseldorf de 14 de julio de 2003 (BeckRS 2004, p. 11359)  
OLG Frankfurt a. M. de 10 de septiembre de 2003, BeckRS 2003, p. 08827)  
OLG Schleswig de 18 de septiembre de 2003 (NJW-RR 2004, p. 239)  
OLG Hamm de 16 de junio de 2009 (BeckRS 2009, p. 23028)  
OLG Celle: Auto de 1 de febrero de 2011 (BeckRS 2011, p. 03335)

## 2.4 Landgerichte

LG Frankfurt a. M. de 19 de junio de 2012 (BeckRS 2013, p. 07214)

## 2.5 Kammergericht

KG de 3 de mayo de 1985 (VersR 1987, p. 105)  
KG de 22 de abril de 2002 (NZV 2003, p. 328)  
KG de 15 de marzo de 2004 (NZV 2005, p. 311)

## 3. SENTENCIAS DE *COMMON LAW*

*Alcock v. CC South Yorkshire* (1992) 1 A. C. 310  
*Athey v. Leonati* (1997) 1 W. W. R. 97  
*Bishop v. Arts & Letters Club of Toronto* (1978) 83 D. L. R. (3d) 107  
*Boom v. Thomas Hubbuck & Son Ltd.* (1967) 1 Lloyd's Rep. 491  
*Bradford v. Robinson Rentals Ltd.* (1967) 1 W. L. R. 337  
*Corr v. IBC Vehicles Ltd.* (2008) 1 A. C. 884  
*Donachie v. The Chief Constable of the Greater Manchester Police* (2004) EWCA Civ 405  
*Dulieu v. White & Sons* (1901) 2 Q. B. 669  
*Environment Agency v. Ellis* (2008) EWCA Civ 1117  
*Jackson v. Holland-America Line Ltd.* (1963) 1 Lloyd's Rep. 477  
*Jobling v. Associated Dairies* (1982) A. C. 794  
*Jolley v. Sutton London Borough Council* (2000) 1 W. L. R. 1082, HL  
*Hay or Bourhill v. Young* (1943) A. C. 92  
*Lagden v. O'Connor* (2004) 1 A. C. 1067  
*Lines v. Harland & Wolff Ltd.* (1966) 2 Lloyd's Rep. 400

- Malcolm v. Broadhurst* (1970) 3 All ER 508  
*Marcroft v. Scruttons Ltd.* (1954) 1 Lloyd's Rep. 395  
*McKew v. Holland & Hannen & Cubitts (Scotland) Ltd.* (1969)  
 3 All ER 1621, HL  
*McLaren v. Bradstreet* (1969) 113 S. J. 471  
*Owens v. Liverpool Corp* (1939) 1 K. B. 394  
*Owners of Dredger Liesbosch v. Owners of Steamship Edison*  
 (1933) A. C. 449  
*Page v. Smith* (1996) 1 A. C. 155  
*Robinson v. Post Office* (1974) 1 W. L. R. 1176  
*Smith v. Leech Brain & Co. Ltd.* (1962) 2 Q. B. 405  
*Stephenson v. Waite Tileman Ltd.* (1973) 1 NZLR 152  
*Warren v. Scruttons Ltd.* (1962) 1 Lloyd's Rep. 497  
*Wieland v. Cyril Lord Carpets Ltd.* (1969) 3 All ER 1006  
*Wilson v. Birt Pty Ltd.* (1963) 2 S. A. 508  
*Winteringham v. Rae* (1965) 55 D. L. R. (2d) 108

#### 4. SENTENCIAS FRANCESAS

##### 4.1 Cour de cassation

- Civ.1er, 17 de mayo de 1965, Bull. n.º 323.  
 Civ. 2<sup>e</sup>, 19 de julio de 1966, *RTD civ.* 1967, p. 154, obs. G. Durry.  
 Civ. 1er. 28 de octubre de 1997, *RTD civ.* 1998, p. 123, obs. P. Jourdain.  
 Civ. 2<sup>e</sup>, 20 de junio de 1985, n.º 84-12702, Bull. Civ. II, n.º 125.  
 Civ. 2<sup>e</sup>, 4 de diciembre de 2001, n.º 99-17664, Bull. Civ. II, n.º 194.  
 Civ. 2<sup>e</sup>, 7 de abril de 2005, RCA 2005, comm. n.º 173.  
 Civ. 1er, 2 de noviembre de 2005, RCA 2006, comm. n.º 4.  
 Civ. 2<sup>e</sup>, 13 de julio de 2006, *RTD civ.* 2007, p. 128, obs. P. Jourdain.  
 Civ. 2<sup>e</sup>, 10 de noviembre de 2009, D. 2009. AJ 2863.

##### 4.2 Cour d'appel

- Cour d'appel Amiens 6 de enero de 1998, Sem. Jur. 1998 IV 3173.

#### 5. SENTENCIAS SUIZAS

##### 5.1 Gerichtshof (civil)

- BG de 24 de febrero de 1986 (BGE 112 V 30, p. 30)  
 BG de 31 de marzo de 1987 (BGE 113 II 86, p. 87)

- BG de 16 de junio de 1989 (BGE 115 V 133, p. 133)  
 BG de 22 de febrero de 2000 (Urteil 4C.416/1999, Pra 89/2000  
 Nr. 154, p. 920)  
 BG de 15 de enero de 2002 (Urteil 4C.215/2001, Pra 91/2002  
 Nr. 151, p. 816)  
 BG de 26 de marzo de 2004 (Urteil 2C.2/1999)  
 BG de 14 de septiembre de 2004 (BGE 131 III 12, p. 13)  
 BG de 16 de noviembre de 2004 (Urteil 4C.75/2004)  
 BG de 14 de octubre de 2008 (Urteil 4A\_153/2008)  
 BG de 25 de marzo de 2009 (Urteil 4A\_45/2009)

## 5.2 Cour de cassation (penal)

18.5.2005 (BGE 131 IV 145, p. 145)

## 6. SENTENCIAS AUSTRÍACAS

OGH 3 de septiembre de 1996 (ÖJZ 1997, p. 446)

## BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA COSTA, M. J. DE: *Direito das Obrigações*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra 2008.
- BACACHE-GIBEILI, M.: *Droit Civil*, T. V, 1er édition, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle* (dir.: Larroumet), Economica, Paris 2007.
- BRANDT, A.: «Die Behandlung von psychischen Folgeschäden im Schadensersatzrecht», *VersR* 2005, p. 616.
- BREHM, R.: Comentario del artículo 44, en *Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht* (Hrsg.: Hausheer y Walter), Band 6, *Das Obligationenrecht*, 1. Abteilung: *Allgemeine Bestimmungen*, 3. Teilband, 1. Untertitelband: *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Kommentar zu Art. 1-61 OR*, 3. Aufl., Stämpfli Verlag AG Bern, Bern 2006.
- BRUN, PH.: *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2.ª ed., LexisNexis Litec, Paris 2009.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Causalidad en la responsabilidad extracontractual: sobre el arbitrio judicial, la «imputación objetiva» y otros extremos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2014.
- «La reparación de los daños personales en el Derecho español, con referencia al Derecho comparado», *Revista Española de Seguros*, 57, 1989, p. 47.
- DEJEAN DE LA BATIE, N.: *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil français*, Pichon et Durand-Auzias, Paris 1965.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de daños*, Civitas, Madrid 1999.
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción a cargo de la «Red Española de Derecho Privado

- Europeo y Comparado» (REDPEC), coordinada por M. MARTÍN-CASALS, Thomson Aranzadi, Cizur Menor 2008.
- FINKE, T.: *Die Minderung der Schadensersatzpflicht in Europa. zu den Chancen für die Aufnahme einer allgemeinen Reduktionsklausel in ein europäisches Schadensrecht*, Göttingen, Univ.-Verlag 2006.
- GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad civil médica*, 4.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2014.
- GALVÃO TELLES, I.: *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Coimbra 2010.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, Granada 2008.
- GÓMEZ CALLE, E.: «La contribución de la víctima a la causación del daño», en *Derecho de daños 2013* (dir.: Herrador Guardia), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2013, p. 237.
- «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario», *ADC* 1998-IV, p. 1693.
- HARWOOD, V.: *Modern Tort Law*, 7. ed., Routledge-Cavendish, London and New York 2009.
- HEIERLI, Ch. y SCHNYDER, A. K.: Comentario de los Arts. 41, 42 y 44 OR, en *Basler Kommentar. Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR* (Hrsg.: Honsell, Vogt y Wiegand), 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011.
- HEß, R.: «Haftung und Zurechnung psychischer Folgeschäden-Vom «Alles-oder-Nichts-Prinzip» zur Schadensersatzgrundrente?», *NZV* 1998, p. 402.
- HOCQUET-BERG, S.: «Les prédispositions de la victime», en *Responsabilité civile et assurances: Études offertes à Hubert Groutel*, Paris: Lexis Nexis Litec, 2006, p. 169.
- INFANTE RUIZ, F. J.: *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y «causas hipotéticas»*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.
- JONES, M. A.: «Causation in Tort: General Principles», en *Clerck & Lindsell on Torts* (General editor: Jones), 20.ª ed., Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London 2010, p. 51.
- JOURDAIN, P.: Obs. sous Civ., 2<sup>e</sup>, 13 de julio de 2006, *RTD civ.* 2007, p. 129.
- Obs. sous Civ., 1<sup>er</sup>, 28 de octubre de 1997, *RTD civ.* 1998, p. 123.
- KÖTZ, H.: «Tierzucht und Straßenverkehr-Zur Haftung für die Panikreaktion von Tieren», *NZV* 1992, p. 218.
- KÖTZ, H. y WAGNER, G.: *Deliktsrecht*, 12. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2013.
- LIPP, M.: «Krankheitsbedingte Schadensdisposition und «psychisch vermittelt» Gesundheitsschaden-BGHZ 107, 359», *JuS* 1991, p. 809.
- MARTÍN-CASALS, M.: «Sobre la Propuesta del nuevo «Sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación»: exposición general y crítica», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 50, p. 41.
- MEDINA ALCOZ, M.: *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid 2003.
- MEDINA CRESPO, M.: «Primeras nociones sobre el texto elaborado por el Comité de Expertos para la Propuesta de reforma del Sistema Legal Valorativo», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, 2014, núm. 50, p. 31.
- MONTANIER, J.-C.: *L'incidence des prédispositions de la victime sur la causalité du dommage*, Thèse, Grenoble, 1981.

- MONTÉS PENADÉS, V. L.: «Causalidad, imputación objetiva y culpa en la «concur-rencia de culpas»», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, vol. II, Civitas, Madrid 2003, p. 2591.
- MÜLLER, G.: «Spätschäden in Haftpflichtrecht», *VersR* 1998, p. 129.
- «Der HWS-Schaden-Bestandaufnahme und Perspektiven», *VersR* 2003, p. 137.
- NGUYEN THANH NHA, J.: «L'influence des predispositions de la victim sur l'obligation a réparation du défendeur a l'action en responsabilité», *RTD civ* 1976, p. 1.
- OETKER, H.: Comentario a los § 249 y § 253 BGB, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2: *Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432)*, 6. Aufl., C. H. Beck, München 2012.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Comentario del artículo 1902 CC», *Comentarios del Código civil*, T. II, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid, 1993, p. 1971.
- «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», *Centenario del Código civil*, vol. II, ed. C. E. Ramón Areces, Madrid 1990, p. 1591.
- QUÉZEL-AMBRUNAZ, CH.: *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris 2010.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: «Indemnización por causa de muerte: Análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español», *InDret* 2/2015.
- ROGERS, W. V. H.: *Winfield and Jolowicz on Tort*, 17.ª ed., Sweet & Maxwell, London 2006.
- ROWE, J.: «The Demise of the Thin Skull Rule?» (1977) 40 M. L. R., p. 377.
- SALVADOR CODERCH, P. y RAMOS GONZÁLEZ, S. (coords.): «120 casos de dere-cho de daños (2004-2011)», *InDret* 4/2012.
- SCHIEMANN, G.: Comentario del § 249, en *Staudingers Kommentar zum Bürger-lichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 249-254 (*Schadenersatzrecht*), Neubearbeitung 2005 von Gottfried Schiemann (Redaktor: Michael Martinek), Walter de Gruyter, Berlin 2005.
- SCHULZE, Ch.: Urteilsanmerkung zu OLG Celle. 9 U 28/80 v. 18 de julio de 1980, *VersR* 1981, p. 1057.
- *Die Haftung des Schädigers. Die Haftung des Schädigers bei besonderen Eigenschaften (Abnormitäten) des Opfers im deutschen und englischen Deliktsrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Peter Lang, Frankfurt a. M., Bern, New York, Nancy 1984.
- SCHULZE, R.: Vorbemerkung zu §§ 249-253, en *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar* (Schriftleitung: R. Schulze), 6. Aufl., Nomos, Baden Baden 2009.
- SLIZYK, A.: *Beck'sche Schmerzengeldtabelle 2013-Mit praxisorientierter Kom-mentierung des Schmerzengeldrechts*, 9. Aufl., C. H. Beck, München 2013.
- STUDHALTER, B.: «Konstitutionelle Prädisposition-Anmerkungen zur einschlägi-gen haftpflichtrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts seit «Di Bello»», en *Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungs-recht. Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen* (Hrsg.: Stephan Fuhrer), Schulthess, Zürich, Basel, Genf 2010, p. 615.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE & RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, Sellier, Munich, 2009.
- SCHWARZ, G. Ch. y WANDT, M.: *Gesetzliche Schuldverhältnisse. Deliktsrecht-Schadensrecht-Bereicherungsrecht-GoA*, 4. Aufl., München 2011.

- STAUDINGER, A.: Vorbemerkung zu § 823 BGB, en *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar* (Schriftleitung: R. Schulze), 6. Aufl., Nomos, Baden Baden 2009.
- STÖHR, K.: «Psychische Gesundheitsschäden und Regress», *NZV* 2009, p. 161.
- VON BAR, Ch.: *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, B. II, C. H. Beck, München 1999.
- WAGNER, G.: Comentario del § 823, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5: *Schuldrecht, Besonderer Teil III §§ 705-853*, 6. Aufl., C. H. Beck, München 2013.
- WALTON, Ch.: «Damages», en *Charlesworth & Percy on Negligence* (General editor: Walton), 12.<sup>a</sup> ed., Sweet & Maxwell, London 2010, p. 341.
- WEBER, S.: «Zurechnungs- und Berechnungsprobleme bei der konstitutionellen Prädisposition», *SJZ* 85/1989, p. 73.

# El proyecto «*The Common Core of European Private Law*»: aportaciones italianas a la comparación jurídica europea\*

**FRANCESCA FIORENTINI**

Profesora titular de Derecho privado comparado  
Universidad de Trieste

## RESUMEN

*El proyecto de investigación «The Common Core of European Private Law» puede ser considerado como el resultado de una fusión legal metodológica de los EEUU con Europa. En esta fusión, el particular contexto cultural europeo, junto con una serie de influencias de la doctrina italiana, ha llevado a un enriquecimiento, con elementos originales, del modelo importado, asegurando así el éxito de la iniciativa. Este trabajo expone los objetivos y métodos del proyecto, se ocupa de la relación entre el Common Core y la cultura jurídica italiana y evalúa el impacto del proyecto en Europa. Se dedica una especial atención a las contribuciones del Common Core en distintas direcciones, como el incremento del conocimiento del Derecho privado europeo, la mejor comprensión del vínculo existente entre Derecho y lenguaje o la creación de una cultura jurídica europea; además, se analizan sus límites, que pueden poner en riesgo la supervivencia del proyecto.*

## PALABRAS CLAVE

*Proyecto Common Core; Derecho privado europeo; métodos de Derecho comparado; contribución italiana al Derecho comparado en Europa.*

## ABSTRACT

*The research project «The Common Core of European Private Law» can be looked at as the result of a methodological “legal fusion” from the U. S. A. to Europe. In this fusion, the particular European cultural context, together with a series of influences by the Italian legal scholarship, have led to an*

---

\* Traducción a cargo de M.<sup>a</sup> Elena Sánchez Jordán, Universidad de La Laguna.

*enrichment of the imported model with original elements, thereby assuring the wide success of the initiative. This essay illustrates aims and methods of the project, deals with the relationship existing between the «Common Core» and the Italian legal culture, and assesses the impact of the project in Europe. Special attention is paid to the contributions of the «Common Core» towards many directions, like the increasing of knowledge in the field of European private law, the (better) understanding of the link existing between law and language, and the creation of a European legal culture, but also its limits are analyzed, which may put at risk the surviving of the project.*

### KEY WORDS

*Common Core Project - European Private Law – Methods of Comparative Law – Italian Contribution to Comparative Law in Europe.*

SUMARIO: 1. *Introducción al proyecto.*–2. *A hombros del gigante: legados y recursos de la comparación jurídica.*–3. *Aportaciones italianas al proyecto. Rodolfo Sacco y el método de la disociación de los formantes del Derecho.*–4. *Aportaciones italianas al proyecto. La metodología del Common Core de Bussani y Mattei.*–5. *El Common Core y la naturaleza metalingüística del Derecho.*–6. *La proyección europea del proyecto: la red de trabajo internacional, los resultados y el impacto de la investigación.*–7. *La dimensión social del Common Core.*–8. *Retórica y política en el proyecto.*–9. *Las perspectivas del Common Core: entre ambiciones y límites.*

## 1. INTRODUCCIÓN AL PROYECTO

Sin lugar a dudas, el proyecto *The Common Core of European Private Law* merece ser considerado uno de los más notables ejemplos de los modos de hacer comparación jurídica en Occidente en el siglo XXI. Como trataré de hacer ver en estas páginas, el llamado *Common Core* puede ser visto como el fruto de una *fusión legal* metodológica entre los EE.UU. y Europa en la que, de una parte, el particular contexto cultural europeo y, de la otra, una serie de aportaciones de la ciencia jurídica italiana, han jugado un papel fundamental en el enriquecimiento del modelo de partida con elementos originales; también, en la contribución al éxito operativo de la experiencia. Tal es así que hoy es difícil distinguir cuánto hay de importado y cuánto de europeo e italiano. Mas procedamos con orden. En la actualidad, la iniciativa es bien conocida, dentro y fuera de Occidente<sup>1</sup>. El proyecto nace en 1994 en la Facultad de

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, C. C. WENDEHORST, «Rezeption deutschen Zivilrechts – Was bleibt übrig im 21. Jahrhundert?», en J. M. Jehle, V. Lipp, und K. Yamanaka (Hrsg.),

Derecho de la Universidad de Trento, bajo el impulso de quienes por aquel entonces eran dos jóvenes estudiosos, brillantes y ambiciosos, que en aquellos tiempos empezaron a compartir un proyecto intelectual además de una gran amistad: Mauro Bussani<sup>2</sup> y Ugo Mattei<sup>3</sup>. Inmediatamente situaron la investigación bajo la guía honoraria de dos grandes figuras de la comparación jurídica del siglo xx: Rudolf B. Schlesinger<sup>4</sup> y Rodolfo Sacco.

Para entender los objetivos y el espíritu del proyecto es necesario, en primer lugar, ubicarlo geográfica y temporalmente en una doble dimensión, espacial y cultural. El *Common Core* surge en el seno de un sector de nicho de la cultura jurídica italiana, con una particular proyección en la dimensión comparada y europea (del estudio) del Derecho. Recordemos que la Facultad de Derecho de Trento, fundada en 1984 por Rodolfo Sacco, ha sido un modelo en Italia y en Europa por el papel que enseguida asumió la enseñanza del Derecho comparado<sup>5</sup>. Los primeros años noventa coinciden con la fase de la primera aceleración de la integración jurídica europea en el sector del Derecho privado y mercantil, impulsada por las instituciones comunitarias –en particular, del Parlamento europeo– a partir de 1989<sup>6</sup>. Lo expuesto conecta inmediatamente

---

*Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht. Zweite Rechtswissenschaftliche Symposium Göttingen-Kansai*, Göttingen, 2008, pp. 19 ss., 28 y nota 50; J. Fu, *Modern European and Chinese Contract Law*, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 30.

<sup>2</sup> Mauro Bussani es catedrático de Derecho comparado en la Universidad de Trieste, Director científico de la International Association of Legal Sciences (IALS-UNESCO) y Profesor Adjunto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Macao, RAE de la RPC.

<sup>3</sup> Ugo Mattei es catedrático de Derecho civil en la Universidad de Turín, Alfred and Hanna Fromm Professor of Derecho Internacional y Comparado en el Hastings College of the Law, Universidad de California y Coordinador Académico del International University College (IUC) de Turín.

<sup>4</sup> R. B. Schlesinger (1906-1996), fue profesor emérito de Derecho en la Universidad de California, Hastings College of the Law y Profesor emérito William Cromwell de Derecho internacional y comparado, Universidad de Cornell. Sobre la vida, personalidad e influencia de esta figura en la disciplina de Derecho comparado véase, al menos, U. Mattei y A. Pradi (dirs.), *Rudolf B. Schlesinger. Memories*, Trento, 2000; U. MATTEI, «The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco: A Study in Legal Influence», en A. RILES (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2001, en cuya p. 240 véase nota 10 para más referencias.

<sup>5</sup> R. Sacco, «L'Italie en tête», en *RIDC*, 1/1995, pp. 131 ss.

<sup>6</sup> *Resolución sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros*, de 26 de mayo de 1989, en *DOCE* C 158 de 26 de junio de 1989, 400; *Resolución sobre la armonización de determinados sectores del Derecho privado de los Estados miembros*, de 6 mayo 1994, en *DOCE* C 205 de 25 de julio de 1994, 518; *Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros*, de 15 de noviembre de 2001, en *DOCE* C 140 del 13 junio 2002, 538; *Resolución sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento «Un Derecho contractual europeo más coherente-Un plan de acción»*, de 2 de septiembre de 2003, en *DOCE* C 76, de 25 de marzo de 2004, 95. Por parte de la Comisión Europea, recuérdese, al menos, las siguientes comunicaciones: *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo*, COM/2001/398final, en *DOCE* L 255 de 13 de septiembre de 2001; *Un Derecho contractual europeo más coherente. Un plan de acción*, COM/2003/68 def., de 12 de febrero de 2003, en *DOCE* C 63 de 14 de marzo de 2003;

el proyecto con los problemas *regionales* de la (entonces) Comunidad (actualmente Unión) europea, en particular con los desafíos derivados de la apremiante necesidad de una integración jurídica de los diversos Derechos nacionales que pudiera (al menos) atenuar los costes de transacción ligados a la diversidad de las reglas privatísticas de los Estados miembros, diversidad que –como es notorio– obstaculiza la formación y el funcionamiento del mercado único<sup>7</sup>. Dentro del perímetro europeo, el desarrollo teórico del posmodernismo jurídico<sup>8</sup> se vincula a los problemas específicos derivados de la integración jurídica europea, y todos estos factores conjuntamente han contribuido a poner en discusión los métodos del análisis jurídico, comparado y no comparado, en los circuitos académicos<sup>9</sup>.

En este clima cultural, el proyecto surge con un objeto de estudio bien preciso y actual: el Derecho privado (y mercantil) de los países de la Unión Europea, y tiene un doble objetivo. En primer lugar, trata de producir un *mapeo* fiable del Derecho privado vigente en los sistemas jurídicos europeos, desvelando las semejanzas y diferencias existentes entre las reglas de las diversas jurisdicciones. Del propio título de la investigación resulta que este mapeo de las reglas existentes tiene por objeto subrayar los elementos comunes

---

*Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro*, COM/2004/651 final, de 11 de octubre de 2004, no publicada en el Diario Oficial. En cuanto al Consejo, recuérdese la *Resolución del Consejo sobre un Derecho contractual europeo más coherente*, de 22 de septiembre de 2003, en *DOCE C* 246 de 13 de octubre de 2003.

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, la *Comunicación de la Comisión Un Derecho contractual europeo más coherente. Un plan de acción*, COM/2003/68 final, cit., en *DOCE C* 63 de 14 de marzo de 2003, p. 7, números 25 y ss.

<sup>8</sup> G. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, N. Y., 1995, especialmente pp. 189 ss. (traducción italiana de C. COLLI, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001); U. MATTEI, «The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco», cit., pp. 238 ss.; U. MATTEI & A. DI ROBILANT, «The Art and Science of Critical Scholarship. Post-Modernism and International Style in the Legal Architecture of Europe», en 75 *Tulane L. Rev.*, 2001, pp. 1053 ss.; A. PETERS & H. SCHWENKE, «Comparative Law Beyond Post-modernism», en 49/4 *ICLQ*, 2000, pp. 800 ss.

<sup>9</sup> Véase, entre otros, J. SMITS, «European Private Law and the Comparative Method», en C. Twigg-Flesner, *THE CAMBRIDGE COMPANION TO EUROPEAN UNION PRIVATE LAW*, CAMBRIDGE, 2010, pp. 33 ss.; E. R. ZIMMERMANN, «Comparative Law and the Europeanization of Private Law», en M. REIMANN & R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2008, pp. 546 ss. (ambos sobre la relación entre Derecho comparado e integración jurídica europea); W. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context*, 2<sup>nd</sup> edn., Cambridge, 2006, p. 46 (sobre la relación entre Derecho comparado e integración jurídica transnacional); R. MICHELS, «The Functional Method of Comparative Law», en M. Reimann & R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., pp. 339 ss., 374 ss. (para algunas críticas constructivas al método funcional); M. BUSSANI, «Integrative Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems», en 8 *ERPL*, 2000, pp. 85 ss. (para una aproximación estratificada al problema de la integración jurídica europea); M. REIMANN, «American Private Law and European Legal Unification: Can the United States Be a Model?», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 3(1996), pp. 217 ss.

entre los Derechos nacionales –el *common core*– y no tanto las diferencias. O, simplemente, la referencia al *núcleo común* del Derecho privado europeo puede ser entendido como expresión del espíritu, compartido por los promotores de la iniciativa, con el que nace el proyecto, impregnado de confianza en la posibilidad de una integración jurídica europea basada en la profundización de los estudios comparatistas de los Derechos de los países europeos.

Téngase en cuenta, no obstante, que el proyecto –atento a la dimensión científica del Derecho comparado– no prefiere cuál será la utilización que se dará a los resultados de la investigación. Esto es lo que quiere expresarse con la idea del mapeo del Derecho privado, que debe entenderse como una operación lo más objetiva y neutral posible. De acuerdo con los iniciadores de la investigación<sup>10</sup>, dicho mapeo debería consistir en una operación conducente a la recogida de un conjunto de datos fiables, resultantes de la aplicación de un método que –como enseguida veremos– combina de manera original la aproximación fáctica de Rudolf Schlesinger con la disociación de los formantes de Rodolfo Sacco, y permite no solo una saludable verificación (y, en su caso, revisión) de los resultados transmitidos por la tradición sino, sobre todo, el logro de nuevos conocimientos.

Lo indicado hasta ahora conduce directamente al segundo objetivo del proyecto, un objetivo ambicioso y a largo plazo. Según Bussani y Mattei, el empleo del específico método de investigación y los resultados del análisis realizado podrán y deberán ofrecer una contribución cognoscitiva y educativa en la materia, indispensable para la formación de una cultura jurídica europea, que puede –quizás, mas no necesariamente– constituir la base para la armonización del Derecho privado europeo, que además se apoye en el éxito en su aplicación<sup>11</sup>.

Existe otra característica importante del *Common Core* que merece ser mencionada; en esta ocasión no se refiere a los aspectos científicos sino a los de carácter operativo, y determina muchas de las condiciones prácticas en las que la investigación se ha desarrollado en el pasado y sigue haciéndolo en la actualidad. Me refiero al dato de que el *Common Core* es un proyecto de carácter privado, fruto de la iniciativa de los académicos que lo han pensado y propuesto, y de los aproximadamente doscientos

<sup>10</sup> El Manifiesto del proyecto se encuentra en M. BUSSANI e U. MATTEI, «The Common Core Approach to the European Private Law», en 3(3) *Columbia J. Eur. L.*, 1997/98, pp. 339 ss. Para una presentación más extensa del proyecto en el marco del debate sobre la construcción de un Derecho privado europeo, véase M. BUSSANI, «Diritto privato europeo», en *Enc. Dir., Annali*, vol. II, 2, Milano, 2008, p. 442 s., donde pueden encontrarse más referencias.

<sup>11</sup> Véase autores y obras citados en la nota anterior.

estudiosos que hasta hoy comparten con entusiasmo las aspiraciones del mismo, y que participan –haciéndose cargo de sus gastos– en el mismo, procediendo de universidades y centros de investigación de toda Europa, así como de muchas jurisdicciones extraeuropeas<sup>12</sup>. En el curso de los veinte años de vida del proyecto, la iniciativa en algunos casos ha recibido financiación: en ocasiones, a través de fondos europeos; en otras, a través de financiación nacional o local, destinada en su mayoría a cubrir los costes de los encuentros anuales que se han llevado a cabo primero en Trento y, a partir de 2007, en Turín, en el seno del entonces recién nacido *International University College* dirigido por Ugo Mattei<sup>13</sup>. Es verdad que en los últimos años la financiación ocasional se ha reducido de modo drástico, ya que nos encontramos en una fase de acentuada escasez de recursos para la investigación que afecta a toda la universidad italiana. Por lo demás, lo que interesa destacar aquí es que el proyecto va adelante exclusivamente gracias a la pasión de los estudiosos que participan en el mismo y a la fama que tiene a nivel internacional. Pasión de los académicos y resonancia internacional de la investigación que solo se explican a la luz de dos factores, uno científico y otro humano. De un lado, cuentan las promesas científicas de la iniciativa, aseguradas por un método de análisis de los datos jurídicos sólido y original; de otro lado, es importante también la dimensión relacional-educativa-social del *Common Core* como lugar ideal para compartir e intercambiar experiencias y conocimientos entre académicos procedentes de diversas culturas y lenguas jurídicas, que ha sabido ofrecer un importante punto de formación y cohesión a, como mínimo, dos generaciones de estudiosos.

El presente trabajo quiere profundizar principalmente en los dos factores recién indicados, con el propósito de entender el significado de la investigación, su relación con la cultura jurídica italiana y europea, su impacto sobre el sector científico de referencia y, más aún, con el fin de tratar de transmitir al lector esa inestimable mezcla entre ciencia y calidad humana de los estudiosos que la practican y que –tal como sucede en el caso de cualquier «aventura» científica<sup>14</sup>– desde sus orígenes remotos no solo ha permitido el éxito, sino que también ha generado los límites de esta extraordinaria empresa.

<sup>12</sup> La lista de participantes en el proyecto está disponible en: <http://www.common-core.org/>.

<sup>13</sup> Véase el sitio de esta institución: <http://www.iuctorino.it>.

<sup>14</sup> Sobre estos aspectos, *cfr.* F. BARONE, *Le immagini filosofiche della scienza*, Bari, 1983 (en particular, cap. III, «Fantasia e scienza in Keplero», pp. 59 ss.).

## 2. A HOMBROS DEL GIGANTE; LEGADOS Y RECURSOS DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA

El proyecto *Common Core* nace con la declarada intención de continuar y profundizar las actividades y los resultados de la experiencia científica de dos grandes figuras de la comparatística del siglo xx, el profesor R. B. Schlesinger, de la Universidad de Cornell, EE. UU. y el profesor Rodolfo Sacco, de la Universidad de Turín, que han sido declarados editores honorarios de la iniciativa. Resulta por lo tanto oportuno esbozar el significado de estas dos personalidades en el ámbito de la comparación jurídica que se practica en el proyecto *Common Core*. De hecho, en los manifiestos de la investigación, sus iniciadores subrayan con fuerza —es más, reivindicán con orgullo— una genealogía precisa del proyecto, empleando la conocida metáfora de Newton del «enano a hombros del gigante», con el fin de ubicar la iniciativa en el contexto de la tradición a la que pertenece y de explicitar la aproximación que el proyecto ha escogido frente a la tradición<sup>15</sup>.

En el contexto histórico cultural en el que nace esta imagen<sup>16</sup>, se utiliza para describir una relación con la tradición (en particular, de los autores clásicos o antiguos frente a los modernos) que no es unívoca. En la Edad Media, la aproximación de Bernardo de Chartres a la tradición «preveía una amplia variedad de actitudes, desde el culto más encendido al rechazo radical; y, sin embargo, tanto en el culto como en el rechazo, aquella relación expresaba un diálogo vivo con los predecesores, su presencia activa en el horizonte cultural de la Edad Media»<sup>17</sup>. Una relación abierta, por tanto, donde la autoridad no cristalizaba en el dogma, sino que venía analizada a la luz de la inteligencia y de la necesidad de la modernidad. La traducción de esta imagen y de su significado en el contexto de la comparación jurídica abre una ventana interesante hacia la actitud de los promotores del proyecto *Common Core* en relación con la

<sup>15</sup> «If I have seen further it is by standing on the shoulders of giants»: Letter to Robert Hooke (Feb. 5, 1676), en 1 *Correspondence of Isaac Newton* 416 (H. W. Turnbull ed., 1959) citado por M. BUSSANI y U. MATTEI, «The Common Core Approach to European Private Law», en 3/3 *Col. J. Eur. L.*, 1997/98, p. 339 ss., 340.

<sup>16</sup> Debe recordarse que la primera formulación de la metáfora del «enano a hombros de gigantes» se remonta a un aforismo transmitido a través del *Metalogicon* (1159) de Juan de Salisbury (libro III, cap. 4, 45 ss.): «Decía Bernardo de Chartres que somos como enanos a hombros de gigantes. Podemos ver más, y más lejos que ellos, no por la agudeza de nuestra vista ni por la altura de nuestro cuerpo, sino porque somos levantados por su gran altura». El pasaje se encuentra aludido en una abundante bibliografía; véase, por ejemplo, J. LE GOFF, *Gli intellettuali nel Medioevo*, Milano 2008, ed. or. 1985, p. 24; P. RICHIÉ, J. VERGER, *Nani sulle spalle di giganti: maestri e allievi del Medioevo*, Milano, 2011.

<sup>17</sup> M. GIANSAnte, «Giganti e nani. Gli antichi e i moderni in una metafora medievale», en 1 *Quaderni del M. AE. S.*, 12-13 (2009-2010), pp. 137-150.

tradición jurídica que les precede: de un lado, el respeto a las autoridades; de otro, la convicción de poder andar más allá, para dar un paso adelante en relación con el estado del arte. En particular, este convencimiento de poder alcanzar la originalidad fue el sentido atribuido por Newton a la metáfora del enano y del gigante, por lo que no es casualidad que sea justamente la versión newtoniana del aforismo la que suele citarse en las introducciones al proyecto<sup>18</sup>.

Por tanto, se trata de entender la herencia científica de la que parte nuestra iniciativa. A tal fin es necesario arrancar, necesariamente, de la figura de R. B. Schlesinger. En los afectuosos recuerdos de Ugo Mattei<sup>19</sup> y Ulrich Drobnig<sup>20</sup> –el primero, discípulo y sucesor de Schlesinger en la cátedra de Derecho comparado de Hastings; el segundo, su asistente con ocasión de los famosos seminarios de Cornell–, se aprecia cómo la impresionante aportación de Rudi Schlesinger a la comparación jurídica ha sido posible gracias a una serie de circunstancias afortunadas que lo han forjado (como hombre y) como jurista; de una parte, en perfecta sintonía con dos de las más representativas culturas jurídicas del mundo occidental; de la otra, con particular atención a la dimensión aplicativa del Derecho.

Nacido en Alemania (en Munich) de padre americano –de profesión abogado– adquirió la ciudadanía estadounidense *ius sanguinis*. Pasó sus años de formación en Alemania y se licenció en Munich superando el primer *Staatsexam* con la máxima calificación. Por su condición de judío, cuando el nazismo llegó al poder en 1933, se le negó el derecho a realizar el segundo examen de estado, pero se le permitió realizar la tesis de doctorado –la *Promotion* alemana–, si bien tuvo que terminarla en dos semanas por temor a que se negase a los estudiantes judíos el derecho de obtener el doctorado. En esa ocasión, Schlesinger escogió como director a un profesor –Rudolf Müller-Erbach– que, junto a Rudolf von Ihering, estuvo entre los promotores de la *Interessenjurisprudenz*<sup>21</sup>. No es casualidad que, bajo la guía de aquel, Schlesinger escribiera un trabajo sobre la interpretación por parte de los tribunales de la

<sup>18</sup> M. BUSSANI y U. MATTEI, «The Common Core Approach to European Private Law», en 3/3 *Col. J. Eur. L.*, 1997/98, pp. 339 ss., nota 8.

<sup>19</sup> U. MATTEI, «The Copernican Revolution in Legal Scholarship. In Loving Memory of Rudolf B. Schlesinger», en 20 *Hastings Int. & Comp. L. Rev.*, 1997, pp. 23 ss.

<sup>20</sup> U. DROBNIG, «A Memorial Address for Rudolf Schlesinger», en M. BUSSANI y U. MATTEI, eds., *Making European Law. Essays on the 'Common Core' Project*, Trento, 2000, p. 5 ss. Ulrich Drobnig es Director emérito del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht de Hamburgo, Alemania.

<sup>21</sup> Con títulos como *Lassen sich das Recht und das Rechtsleben tiefer und sicherer umfassen?*, Berlin: DUNKER & HUMBLOT, *Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes*, Jena: Fisher, 1913; *Die Hinwendung der Rechtswissenschaft zum Leben und was sie hemmt*, Mohr, Tübingen, 1939.

cláusula general del § 1 de la Ley contra la competencia desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*), que prohibía «acciones contrarias a las buenas costumbres (*Verstoß gegen die guten Sitten*)». Obtuvo la máxima calificación por dicho trabajo, y le dieron la tercera *summa cum laude* que hasta entonces se había otorgado en la Universidad de Munich. Cuando, hacia finales de 1938, abandonó Alemania con su familia y se trasladó a Nueva York huyendo del nazismo, era todavía lo suficientemente joven como para empezar a frecuentar la Columbia Law School, donde destacó enseguida, convirtiéndose en *Editor in Chief* de la *Columbia Law Review*, para después convertirse en *clerk* del *Chief Judge* Lehman de la *Court of Appeals* de Nueva York; de ahí, pasó a ser abogado de éxito en un conocido bufete de abogados en Wall Street. En 1948, Schlesinger empezó a enseñar *Comparative Law* en la Universidad de Cornell. El curso empezó como una rareza; de hecho, se trataba de una novedad exigida por los estudiantes, mas enseguida alcanzó un éxito tremendo, lo que no resulta de extrañar dado que Schlesinger se encontraba particularmente cualificado para esa tarea: se encontraba en la extraordinaria situación de haber recibido una primera formación jurídica en uno de los sistemas más representativos del *civil law*, en cuyo ámbito –y esto debe subrayarse– las aproximaciones dogmáticas tradicionales y formales se habían visto acompañadas por los métodos innovadores y anti-formalistas de la *Interessenjurisprudenz*, atenta al momento aplicativo del Derecho. A esta primera fase de formación se unió, por necesidad, una segunda *legal education*, en esta ocasión estadounidense, seguida de la actividad práctica como abogado de alto nivel<sup>22</sup>. Se entiende así que Schlesinger brillara a la hora de conectar el Derecho sustantivo con el Derecho procesal en las distintas experiencias jurídicas en las que se movía con familiaridad<sup>23</sup>. Sobre esta base de partida –absolutamente privilegiada–, logró construir los fundamentos de un edificio nuevo, hasta entonces ausente del panorama académico estadounidense (y no solo); esto es, el Derecho comparado entendido como ciencia que vive de la constante confrontación entre Derecho sustantivo y procesal, entre dogmas y reglas operati-

<sup>22</sup> Cfr. U. MATTEI, «*Laudatio*» pronunciada con ocasión de la concesión del doctorado *honoris causa* a Rudolf B. Schlesinger por la Universidad de Trento, Trento, 8 de marzo de 1995, disponible en: [http://web.unitn.it/files/download/1313/Schlesinger\\_laudatio%20Mattei.pdf](http://web.unitn.it/files/download/1313/Schlesinger_laudatio%20Mattei.pdf).

<sup>23</sup> Según el testimonio de U. DROBNIG, *A Memorial Address*, cit., p. 7. Se plantea si el éxito del método de Schlesinger depende de sus cualidades intelectuales y de su cultura jurídica o bien si, y en qué medida, es transmisible, como método eficaz de trabajo, a juristas carentes de la misma experiencia y calidad. Véase GROSSWALD CURRAN, «On the Shoulders of Schlesinger: The Trento Common Core of European Private Law Project», en *ERPL*, 1/2003, pp. 66 ss., 69 ss.

vas, y en esto a mitad de camino, o quizás en una posición anómala, respecto de la tradicional oposición entre teorías del derecho formal y anti-formal<sup>24</sup>.

Como es notorio, entre 1957 y 1968 Schlesinger fundó y presidió, en la Universidad de Cornell, su proyecto *Common Core*, dirigido a desarrollar el Derecho comparado para la ciencia. Schlesinger observaba<sup>25</sup> que las investigaciones comparativas de las principales corrientes de la época se centraban fundamentalmente en temas de investigación muy específicos y tenían naturaleza bilateral, o bien, aun cuando analizaran un cierto número de sistemas jurídicos, se limitaban a una yuxtaposición entre ellos, sin llevar a cabo una verdadera comparación (*true comparison*). En consecuencia, sus resultados eran necesariamente modestos. Por el contrario, de acuerdo con su visión, el estudio científico del Derecho comparado, que es el estudio de la reglas que gobiernan la sociedad al nivel más alto, tenía que ser multilateral e involucrar a un amplio número de estudiosos de distinta procedencia. Solo así sería posible descubrir los «principios generales del derecho», esto es, lo que más adelante llamó el *common core* del Derecho de las distintas naciones<sup>26</sup>.

Por supuesto, este objeto de estudio necesitaba un nuevo método; exigía reunir a un importante número de estudiosos para que dialogaran sobre las reglas en una dimensión multilateral. Ante la alternativa de usar, como vehículo del estudio multilateral de las reglas, conceptos jurídicos abstractos o problemas de la vida real, escogió la segunda vía, lo que no resulta extraño teniendo en cuenta su formación. En primer lugar, Schlesinger aplicó al Derecho el método casuístico de análisis (*factual approach*), desarrollado a principios del siglo XX por autores como Malinowski, Llewellyn, y Hobel, y que hoy en día sigue siendo el más productivo de los métodos de investigación<sup>27</sup>. Decidió analizar la dimensión jurídica de los fenómenos empíricos distinguiendo, en estos últimos, unos

<sup>24</sup> Es cierto que hoy en día la comparación se concibe como ciencia antiformalística (así es como sitúa el propio Sacco su comparación en la *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, p. 52 «la comparazione ha natura opposta alla dogmatica: questa propone definizioni; quella si misura con dati reali»), pero el antiformalismo del Derecho comparado al estilo de Sacco no renuncia a asumir la dimensión dogmática y formal como formante y a incluirla, por tanto, entre los objetos de estudio, a la par de otros elementos formativos del Derecho.

<sup>25</sup> R. B. SCHLESINGER (gen. ed.), *Formation of Contracts. A Study of the Common Core of Legal Systems*, vol. I, N. Y., 1968, p. 2 y ss.

<sup>26</sup> Las explicaciones sobre la elección de esta expresión se encuentran en R. B. SCHLESINGER y P. BONASSIES, «Le fonds commun des systèmes juridiques – Observations sur un nouveau projet de recherches», en 15 *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1963, 501 ss., 512-522.

<sup>27</sup> U. MATTEI, «The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco», cit., p. 243; E. GRANDE, «L'apporto dell'antropologia alla conoscenza del diritto. Piccola guida alla ricerca di nuovi itinerari», en 14 *RCDP*, 1996, pp. 467 ss.

subelementos, «*units which constitute the facts of a case*». En la preparación de estas unidades fácticas fue ayudado por Ulrich Drobnig y, más adelante, por un joven colega de este último<sup>28</sup>. Se encuentra aquí el origen del cuestionario fáctico (el *Working Paper* del Seminario de Cornell), es decir, del cuestionario, que no estaba formado por preguntas teóricas sino por casos prácticos, en los que el actor se enfrenta al demandado y donde hay una demanda judicial en la que existe un *petitum* determinado, en los que la afirmación de un derecho viene negada por la contraparte. Quien responde el cuestionario debe resolver el caso práctico de acuerdo con las reglas del sistema jurídico de procedencia, desarrollando al mismo tiempo el doble papel de juez imaginario del caso y de autor llamado a explicar las razones técnicas y de cultura jurídica de apoyo a la solución propuesta. Recordemos que, de acuerdo con la intención original de Schlesinger, el método fáctico debía aplicarse al Derecho de obligaciones y contratos, un sector amplio y de fundamental importancia desde el punto de vista del tráfico transnacional<sup>29</sup>.

Se observa, pues, que en las ideas y en los objetivos que laten en la base de la investigación de Schlesinger se pone de manifiesto la fe universal típica del momento del primer Congreso de Derecho comparado de París (1900). Se trataba de una fe en la posibilidad de hacer comparación a alto nivel y de alcanzar resultados ambiciosos, pero que, sin embargo, pronto chocó con una realidad llena de obstáculos, nobles y menos nobles. Entre los menos nobles puede apuntarse que Schlesinger no disponía de una secretaría, ni de un instituto que apoyase su investigación con financiación, medios y personal *ad hoc*. Sin embargo, gracias a sus excelentes dotes organizativas, Schlesinger consiguió una ingente cantidad de fondos para las reuniones de Ithaca; Drobnig recuerda<sup>30</sup> que la *Ford Foundation* aportó un millón de dólares, pero que luego el sponsor perdió interés hacia el proyecto. Probablemente se consideró que los resultados eran demasiado exigüos en proporción a la duración y al costo de la actividad de investigación: el famoso primer y único libro en dos volúmenes sobre un tema (importante pero) limitado como es el relativo a la formación del contrato<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Se trataba del Dr. Herbert-Jürgen Gündisch, asistente procedente también del Max-Planck Institut de Hamburgo, posteriormente abogado de éxito y juez del *Hamburgisches Verfassungsgericht*, el más alto órgano jurisdiccional de la *Freie Hansestadt Hamburg* durante 26 años.

<sup>29</sup> Sobre el método comparativo de SCHLESINGER véase también su «The Past and Future of Comparative Law», 43 *American J. Comp. L.*, 1995, pp. 43 ss.

<sup>30</sup> U. DROBNIG, *A Memorial Address*, cit., p. 11 s.

<sup>31</sup> R. B. SCHLESINGER & P. BONASSIES (gen. eds.), *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana; London, Stevens, 1968, 2 volúmenes.

Los obstáculos prácticos con los que tropezó el proyecto de Schlesinger muestran cómo esta gran figura ha dejado en herencia a los estudiosos italianos que desarrollarán el proyecto *Common core* un método de investigación innovativo y promitente, pero difícil de poner en práctica, tanto entonces como hoy en día, teniendo en cuenta la realidad que se vive en las universidades europeas e italianas.

### 3. APORTACIONES ITALIANAS AL PROYECTO. RODOLFO SACCO Y EL MÉTODO DE LA DISOCIACIÓN DE LOS FORMANTES DEL DERECHO

La primera aportación italiana a las raíces del proyecto *The Common Core of European Private Law* se apoya en el método de análisis jurídico desarrollado por la escuela comparatística italiana; en concreto, por parte de su fundador, Rodolfo Sacco. Se trata, por supuesto, de la denominada disociación de los formantes del Derecho<sup>32</sup>. En realidad, para recorrer la conexión entre la experiencia de Schlesinger y la cultura jurídica italiana en la que ha trabajado Rodolfo Sacco, es útil mencionar de entrada la figura crucial de otro gran estudioso italiano, Luigi (Gino) Gorla<sup>33</sup>.

Profesor de Derecho civil en Cagliari desde 1934 (y profesor de Derecho comparado en Roma solo desde 1960, sucediendo en la cátedra a Tullio Ascarelli) era poco ortodoxo respecto del formalismo alemanizante que imperaba en la cultura jurídica italiana de la época. Se había formado en la escuela del formalismo conceptual (se licenció en 1928 en la Universidad estatal de Milán, con una tesis de licenciatura dirigida por Emilio Betti sobre «El concepto general de adquisición en el Derecho civil italiano», y enseguida empezó a trabajar como abogado) y su primera producción científica estaba casi<sup>34</sup> perfectamente en línea con los cánones de la civilística dominante<sup>35</sup>, pero renegó sucesivamente de esta forma de aproximación y comenzó a buscar métodos alternativos de obser-

<sup>32</sup> R. SACCO, «Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (installments I and II)», 39 *American J. Comp. L.*, 1991, pp. 1 ss. (I); pp. 344 ss. (II); Id., *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 43 ss.; R. SACCO e A. GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, 3a ed., 2008, Torino, pp. 4 ss.

<sup>33</sup> 1909-1992; fue profesor de Derecho comparado en Roma y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alejandría, Egipto.

<sup>34</sup> Desde muy pronto, Gorla mostró una latente insatisfacción por el conceptualismo formal; y es que no podía ser de otra manera para un conocedor de la Historia del Derecho. La comisión juzgadora que en 1937 le concedió la cátedra de Derecho civil expresó «reservas de método».

<sup>35</sup> *Le garanzie reali dell'obbligazione. Parte generale*, Milán, 1935.

var el Derecho ¿Cómo lo hizo? Entre otras cosas, viajando, casi siguiendo los pasos de un autor al que admiraba profundamente: Alexis de Tocqueville<sup>36</sup>. Entre 1948 y 1949, Gorla estuvo en los Estados Unidos, donde visitó numerosas *Law Schools*. Este recorrido lo llevo hasta Ithaca-Cornell University, donde conoció a Schlesinger y se sintió atraído por la personalidad del estudioso y por su método, la aproximación factual. Gorla participó activamente en los Seminarios de Cornell. Su original trabajo monográfico sobre el contrato, publicado en 1955<sup>37</sup> y considerado «nuestra primera monografía comparativística de gran envergadura»<sup>38</sup> es, sin duda, fruto de una mente brillante, entrenada en el estudio histórico del Derecho, profundamente conocedora de las aproximaciones americanas y habituada al método factual de Schlesinger.

No es casualidad que este trabajo despertara el interés del joven Rodolfo Sacco, por entonces docente de Derecho privado en Trieste (desde 1956); fue allí, en el año 1958 y en la Facultad de Económicas, donde por primera vez enseñó Derecho privado comparado. En ese curso tuvo la oportunidad de probar el método de Gorla con los estudiantes. Sacco no había participado en la investigación de Cornell, no estaba –en esa época– familiarizado con el *common law*, ya que había sido educado en la dogmática pura; además, el inglés no era su primer idioma extranjero<sup>39</sup>. Sin embargo, el método de Gorla y la aproximación de Schlesinger ejercieron un profundo efecto sobre sus reflexiones. Tanto es así que en años posteriores el mismo Sacco afirmó –pecando de modestia– que las raíces de su pensamiento se remontan a la obra de estos dos grandes juristas, además de a la de R. David<sup>40</sup>. Así fue como Sacco formuló su teoría de los formantes del Derecho<sup>41</sup>; es verdad que lo hizo reco-

<sup>36</sup> *La démocratie en Amérique*, 2 volúmenes, Paris, 1835, 1840.

<sup>37</sup> *Il Contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, 1955.

<sup>38</sup> T. ASCARELLI, «Il contratto di Gino Gorla», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 924.

<sup>39</sup> R. SACCO, *Che cos'è il diritto comparato?*, dir. por P. Cendon, Milano, 1992, p. 71 y U. MATTEI, «The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco: A Study in Legal Influence», en A. RILES (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, 2001, pp. 238 ss., 246; R. SACCO, «Souvenirs d'un vieux comparatiste», en *ZEuP*, 4/2002, pp. 727 ss.

<sup>40</sup> R. SACCO, *Che cos'è il diritto comparato?*, cit., p. 27 s.; 83. Aquí, Sacco, hablando de su contribución a la comparación, dice de sí mismo: «En cuanto a mí mismo, no creo haber dado nada a la ciencia. He sido [...] un notario, que ha puesto por escrito –con neologismos, en los casos necesarios– lo que han descubierto R. David, R. Schlesinger y G. Gorla. He tenido que hacerlo porque los tres maestros de los que he aprendido curiosamente –curiosísimamente– han olvidado indicar, al final de su obra, las fórmulas que les han dado la victoria y en las que se insertan los mágicos resultados de sus investigaciones» (pp. 284 y ss.).

<sup>41</sup> Inicialmente, la teoría aparece en «Définitions savantes et droit appliqué dans les pays romanistes», en *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1965, p. 827 ss., donde sin embargo no figura la expresión «formantes del Derecho». La tesis fue desarrollada de forma más completa en un

giendo la herencia de estas grandes figuras, pero también elaborando a partir de ella los resultados como pocos hubieran sabido hacer<sup>42</sup>, de manera original e innovadora<sup>43</sup>, refinada y absolutamente cautivadora.

Como es notorio, en la teoría de Sacco los «formantes del Derecho» son los elementos que componen el Derecho y que son objeto de estudio de la comparación jurídica. Las etapas teóricas en las que se desarrolla la teoría son propuestas por Sacco<sup>44</sup> en la secuencia que se expondrá a continuación.

En primer lugar, la teoría de los formantes parte de una profundización en la noción de norma jurídica, entendida como objeto de la comparación, que no puede quedar limitada a la norma legal. Sacco pone de manifiesto que el jurista nacional está habituado a pensar en la unicidad de la regla de Derecho aplicable a un supuesto de hecho concreto, presuponiendo una equivalencia necesaria entre las reglas enunciadas por los distintos actores del Derecho, que en el discurso del jurista tienden a ser consideradas diferentes: la ley, la doctrina, la jurisprudencia. Si bien el jurista positivista puede reconocer, por lo general, que a veces estas reglas no coinciden la una con la otra, sin embargo tiende a justificar esta falta de equivalencia recurriendo a la idea del error de interpretación, porque solo una de estas reglas, y solo una de entre las varias interpretaciones posibles, debe ser exacta para el jurista doméstico, llamado a proteger la observación formal del dogma de la certeza del Derecho. Sin embargo, Sacco pone de relieve que no existe, en realidad, un criterio de coherencia lógica

---

informe presentado en Teherán en 1974, en la Academia Internacional de Derecho comparado («Les buts et les méthodes de la comparaison du droit», in *Rapports Nationaux Italiens au IX Congrès International de Droit comparé, Téhéran 1974*, 1974, p. 113 ss.), y se difundió, sobre todo, con la *Introduzione al diritto comparato* de 1980, que es cuando Sacco recurre al término «formante», trayéndolo desde la fonética (p. 46, nota 1). La primera traducción al inglés de su tesis fue obra de J. Gordley para la *American Journal of Comparative Law* en 1991 (cfr. *supra*, nt. 32). Para una discusión teórica de la teoría de los formantes del Derecho, véase R. SACCO y P. G. MONATERI, «Legal formants», en J. EATWELL a.o. (eds.), *The New Palgrave. A Dictionary of Economics and the Law*, London, 1998.

<sup>42</sup> Según el testimonio directo de U. Mattei, cuando en 1987 Mattei empezó a asistir a las clases de Schlesinger en Hastings y mencionó el nombre de Sacco, Schlesinger respondió con esta frase: «*that man understood more of the Cornell common core methodology than I did*»: U. MATTEI, «The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco», cit., p. 248.

<sup>43</sup> Nadie está más legitimado que Ugo Mattei –que ha sido discípulo tanto de Sacco como de Schlesinger– para indagar acerca del alcance exacto de la deuda de Sacco con Schlesinger. Usando incluso fuentes personales de primera mano, no publicadas, Mattei afirma que es imposible determinar hasta dónde llega la deuda de Sacco frente a Schlesinger. Según Mattei, parece que Sacco leyó relativamente tarde la obra de Schlesinger (analizó el método del proyecto de Cornell para la *Rivista di diritto civile* en 1972: «Un metodo di lavoro nuovo. I Seminari di Cornell», pp. 172 ss.), y fue entonces cuando encontró una confirmación para teorías que había empezado a elaborar autónomamente: cfr. U. MATTEI, *The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco*, cit., pp. 238 ss.

<sup>44</sup> R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 43 ss.

que imponga esta igualdad, que por otra parte no sería más que una (quizás tranquilizadora) ficción del positivismo del jurista. Por el contrario, Sacco expone que este *iter* lógico no puede ser utilizado por el comparatista: «Cuando comparamos, no somos competentes para casar las soluciones extranjeras porque deriven de «interpretaciones equivocadas». Al mismo tiempo, la toma en consideración de varios sistemas nos permite observar que los formantes pueden comportarse de manera diferente en el interior de cada sistema»<sup>45</sup>. Según Sacco, el objeto de la comparación no puede ser solo la ley, ni tampoco solo la jurisprudencia. «Conocer un ordenamiento no significa conocer cómo se han resuelto los problemas que se han presentado en el pasado; también significa conocer cuáles son los datos, presentes en la actualidad, que podrían ser determinantes para solucionar los casos que pudieran plantearse ahora o en el futuro inmediato. A tal fin es preciso aclarar cuáles son las tendencias de la jurisprudencia y considerar las influencias a las que está sujeto el juez. Tales influencias pueden tener orígenes muy diversos: por ejemplo, innovaciones doctrinales acompañadas de un amplio consenso. Para saber cuál es el impacto de estas posibles influencias sobre el juez, necesitaremos conocer al juez: así, tendremos que analizar su procedencia, ya que un juez formado en la universidad tenderá a dar mayor importancia a la doctrina que un juez formado en los tribunales»<sup>46</sup>. De nuevo según Sacco, «la comparación nos ofrece un terreno muy amplio en el que nosotros, después de haber descompuesto cada sistema jurídico, reduciéndolo a una serie de formantes diferentes, podremos establecer cuál es el grado de disociación de los formantes y, sobre todo, en qué medida las fuentes formales de un país, el Derecho que en él se aplica y el conocimiento que los juristas tienen del propio sistema, son concordantes»<sup>47</sup>.

Las palabras del Maestro muestran cómo el estudio de los formantes del Derecho y de sus interacciones recíprocas permiten individualizar los factores que influyen en las reglas operativas, poniendo de manifiesto el peso ejercitado por las distintas opciones interpretativas (basadas en las interpretaciones doctrinales, en el análisis de los precedentes judiciales, etc.) sobre el Derecho aplicado.

Por otra parte, la noción de formante del Derecho no puede ser considerada únicamente un eficaz neologismo, acuñado a partir de una vieja distinción entre ley, jurisprudencia y doctrina. Al contrario: la noción que estamos examinando permite verbalizar un dato de fondo crucial, según el cual la regla de Derecho que puede ser

<sup>45</sup> R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 47.

<sup>46</sup> R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 47 s.

<sup>47</sup> R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 49.

invocada para resolver un problema de la vida real nunca es uniforme cuando proviene de una de estas varias fuentes del Derecho. Y aún hay más: no es solo que la regla doctrinal pueda no coincidir con el enunciado de la ley, o con la regla jurisprudencial; es que en el interior de cada una de estas fuentes del Derecho existen discrepancias entre la regla enunciada y la practicada, es decir, entre lo que la doctrina sostiene y la solución operativa que se alcanza<sup>48</sup>; entre lo que la ley afirma a nivel de principio general y el resultado práctico al que se llega a través de las reglas de detalle<sup>49</sup>; entre el resumen (*la massima*)<sup>50</sup> de la sentencia y la verdadera *ratio decidendi* aplicada por el juez para resolver el caso<sup>51</sup>. Cada una de estas distintas voces compite con la otra. Y se explica así que, disociando los formantes del Derecho, se pueda repasar el diálogo entre las varias opciones interpretativas para identificar cuál es la que asume el liderazgo para resolver cada uno de los problemas fácticos. Naturalmente, el resultado de esta competición puede variar de un sector del Derecho a otro, al igual que ocurre entre uno y otro sistema jurídico; el diverso resultado de la competición entre formantes se aprecia especialmente cuando se observa el distinto liderazgo que existe en el *common law* y en el *civil law*.

Como puede apreciarse, el análisis disociado de los formantes implica un análisis dinámico del Derecho –así lo han querido entender los americanos<sup>52</sup>–. Esta aproximación ha alcanzado un

<sup>48</sup> Por ejemplo, en la doctrina alemana, que ha construido el principio de abstracción como principio que regula la transmisión de la propiedad, se llega a plasmar –en ciertos casos de especial gravedad de defecto de la causa de enajenación– una importante derogación de la operatividad de este principio, recurriendo a las figuras de la *Fehleridentität*, de la *Bedingungszusammenhang* y de la *Geschäftseinheit*: H. H. SEILER, *Sachenrecht – Allgemeine Lehren*, in *Staudingers Kommentar zum BGB, Eckpfeiler des Zivilrechts*, Neubearb. Berlin, 2012/2013, pp. 1119 ss., RdNr. 54 ss., 1135 ss.

<sup>49</sup> Pensemos en la necesaria bilateralidad del consentimiento para la formación del contrato exigida por el artículo 1104 CC (italiano) de 1865, de la que se aparta el artículo 36, párrafo último, del CCom (italiano) de 1882, que admite la formación unilateral de la promesa no condicionada a una contrapromesa (*ripromissione*); del segundo deriva el actual artículo 1333 CC italiano, que consagra el contrato de formación unilateral: R. SACCO, *Introduzione*, cit., p. 84 s.

<sup>50</sup> N. de la T.: la *massima* es la parte de la sentencia (no oficial, porque no es obra del juez sino de quien elabora los repertorios) que resume el principio jurídico aplicado por los jueces para decidir; en muchas ocasiones, la verdadera *ratio decidendi* no resulta de este resumen, sino que es necesario leer todo el texto, en cuyo caso se habla de *massima mentitoria* (véase nota siguiente).

<sup>51</sup> Sobre el fenómeno de la llamada «*massima mentitoria*» (vid. nota anterior), eficaz expresión de Sacco que en realidad se debe a P. G. Monateri, por entonces joven estudiante de Rodolfo Sacco (vid. R. Sacco, *Che cos'è il diritto comparato?*, cit., p. 4), véase R. SACCO, «La *massima mentitoria*», in G. Visintini (dir.), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente. Atti del convegno promosso dall'Istituto di diritto privato della Facoltà di Giurisprudenza in collaborazione con la Rivista Contratto e Impresa*, Padova, 1988, pp. 93-98.

<sup>52</sup> Así resulta del título de la traducción americana de la teoría de los formantes de SACCO: «Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law», cit. *supra*, nota 32.

resultado –verdaderamente copernicano en la ciencia jurídica– que cambia de manera radical la representación conceptual de la arquitectura jurídica. Con Sacco se ha pasado de la pirámide de Kelsen, en la que las fuentes del Derecho están ordenadas jerárquicamente y de manera rígida, de arriba hacia abajo, a una idea del Derecho difícil de representar gráficamente, entendido como una competición dinámica entre elementos formativos de diferente naturaleza y procedencia, con diversas modalidades de combinación, que no dependen de criterios lógicos sino de circunstancias empíricas, con frecuencia –lo que es más interesante y relevante aún– metajurídicas<sup>53</sup>: la historia de una determinada comunidad, la existencia de rutinas en un cierto sector del Derecho, la prevalencia de los intereses de algunas profesiones jurídicas sobre consideraciones de política general, el tipo de educación jurídica recibida por los intérpretes del caso, de la que depende la tasa de respeto del juez en relación con la doctrina o con los precedentes, mas también la preferencia del Derecho informal sobre el formal, o el papel de lo sagrado en el Derecho. Y los ejemplos podrían ser muchos más.

Si quisiéramos proponer una representación gráfica de la teoría de Sacco, podríamos aprovechar la sugerencia que nos ofrece el propio autor a la hora de ilustrar los resultados de la aplicación de su propuesta metodológica al análisis comparativo de los problemas relativos, por ejemplo, a la formación del contrato unilateral, a la enajenación de la propiedad de los bienes muebles o al elemento objetivo del ilícito extracontractual<sup>54</sup>. En estos análisis, la representación de la interacción entre formantes del Derecho y, en particular, entre la letra de la norma y las reglas operativas, entre reglas verbalizadas y reglas latentes, emplea la circunferencia como imagen que permite colocar a todos los elementos formativos a un nivel de paridad equivalente entre ellos, y de indicar tanto la medida de la recíproca cercanía o lejanía (a través de cambios de ubicación señalados sobre el perímetro de la circunferencia), como la eventual coincidencia de resultados (recurriendo, en tal caso, a la intersección de las circunferencias, que de este modo llegan a identificar conjuntos comunes).

También el recurso a la noción de estructuralismo, que se ha usado para ubicar la teoría de Sacco en el contexto cultural y científico del tiempo en el que la maduró, tiene el valor de ilustrar –en este caso, también en una gráfica imaginaria– la ruptura entre el paradigma tradicional y la concepción nueva del arquitrabe jurídi-

<sup>53</sup> Cfr. E. GRANDE, «Development of Comparative Law in Italy», en M. REIMANN & R. ZIMMERMANN (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2008, p. 107 ss., 115.

<sup>54</sup> R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 65.

co que nos ofrece el maestro. La disociación de los formantes de Sacco, por tanto, se dirige a estudiar un sistema observando los elementos que componen su estructura<sup>55</sup>. Esta teoría, junto al análisis histórico del Derecho<sup>56</sup>, al funcionalismo de Zweigert y Kötz<sup>57</sup>, y a las propuestas del propio Schlesinger<sup>58</sup>, se considera el fundamento metodológico de la moderna comparación jurídica en Occidente<sup>59</sup>.

Llegados a este punto, merece hacer una breve profundización en la constante relación entre Derecho y dimensión metajurídica a la que se ha hecho referencia antes, con el fin de transmitir correctamente el alcance del método de Sacco.

Se ha observado<sup>60</sup>, en este sentido, que en su origen, la disociación de los formantes tenía por objeto ilustrar cómo la solución aplicada por el juez no derivaba directamente de la ley, sino que podía deberse a otros factores, por lo general de naturaleza interpretativa. Respecto a la ideología positivista dominante, el método de Sacco permitía entender cómo la interpretación (sea doctrinal sea judicial) formaba parte del Derecho. Pero si este hubiera sido el único mérito de la teoría de los formantes, el mensaje de Sacco quizás no hubiera sido tan innovador<sup>61</sup>. En esta versión limitada, la

<sup>55</sup> Para una reconstrucción del método de Sacco en el contexto más amplio del estructuralismo, difuso en otras ciencias cognitivas y sociales como la lingüística, la antropología, el psicoanálisis y la psicología, pero aplicado también en matemáticas y biología, véase U. MATTEI, «The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco: A Study in Legal Influence», in A. RILES (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, 2001, pp. 238 ss.; p. 251 ss.

<sup>56</sup> *Vid.*, al menos, R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11ème éd. par C. Jauffret-Spinozi, Paris, 2002; J. P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968; J. H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition*, 2nd ed., Stanford, 1985; G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981.

<sup>57</sup> K. ZWIEGERT und H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., Tübingen, 1996.

<sup>58</sup> M. GRAZIADEI, «The Functionalist Heritage», en P. Legrand and R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2009, p. 100 ss.

<sup>59</sup> E. Grande, «Development of Comparative Law in Italy», cit., p. 114.

<sup>60</sup> U. MATTEI, «The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco: A Study in Legal Influence», en A. Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, 2001, pp. 238 ss.; p. 253.

<sup>61</sup> En este sentido ya se había posicionado la escuela científica en Francia con François GÉNY (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Paris, 1899 y *Science et technique en droit privé positif*, 4 volúmenes, Paris, 1913-24; cfr. además P. GROSSI, «Introduzione (Ripensare Gény)», en «François Gény e la scienza giuridica nel novecento», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20, Milano, 1991, pp. 191 ss.), pero también con figuras como Raymond SALEILLES (*De la déclaration de volonté dans le code civil allemand*, Paris, 1901) y Léon DUGUIT (*L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901). En Alemania, paralelamente al pensamiento de Sacco se desarrolla el mismo proceso, puesto en marcha por R. von Jhering y por varias corrientes científicas que pueden incluirse en la *Interessenjurisprudenz* (para el primero, vid. *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1923; sobre los segundos, véase F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, Milano, 1980), con la teoría hermenéutica de Josef ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. M., 1972. Recuérdese que Esser frecuentaba Turín en los años en los que Sacco publicó su tesis de licenciatura

disociación de los formantes ha sido criticada, al considerarse una teoría no suficientemente separada de una idea positivista del Derecho, y de la confianza –típicamente positivista– de poder conocer y calibrar todos los elementos que forman el Derecho, elementos que estarían anclados en un territorio endógeno al Derecho<sup>62</sup>.

Sin embargo, la contribución de Sacco no se limita a lo que se acaba de decir. La principal virtud de la teoría de la disociación de los formantes del Derecho radica en su porosidad; o, dicho en otros términos, en su capacidad de abrirse hacia nuevas fronteras del conocimiento del Derecho<sup>63</sup>. A partir de la primera y estricta acepción aludida *supra*, se puede generalizar para permitir su aplicación en el ámbito del análisis interdisciplinar del Derecho, abierto al dato metajurídico, profundamente postmoderno. Con toda seguridad, el legado de Sacco debe ser entendido en esta dirección, la misma dirección que había perseguido desde sus estudios juveniles sobre Derecho africano<sup>64</sup>. En este sentido, es necesario subrayar que Sacco ha sido el primer autor que ha entendido –y, sobre todo, ha teorizado acerca de– el chocante significado que para la teoría general del Derecho asume el fenómeno de la latencia del Derecho<sup>65</sup>. La disociación de los formantes permite al estudioso individualizar –y distinguir– reglas verbalizadas y reglas no verbalizadas. Sacco llama *criptotipos* (*crittotipi*) a las reglas no verbalizadas, tomando en préstamo la expresión del lingüista B. L. Whorf<sup>66</sup>, y usándola por primera vez para una teoría general del Derecho. El autor observa que «la comparación permite destapar los ordenamientos y descubrir lo que hay dentro y que hasta entonces permanecía escondido, dado que en cada uno de estos ordenamientos tienen una cualidad criptográfica categorías que, en otros sistemas, son notorias y evidentes. En Inglaterra opera la defensa interdictal posesoria, en Italia el demandado en vía reivindicatoria tiene prohibido invocar el *ius tertii*, en Francia la reivindicación no existe y se va a juicio invocando el mejor derecho. Mas los ingleses no poseen la categoría de la defensa posesoria, los italianos no hablan

---

(*Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947, reimpresión 2003), en la que manifestaba su insatisfacción por el método sistemático y conceptual. El interés de Esser por el trabajo de su joven colega llegó al punto de citarlo en su obra *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (Tübingen, 1956, en las pp. 102, 254 y 257).

<sup>62</sup> U. MATTEI, *The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco*, loc. ult. cit.; E. GRANDE, *Development of Comparative Law in Italy*, cit., p. 119.

<sup>63</sup> Cfr. R. SACCO, *Souvenirs d'un vieux comparatiste*, cit., p. 736.

<sup>64</sup> R. SACCO, *Le grandi linee del sistema giuridico somalo*, Milano, 1985. Sobre esta conexión, cfr. también A. GAMBARO, «Alcune novità in materia di comparazione giuridica», en *Riv. dir. comm.*, I, 1980, pp. 297 ss., 310.

<sup>65</sup> R. SACCO, «Il diritto muto», en *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 689 ss. (trad. inglesa «Mute Law», en 43 *Am. J. Comp. L.*, 1995, p. 455 ss.); Id., «Crittotipo», en *Dig. IV, Disc. Priv., Sez. civ.*, V, Torino, 1989, p. 39.

<sup>66</sup> R. SACCO, *Che cos'è il diritto comparato?*, cit., p. 5.

nunca del *ius tertii*, los franceses creen disponer de la reivindicación absoluta»<sup>67</sup>. Sacco, después de haber observado empíricamente que los formantes están disociados los unos de los otros, logra entender –y, sobre todo, teorizar– las razones de esta diferencia. Rechazado el criterio de la coherencia lógica como explicación de la disociación de los formantes, descubre que su causa descansa, por lo general, en un *criptotipo*. Llegados a este punto, la mejor manera para poner de relieve la importancia de este logro es usando las palabras de Antonio Gambaro: «Destruir la presunción de que el nexo que vincula ley-doctrina-jurisprudencia sea la coherencia, y sustituirla por una compleja serie de vínculos de otro tipo no es [...] *normal science*; al contrario, me parece uno de los momentos más revolucionarios del desarrollo reciente de las investigaciones iuscomparativas»<sup>68</sup>. La teoría de Sacco pone el acento en la necesidad de observar con atención la posibilidad de descubrir datos implícitos para explicar el Derecho, abriendo su estudio a la interdisciplinariedad para detectar más fácilmente los *criptotipos*<sup>69</sup>. En esta dirección, el camino abierto por Sacco conduce directamente al estudio del Derecho oficial a través de la lente del Derecho no oficial, situándose como sólida cabeza de puente para superar las estrecheces de una visión positivista del Derecho<sup>70</sup>.

#### 4. APORTACIONES ITALIANAS AL PROYECTO. LA METODOLOGÍA DEL *COMMON CORE* DE BUSSANI Y MATTEI

Teniendo presente las líneas esenciales del conocido método de Sacco, ha llegado el momento de acercarnos a la segunda aportación italiana al proyecto *The Common Core of European Private Law*; esto es, el método adoptado por sus promotores, Bussani y Mattei. Como ya se ha adelantado, se trata de una original combinación entre la aproximación factual de Schlesinger y la disocia-

<sup>67</sup> R. SACCO, *Che cos'è il diritto comparato?*, cit., p. 5.

<sup>68</sup> A. GAMBARO, *Alcune novità*, cit., p. 322 e s.

<sup>69</sup> R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. Id., *Antropologia giuridica. Contributi ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007.

<sup>70</sup> Se trata de una línea de investigación desarrollada en el ámbito de la escuela de Sacco sobre todo por M. Guadagni, con sus estudios sobre el pluralismo jurídico y el Derecho africano (*Il diritto dei paesi africani nella letteratura contemporanea*, Trieste, 1984; *Il modello pluralista*, Torino, 1996) y, en la vertiente del Derecho «mundializado», por M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010. Sobre las ventajas del método de estratos para superar las ilusiones del positivismo jurídico véase Id., «Comparative Law Beyond the Trap of Legal Positivism», en *New Frontiers of Comparative Law*, Hong Kong, 2013.

ción de los formantes de Sacco, que opera como se explicará a continuación.

En la discusión, los participantes en el proyecto identifican temas de investigación de interés, ubicados en la tripartición convencional del Derecho privado y comercial europeo y que son *Torts*, *Contract* y *Property*. Los trabajos de investigación están coordinados por un responsable por cada una de estas tres macroáreas; en la actualidad se trata de Nili Cohen (Tel-Aviv) para *Contract*; Franz Werro (Friburgo y Georgetown) para *Torts*, y Anna di Robilant (Boston) para *Property*<sup>71</sup>. La investigación que se inicia en relación con los específicos temas objeto de estudio se confía a la dirección de uno o más responsables científicos, que serán los editores del libro en el que desembocarán los resultados de la investigación<sup>72</sup>. Dichos responsables tienen la tarea de redactar cuestionarios fácticos en los que se pongan de manifiesto los problemas empíricos que plantea la materia objeto de investigación. La selección de los problemas y la formulación de los casos fácticos que permitan evidenciar el alcance de los problemas analizados también tiene lugar en el marco de la discusión, y con la aportación de todos los interesados en la investigación. La «pregunta fáctica» –y esto ha de subrayarse– presenta la característica de ser, esencialmente, un caso práctico que debe resolverse, que se formula con un nivel adecuado de simplicidad y abstracción y que, por lo general, debería colocarse a mitad de camino entre la pregunta teórica y el caso fáctico que normalmente viene resuelto por la jurisprudencia. Los participantes en la investigación son, por lo general, estudiosos procedentes de distintos sistemas jurídicos de la Unión europea (o de otros sistemas extra UE, pero representativos de las tradiciones jurídicas más relevantes del mundo), expertos en la materia, que asumen la tarea de responder al cuestionario fáctico resolviendo el caso de acuerdo con el Derecho del sistema de procedencia. Hasta aquí, el proyecto se mueve en la dimensión fáctica y multilateral típica del proyecto piloto de Schlesinger.

La particularidad –y la fuerza– del método desarrollado por Bussani y Mattei se apoya en la vía a través de la cual se deben dar las respuestas/soluciones al caso planteado. Los participantes están llamados a resolver el caso afrontando tres niveles de respuesta, que deben ser mantenidos por separado, como si fueran distintos formantes sobre los que investigar. Esta tripartición de niveles es,

<sup>71</sup> En el pasado han desempeñado este papel: para *Torts*: Mathias REIMANN (1995-2002); para *Contract*: Simon WHITTAKER (1995-1997), James GORDLEY (1998-2002; 2004-2012), Martijn HESSELINK (2003); Esin ÖRÜCÜ (2013); para *Property*: Antonio GAMBARO (1995-2013).

<sup>72</sup> Sobre las publicaciones de los resultados del trabajo, véase *infra*, epígrafe 6.

evidentemente, fruto de la tesis de Sacco sobre la disociación de formantes, pero –si se observa bien– constituye una interesante adaptación a las exigencias de una investigación multilateral. Los tres niveles de análisis son los siguientes<sup>73</sup>:

(I) Las reglas operativas (*operative rules*): en este apartado, el experto nacional debe indicar con precisión si, y con qué límites, la pretensión sostenida por el actor en el caso objeto de estudio puede ser afirmada o denegada por el tribunal o por cualquier otro mecanismo de resolución del ordenamiento según el cual el participante analiza el caso. En este nivel se explicitan las reglas del Derecho vivo, es decir, las reglas aplicadas en concreto en los distintos sistemas.

(II) Los formantes descriptivos (*descriptive formants*): en segundo lugar, el participante debe proporcionar los argumentos doctrinales y jurisprudenciales utilizados para apoyar las soluciones operativas dadas en el primer nivel. Este apartado representa un punto crucial de la solución del caso, porque es evidente, de lo que resulta de los métodos de Schlesinger y de Sacco, que aun cuando las soluciones operativas de dos o más sistemas fueran iguales, el eventual recurso que se hace, en esos mismos sistemas, a argumentos distintos para fundamentar el derecho aplicado, haría diferentes a los distintos sistemas jurídicos: por ejemplo, porque las soluciones operativas pueden tener distinta duración en el tiempo, en función del tipo de argumentación justificativa que se diera; o bien porque las argumentaciones sostenidas por los juristas de los distintos países son idóneas para desvelar las distintas actitudes de los diversos sistemas en relación a los principios generales del Derecho.

(III) Los formantes metajurídicos (*meta-legal formants*): por último, los participantes en el cuestionario tienen que identificar las razones metajurídicas que pueden haber influido en las reglas operativas y en los formantes descriptivos. Pueden consistir, entre otros, en datos o circunstancias no estrechamente ligados a la tradicional tríada endojurídica de ley, doctrina y jurisprudencia como, por ejemplo, el modo de organización de los tribunales, el tipo de formación exigida a los funcionarios que gestionan los registros inmobiliarios públicos, la eficiencia de la jurisdicción estatal en los distintos sistemas, el coste del acceso a la justicia en cada uno de ellos, la coincidencia o no del derecho oficial con el informal, que

---

<sup>73</sup> Las instrucciones a seguir para responder los cuestionarios aparecen en M. Bussani & U. MATTEI, «The Common Core Approach», cit., *Annex 1*. Para una descripción detallada del método empleado en el proyecto, véase M. BUSSANI & V. PALMER, *Pure Economic Loss*, Cambridge, 2003, p. 168.

puede ser más o menos relevante en los distintos países, en el tema objeto de estudio. No resulta sorprendente, pues, que este nivel de investigación sea el más difícil de afrontar para los estudiosos que participan en el proyecto *Common Core*. En realidad, su comprensión y correcta resolución han representado con frecuencia un serio obstáculo para el éxito de la investigación. De hecho puede notarse cómo, sobre todo en ciertas materias en las que domina claramente la ley en casi todos los sistemas –como en el caso de la *Property*– los datos metajurídicos son más difíciles de identificar respecto a lo que sucede en otras materias en las que el formante jurisprudencial ha tenido más espacio de maniobra a la hora de modelar las reglas aplicadas como sucede, por ejemplo, en el sector *Torts*. Aquí el jurista está acostumbrado a pensar en términos de políticas, mientras que en el ámbito de la propiedad se limita, perezosamente, a identificar los abundantes datos legales. En este punto debe subrayarse con fuerza que la presencia del nivel metajurídico a la hora de responder al cuestionario es fundamental para aplicar correctamente el método del proyecto. Solo descendiendo a este nivel de profundidad del análisis de los problemas jurídicos es posible obtener un mapeo fiable de las reglas efectivamente existentes y de su resistencia en el tiempo y solo así es posible conocer realmente los sistemas jurídicos, identificando semejanzas y diferencias sobre la base de sus características más profundas, y no sobre aspectos transitorios o superficiales.

## 5. EL COMMON CORE Y LA NATURALEZA METALINGÜÍSTICA DEL DERECHO

Existe una ulterior dirección en la que merece reconocimiento el método del proyecto *Common Core*, y es la de la relación privilegiada que existe entre el método de la investigación y la lengua del Derecho. Este aspecto no ha pasado desapercibido a los observadores más atentos<sup>74</sup>, pero por lo general ha sido minusvalorado tanto por los análisis específicamente dedicados al proyecto como por las contribuciones sobre temas de Derecho comparado, de método y de Derecho privado europeo<sup>75</sup>.

Rodolfo Sacco, y, con él, un puñado de sus mejores discípulos, nos han mostrado de forma eficaz cómo existen numerosos víncu-

<sup>74</sup> N. KASIERER, «The Common Core of European Private Law in Boxes and Boundaries», en M. BUSSANI & U. MATTEI (eds.), *The Common Core of European Private Law*, The Hague, 2003, pp. 111 ss.

<sup>75</sup> Véase, por ejemplo, las contribuciones señaladas *infra*, epígrafe 6, nota 97.

los entre lengua y Derecho, entre el estudio comparativo del Derecho y la lingüística, así como entre la comparación y la traducción jurídica<sup>76</sup>. De la misma manera en la que el Derecho varía en función de la tradición jurídica, también el lenguaje técnico-jurídico es necesariamente local. Lenguaje y Derecho son, ambos, producto (más o menos espontáneo) de la sociedad. Además, Rodolfo Sacco ha mostrado, a través del paralelismo que existe entre Derecho, naturaleza y lenguaje, que el pluralismo jurídico, al igual que las variedades biológicas y las diferencias lingüísticas, presenta un valor positivo para la sociedad. La coexistencia e interrelación de reglas y modelos diversos lleva, de hecho, a una competición que termina por favorecer el cambio del Derecho y su progreso, según las cambiantes exigencias sociales<sup>77</sup>. Estas enseñanzas, correctamente entendidas, recorren la analogía entre Derecho y lenguaje en relación con la estructura interna de estos fenómenos sociales y en relación con las modalidades de cambio en su interior. Sin embargo, no dicen que el Derecho no pueda existir sin la lengua original que le da expresión en las experiencias jurídicas singulares<sup>78</sup>.

Sobre la base de estos logros, el método del *Common Core* ofrece una contribución importante al conocimiento del vínculo entre lenguaje y Derecho ya que, a través de un ejercicio de comparación práctica, desvela los límites dentro de los cuales puede trazarse efectivamente el paralelismo entre los dos sectores. Sin lugar a dudas existen afinidades y diferencias técnicas entre los sistemas jurídicos basados en las lenguas jurídicas; y, sin dudas, la diversidad de lenguas puede representar una trampa para el comparatista<sup>79</sup>, pero eso no debe llevar a creer que la conexión entre lenguaje

<sup>76</sup> Vid., al menos, R. SACCO, «Langue et Droit», in *Rapports nationaux italiens au XVème Congrès international de droit comparé*, Milano, 1998, pp. 1 ss.; Id., «Molte lingue per un diritto che si va uniformando», en *Atti Accademia Lincei*, cl. Mor., Rendiconti, IX vol, 8, 1997, fsc. 2, p. 385 ss.; Id., «Riflessioni di un giurista sulla lingua», en *Riv. dir. civ.*, 1996, 1, pp. 57 ss.; R. SACCO y L. CASTELLANI (dirs.), *Les multiples langues du droit européen uniforme*, Torino, 1999; B. Pozzo (ed.), *Ordinary language and legal language*, Milano, 2005; Ead., «Comparative Law and Language», en Bussani & Mattei (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2012, pp. 88 ss.; Ead. (dirs.), *Lingua e diritto oltre l'Europa*, Milano, 2014; E. IORIATTI, *Interpretazione comparante e multilinguismo europeo*, Padova, 2013; S. CAVAGNOLI y E. IORIATTI (dirs.), *Tradurre il diritto. Nozioni di diritto e di linguistica giuridica*, Padova, 2009; E. Ioriatti (dir.), *Interpretazione e traduzione del diritto*, Padova, 2008; G. DANNEMANN, S. FERRERI, M. GRAZIADEI, «Language and Terminology», en *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge, 2010, pp. 70 ss.

<sup>77</sup> R. SACCO, «La diversità nel diritto (a proposito dei problemi di unificazione)», en *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 15 ss.; Id., en R. SACCO y A. GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, 3a ed., Torino, 2008, p. 25 ss.

<sup>78</sup> R. SACCO, *Langue et Droit*, cit.

<sup>79</sup> Sobre las semejanzas entre sistemas jurídicos basados en el idioma (por ejemplo, en referencia a los países nórdicos), vid. E. HONDUS, «Finding the Law in a New Millennium. Prospects for the Development of Civil Law in the European Union», en BUSSANI & MATTEI (eds.), *Making European Law*, cit., pp. 61 ss., 64; sobre el problema de los falsos

y Derecho sea ontológicamente necesaria. De hecho, para quienes perciben el vínculo entre lenguaje y Derecho como indisoluble y necesario puede parecer contrario a la intuición<sup>80</sup>, pero el *Common Core* muestra cómo las numerosas coincidencias entre los dos fenómenos son (solo) ocasionales o, mejor dicho con las palabras de Sacco, funcionales<sup>81</sup>.

Expongamos ordenadamente en qué consiste esta relación entre lengua y Derecho y cómo se manifiesta en el interior del proyecto. Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, la decisión adoptada por los promotores del *Common Core* de llevar a cabo la investigación en un idioma –el inglés– que es la lengua materna de una minoría de los participantes, pero que debe ser entendida como vehículo de acercamiento entre las varias lenguas del Derecho que están representadas en el proyecto. En otros términos, el empleo del inglés no debe ser percibido como una opción que conduzca al empobrecimiento de la variedad cultural de la iniciativa a través de la prevalencia de la tradición del *common law* sobre las demás. Por el contrario, el inglés hablado y practicado en el proyecto es un inglés que tiende a separarse de forma clara del inglés técnico jurídico de los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición del *common law*. En el seno del *Common Core*, tanto los estudiosos ingleses o americanos, como los europeos, deben esforzarse para expresar conceptos y reglas en un inglés internacional, tendencialmente neutral, que sepa homologar las categorías jurídicas<sup>82</sup>. El esfuerzo principal es el de reflejar y transmitir la función de las instituciones, más allá de la terminología técnica doméstica. De esta manera, el mismo idioma inglés está listo para asumir un significado nuevo y transformarse en un idioma ajeno a todos, que se forma y se desarrolla constantemente en el curso de la investigación plurianual. No es casualidad que el proyecto *Common Core* termine desarrollando sus propias decisiones terminológicas. A veces, los volúmenes que recogen los resultados de la investigación contienen un glosario terminológico que indica los términos en inglés convencional utili-

*amigos*, véase D. TALLON, «Les faux amis en droit compare», en J. Basedow et alii (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Drobnig*, Tübingen, 1998, pp. 677 ss.

<sup>80</sup> Véase, por ejemplo, F. SCHLEIERMACHER, «Über die verschiedene Methoden des Übersetzens», en *Sämtliche Werke*, t. 3, vol. II, Berlin, 1838, p. 239, retomado por P. LEGRAND, «Issues in the Translatability of Law», en S. BERMANN & M. WOOD (eds.), *Nation, Language and the Ethics of Translation*, Princeton, 2005, pp. 30 ss.; Id., «The Impossibility of 'Legal Transplants'», en *4 Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 1997, pp. 111 ss. Sobre la percepción de los autores acerca de la imposibilidad de traducir entre las distintas tradiciones jurídicas, pero adoptando una posición contraria, véase H. P. GLENN, «Com-mensurabilité et traduisibilité», en *3 Rev. de la common law en français*, 2000, pp. 53 ss.

<sup>81</sup> Así, R. SACCO, *Langue et Droit*, cit.

<sup>82</sup> O. MORÉTEAU, «L'anglais pourra-t-il devenir la langue juridique commune en Europe?», en SACCO & CASTELLANI (dirs.), *Les multiples langues du droit européen uni-forme*, cit., pp. 143 ss.

zado en la investigación junto con los correspondientes términos nacionales, incluidos los del inglés doméstico, relativos a todos los sistemas jurídicos objeto de análisis<sup>83</sup>.

Nótese además que el esfuerzo de expresar las reglas locales en un idioma distinto del nacional, que es uno de los ejercicios que se practican en el proyecto, pone de manifiesto que el Derecho no tiene un vínculo necesario con las palabras utilizadas para formularlo. Por el contrario, el Derecho vive en una dimensión metalingüística, que es siempre la misma en cualquiera de los sistemas jurídicos que analicemos, si bien por lo general se exprese con palabras técnicas distintas. Este aspecto del proyecto contribuye a enriquecer la teoría general del Derecho con la confirmación empírica de la tesis según la cual la distinción entre Derecho y lenguaje reenvía a la que existe entre palabras e ideas<sup>84</sup>. Tal distinción se encuentra en la raíz del trabajo cotidiano del jurista en cualquier punto del mundo (al menos en lo que se refiere al Derecho que se verbaliza); basta pensar que la hermenéutica del texto legislativo procede separando la intención del legislador de las palabras que emplea para expresar las reglas<sup>85</sup>. La comparación que se practica en el *Common Core* confirma la generalización teórica de Sacco; es decir, que la diversidad entre los sistemas reposa en los conceptos jurídicos, no en las palabras<sup>86</sup>. Y es justamente la diversidad de categorías e ideas lo que constituye objeto de estudio del proyecto.

Resulta fácil observar cómo, la misma tesis de Sacco sobre los criptotipos y sobre el estudio del Derecho consuetudinario y no verbalizado ayuda a entender que el Derecho no depende de las palabras con las que se manifiesta; tal es así, que bien puede expresarse mediante la gestualidad<sup>87</sup>. En la misma línea, la teoría del *droit gestuel* de Jaques Vanderlinden<sup>88</sup> ha mostrado cómo el Dere-

<sup>83</sup> Es el caso, por ejemplo, del volumen editado por E.-M. KIENINGER, *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge, 2004, «Glossary», en pp. 150 y ss. Así, por ejemplo, para indicar la conducción resolutive y la suspensiva han escogido las expresiones *resolutive* y *suspensive condition*, y no los términos ingleses *condition subsequent* y *condition precedent*. Además, se ha preferido la expresión «*enterprise charge*» frente a la más conocida, pero estrictamente inglesa, «*floating charge*».

<sup>84</sup> N. KASIERER, *op. ult. cit.*, p. 113.

<sup>85</sup> N. KASIERER, *op. loc. ult. cit.* En este sentido, la experiencia de las jurisdicciones mixtas y multilingües es importante para el proyecto *Common Core* (no es casualidad que muchos canadienses, como el mismo Kasierer, hayan participado en el proyecto) y para el Derecho comparado en general.

<sup>86</sup> «*La technicité n'est pas dans les mots mais dans les concepts*»: J. L. SOURIOUX, «Pour l'apprentissage du langage du droit», en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1999, pp. 343 ss., 347.

<sup>87</sup> R. SACCO, «Mute Law», en *43 AmJCompL*, 1995, pp. 455 ss., 467.

<sup>88</sup> J. VANDERLINDEN, «Langue et Droit», en E. JAYME (ed.), *Langue et droit: XV<sup>e</sup> congrès international de droit comparé, Bristol, 1998*, Brussel, 1999, pp. 65 ss., 77, 105; Id., *Comparer les droits*, Bruxelles, 1995.

cho puede expresarse a través de imágenes y diagramas<sup>89</sup>. Y este es exactamente el tipo de ejercicio que tiene lugar en el seno del proyecto *Common Core*. A la hora de ilustrar los objetivos y el método de la investigación, Bussani y Mattei, pero también Gordley, Whittaker, Zimmerman y otros, utilizan constantes referencias a imágenes y metáforas para representar qué es el Derecho, cuáles son las reglas que presiden sus cambios y cómo puede ser conocido. No puede olvidarse que la misma expresión *common core* es una imagen para el Derecho que –como ya se ha dicho– trata de identificar (de nuevo a través de imágenes: *desenterrando*) más que las diferencias, los elementos comunes de las diversas tradiciones. Del mismo modo, deben recordarse las felices metáforas de la *legal cartography* que se intenta llevar a cabo con el proyecto, frente al *city planning* de los numerosos grupos académicos que en Europa han optado por una aproximación «legislativa» a la armonización<sup>90</sup>. En el proyecto es recurrente la figura del «mapa» del Derecho privado europeo, «trazado» y «dibujado» con varios «colores» y «perfiles»<sup>91</sup>. Todo lo dicho hasta ahora conecta perfectamente con la hipótesis de representación mediante gráficos de la «arquitectura» jurídica según el estructuralismo de Sacco, del que ya se ha hablado<sup>92</sup>, que ha sido adoptado y puesto en práctica constantemente en el proyecto de Bussani y Mattei.

## 6. LA PROYECCIÓN EUROPEA DEL PROYECTO: LA RED DE TRABAJO INTERNACIONAL, LOS RESULTADOS Y EL IMPACTO DE LA INVESTIGACIÓN

La proyección europea del *Common Core* puede ser medida, como mínimo, en tres direcciones. En primer lugar, ha de tomarse en consideración la riqueza de la red de trabajo internacional que

<sup>89</sup> Sobre la naturaleza imaginativa y formal del Derecho, desvelada por el estudio del lenguaje, véase V. GROSSWALD CURRAN, «Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law», en 46 *AmJCompL*, 1998, pp. 43 ss.

<sup>90</sup> M. BUSSANI y U. MATTEI, «The Common Core Approach to the European Private Law», en 3(3) *Columbia J. Eur. L.*, 1997/98, pp. 339 ss. Recordemos que la imagen del *common core* se usaba ya a principios del siglo veinte para indicar un *droit comun législatif* nacional: W. STOFFEL, «Enlightened Decision-Making», en 75 *Tulane LR*, 2001, pp. 1195 ss., 1199.

<sup>91</sup> J. GORDLEY, «Mapping Private Law», en BUSSANI & MATTEI (eds.), *Making European Law: Essays on the «Common Core» Project*, Trento, 2000, pp. 27 ss., 37; R. ZIMMERMANN & S. WHITTAKER, «Good Faith in European Private Law: Surveying the Landscape», en Id. (eds.), *Good Faith in European Private Law*, Cambridge, 2000, p. 7; X. BLANC-JOUVAN, «Reflections on the “Common Core of European Private Law” Project», en Bussani & Mattei (eds.), *The Common Core of European Private Law*, The Hague, 2003, p. 9 ss.

<sup>92</sup> *Vid. supra*, epígrafe 3.

se ha desarrollado en los primeros veinte años de vida del proyecto. Entre participantes activos y simples curiosos interesados por la iniciativa pueden contabilizarse al menos doscientos estudiosos procedentes de todos los puntos de la Unión Europea y de muchos sistemas jurídicos extra-UE como los Estados Unidos, Canadá, América Latina, Israel, Rusia, África o China. Interesa subrayar que se trata de muchos de los nombres que más cuentan en el ámbito del debate sobre la edificación del Derecho privado europeo, y que a lo largo de los años han colaborado con las instituciones de la UE en los estudios y proyectos de armonización en este sector<sup>93</sup>. Junto a ellos, hay que mencionar también a un numeroso grupo de estudiosos procedentes de los países europeos ex-socialistas<sup>94</sup>. Se pone así de manifiesto la vocación genuinamente europea del proyecto, que abandona la aproximación euro-occidental, imperante en muchas de las iniciativas académicas para la integración jurídica europea, en las que las jurisdicciones que son objeto de estudio de forma seria son, sobre todo, Alemania, Francia (Italia si tenemos en cuenta el proyecto Gandolfi) e Inglaterra. Además, junto a los académicos consolidados del Derecho privado europeo y de la comparación jurídica, el proyecto acoge, desde siempre, la participación de numerosos investigadores jóvenes<sup>95</sup>.

La segunda dirección en la que cabe verificar la resonancia europea e internacional del proyecto es, sin duda, la de la importancia y la tasa de difusión de los resultados conseguidos hasta ahora por el *Common Core*. Los volúmenes que recogen los resultados de la investigación se publican en una colección específica de Cambridge University Press<sup>96</sup>. Hasta hoy, han sido publicados doce libros: R. Zimmermann and S. Whittaker (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, 2000, reimpresión en 2008; J. Gordley (ed.), *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, 2001; M. Bussani and V. V. Palmer (eds.), *Pure Economic Loss in Europe*, 2003, reimpresión en 2011; E.-M. Kieninger (ed.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, 2004,

<sup>93</sup> La lista de los participantes en el proyecto se encuentra disponible en: [http://www.common-core.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=62&Itemid=77](http://www.common-core.org/index.php?option=com_content&view=article&id=62&Itemid=77).

<sup>94</sup> Sobre la profunda apertura del proyecto a las aportaciones que están llamados a ofrecer a la investigación los estudiosos de esta área geográfica, véanse los trabajos presentados en la reunión general del proyecto en 2004, en la conferencia «Ten New Treasury Boxes - The European Enlargement and the Common Core Project», publicados en: M. BUSSANI & U. MATTEI, *Opening Up European Law, The Common Core Project*, Bern, Staempfli, 2007.

<sup>95</sup> Sobre la composición de la red de trabajo de investigación y sobre las motivaciones que llevan a los autores a participar en el proyecto, vease *infra*, epígrafes 7 y 8.

<sup>96</sup> En el sitio web: <http://www.cambridge.org/gb/academic/subjects/law/comparative-law/series/common-core-european-private-law> aparecen publicados los volúmenes del proyecto editados hasta ahora.

reimpresión en 2009; R. Sefton-Green (ed.), *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, 2005, reimpresión en 2009; M. Graziadei, U. Mattei and L. Smith (eds.), *Commercial Trusts in European Private Law*, 2005, reimpresión en 2009; T. Möllers and A. Heinemann (eds.), *The Enforcement of Competition Law in Europe*, 2008; M. Hinterreger (ed.), *Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*, 2008; G. Brügge-meier, A. Colombi Ciacchi and P. O'Callaghan (eds.), *Personality Rights in European Tort Law*, 2010; E. Hondius and H. C. Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, 2011; J. Cartwright and M. Hesselink (eds.), *Precontractual Liability in European Private Law*, 2011; C. van der Merwe and A.-L. Verbeke (eds.), *Time Limited Interests in Land*, 2012. En proceso de publicación se encuentran V. V. Palmer (ed.), *Immaterial Damage in European Contract Law* y C. van der Merwe, *Condominium*. Se acaba de terminar el volumen a cargo de S. Martín Santisteban y P. Sparkes (eds.), *The Protection of Immovable Property*.

También la editorial americana Carolina Academic Press, junto con la suiza Staempfli y la belga Bruylant han dedicado una colección al proyecto, en la que han publicado F. Werro and V. V. Palmer (eds.), *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, 2004; B. Pozzo (ed.), *Property on Environment. Old and New Remedies to Protect Natural Resources in the European Context*, 2007.

En la actualidad se encuentran en fase de elaboración los siguientes volúmenes: C. Godt, G. van Overwalle, L. Guibault and D. Beyleveld (eds.), *Boundaries to Information Property in European Law*; L. Martínez and A. Pradi (eds.), *Transfer of Immovable Property in European Law*; F. Fiorentini and T. Josipovic (eds.), *Security Rights in Immovable Property in European Law*; F. Valguarnera, U. Mattei, S. Bailey (eds.), *Access to Nature*; D. Panforti, A. Miranda, O. Roy and C. Dadomo (eds.), *Duties of Care and Duties of Cash in European Family Law*; N. Cohen, R. Stevens and G. Dannemann (eds.), *Restitution in Contractual Context in European Law*; P. Pichonnaz (ed.), *Set-Off in European Law*; P. Giliker, B. Gsell and T. Reufner (eds.), *Remedies in Contract Law in Europe*; J. Baaij, L. Macgregor and D. Cabrelli (eds.), *Interpretation of Commercial Contracts in Europe*; A. Colombi Ciacchi, C. Mak and Z. Mansoor (eds.), *Immoral Contracts in Europe*; S. Banakas and A. Mullis (eds.), *Personal Injury Compensation in European Law*; M. Infantino and E. Zervogianni (eds.), *Causation in European Tort Law*; M. Jozon and J. Page (eds.), *Product Liability*.

Además, un importante número de publicaciones internacionales aparecidas en editoriales y revistas de prestigio se han dedicado expresamente al proyecto<sup>97</sup>.

En tercer lugar, para medir la proyección europea del *Common Core* puede resultar útil llevar a cabo algunas reflexiones relativas a la centralidad del proyecto en el seno del debate europeo sobre Derecho privado europeo y comparación jurídica. En relación con este aspecto, pueden extraerse algunas indicaciones a partir de la búsqueda relativa a las citas al proyecto en la bibliografía jurídica europea así como en la extraeuropea que es relevante en Europa. De manera sintética, las sugerencias que pueden extraerse de esta rápida investigación –que, por supuesto, no tiene la pretensión de ser completa– son las siguientes:

(i) El proyecto *Common Core* es bien conocido en Europa en el circuito de la literatura sobre Derecho privado europeo. Es citado constantemente<sup>98</sup>, junto a otros proyectos académicos de los que

<sup>97</sup> L. ANTONIOLLI, F. FIORENTINI and J. GORDLEY, «A Case-Based Assessment of the Draft Common Frame of Reference», 58 *Am. J. Comp. L.*, 2/2010, pp. 343-358; M. INFANTINO, M. BUSSANI and F. WERRO, «The Common Core Sound. Short Notes on Themes, Harmonies and Disharmonies of European Tort Law», 20 *King's Law Journal*, 2009, pp. 239 ss.; M. BUSSANI & U. MATTEI, *Opening Up European Law: The Common Core Project*, Bern, Staempfli, 2007; M. BUSSANI & F. FIORENTINI, *I contratti di finanziamento e le garanzie del credito nella prospettiva europea/Financial Contracts and Secured Transactions in the European Perspective*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trieste, 2003; M. BUSSANI & U. MATTEI (eds), *The Common Core of European Contract Law. Essays on the Project*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2002 (reimpr. 2003); U. MATTEI & A. PRADI (eds), *Rudolf B. Schlesinger: Memories*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento, 2000; M. BUSSANI & U. MATTEI, *Making European Law. Essays on the Common Core Project*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento, 2000.

<sup>98</sup> Para la bibliografía en francés véase, al menos, F. WERRO, *L'europeanisation du droit privé: vers un code civil européen?*, Fribourg, 1998, p. 23 ss.; S. NADAUD, *Codifier le droit civil européen*, Bruxelles, 2008, pp. 137 ss.; C. WITZ, *Plaidoyer pour un Code européen des obligations*, D, 2000, p. 79; D. TALLON, «Vers un droit européen du contrat?», en *Mélanges Colomer*, 1993, p. 485; Id., «Les principes pour le droit européen du contrat», en *Deffrénois*, 2000, p. 683; B. FAUVARQUE-COSSON, «Faut-il un Code civil européen?», en *RTD Civ.*, 2002, p. 463; D. BLANC, «La longue marche vers un droit européen des contrats», en *Recueil Dalloz*, 2007, pp. 1615 ss.; S. PIMONT, «A propos de l'activité doctrinale civiliste. Quelques questions dans l'air du temps», in *RTD Civ.* 2006, pp. 707 ss.; V. HEUZÉ, «A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats», en *JCP*, 2002, I, p. 152.

Para la bibliografía alemana, véase, al menos, A. METZGER, *Extra legem, intra ius: allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht*, Tübingen, 2009, pp. 20 ss.; W. WÜRMEST, «Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze – Ansätze internationaler Wissenschaftsgruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa», en *ZEuP*, 2003, pp. 714 ss.; N. JANSEN, «Dogmatik, Erkenntnis und Theorie im europäischen Privatrecht», en *ZEuP*, 4/2005, pp. 750 ss., 773, quien critica el proyecto *Common Core* por cuanto da lugar a resultados que no pueden reproducirse, al estar basados en hipotéticas soluciones a casos concretos por parte de los ordenamientos nacionales; R. ZIMMERMANN, «Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Genigens-tand Europäischer Rechtswissenschaft», en *Jura*, 2005, pp. 289 ss.; 441 ss.; véase, también, Id., «Le droit comparé et l'europeanisation du droit privé», en *RTD Civ.*, 2007, pp. 451 ss.; N. Jansen, R. Michaels, «Private Law and the State, Comparative Perceptions and Historical Observations», en *71 ReblsZ*, 2007, pp. 345 ss., 395.

han surgido importantes modelos de armonización «legislativa» para el Derecho europeo, en particular en el ámbito de los contratos. En los distintos trabajos sobre el tema se pone de manifiesto que el proyecto tiene ya un papel consolidado, y que está bien colocado entre los que ambicionan crear una cultura jurídica europea como base del Derecho privado europeo y, como tales, se contraponen a las iniciativas que, en cambio, tienen como objetivo la producción de un conjunto de *black letter rules* (principios generales) para Europa. Como es sabido, este es el tipo de aproximación que se ha seguido, por ejemplo, por la Comisión Lando, que entre los años '80 y '90 ha producido los *Principles of European Contract Law*<sup>99</sup>, o por el Study Group on a European Civil Code de von Bar, que ha redactado los *Principles of European Law*<sup>100</sup>, así como, años des-

Para España véase, por ejemplo, M. BUSSANI, «En busca de un Derecho Privado Europeo», en *Anuario de Derecho Civil*, 3/2002, pp. 941 ss.; G. AJANI, B. PASA et alii, *Sistemas jurídicos comparados*, Barcelona, 2013, p. 372; F. J. Infante Ruiz, «Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de Derecho privado europeo», en *InDret*, 2/2008, p. 14, 22; S. CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003; A. VAQUER ALOY, «La vocación europea del Derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo», en *La Ley*, 2/2004, pp. 1603 ss.

Para Portugal, T. S. PEREIRA, «Proposta de reflexão sobre um Código Civil Europeu», en 64 *Rev. Ordem dos Advogados*, 2004: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45841&ida=47182](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45841&ida=47182).

Entre los autores procedentes de los países del Norte de Europa, vid. A. L. KJAER, «A Common Legal Language in Europe?», en M. VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford and Portland, 2004, pp. 377 ss.; G. CORDERO MOSS, «A Comparison Between Italian, English and Norwegian Rules as an Illustration of Different Legal Methods», en 111 *Tidsskrift for Retsvitenskap*, 1999, pp. 884 ss. Para numerosas referencias a la escuela de Sacco y al proyecto «Common Core», también en lo relativo a sus clases en la Universidad de Oslo, véase [http://folk.uio.no/giudittm/PCL\\_Vol15\\_3%5B1%5D.pdf](http://folk.uio.no/giudittm/PCL_Vol15_3%5B1%5D.pdf), por ejemplo, p. 56.

En lo que se refiere a Europa oriental, véanse los trabajos de importantes autores de Europa del Este recogidos en M. BUSSANI & U. MATTEI, *Opening Up European Law. The Common Core Project Towards Eastern and Southeastern Europe*, cit., así como T. TAJTI, «The unfathomable nature and future of the European private law projects», en *China-EU Law Journal*, 2013, pp. 69 ss., 77 ss., donde se encuentra una profunda presentación y discusión sobre el proyecto. Para Serbia, véase D. NIKOLIĆ, *Увод у цумену зраћанског права (Introduction to Civil Law)*, 9th edn, Novi Sad, 2013, p. 70 s. Desde 2004, el proyecto es objeto de enseñanza universitaria en el segundo curso de los estudios de la Facultad de Derecho de Novi Sad, así como en numerosos cursos formativos post-universitarios en las regiones de Europa sudoriental.

<sup>99</sup> O. LANDO, H. BEALE (eds), *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised*, The Hague, 2000; O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM & R. ZIMMERMANN (eds), *Principles of European Contract Law, Part III*, The Hague, 2003. Para la historia de la «Comisión Lando», vid. v. O. LANDO, «The European Principles in an Integrated World», en 1 *ERCL*, 2005, pp. 3 ss.

<sup>100</sup> Los Principios von Bar están publicados por la editorial Sellier de Munich en colaboración con Oxford University Press y Staempfli, en una serie específica denominada «Principles of European Law» (PEL). Hasta hoy han aparecido los siguientes volúmenes: *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, coord. por Ch. VON BAR, 2009; *Sales*, coord. por E. HONDIUS, V. HEUTGER, C. JELOSCHKEK, H. SIVESAND, A. WIEWIORSKA, 2008; *Lease of Goods*, coord. por K. LILLEHOLT, A. VICTORIN†, A. FÖTSCHL, B.-E. R. KONOW, A. MEIDELL, A. BJØRANGER TØRUM, 2007; *Service Contracts*, coord. por M. BARENDRECHT, C. JANSEN, M. LOOS, A. PINNA, R. CASCÃO, S. VAN GULLIK, 2006; *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, coord. por M.

pués, por el *CoPECL Joint Network on European Private Law*, que ha redactado el *Draft Common Frame of Reference* de 2009<sup>101</sup>.

(ii) Desde un punto de vista cuantitativo, muy pocas veces la vastísima literatura sobre el Derecho privado europeo y sobre la compración jurídica lleva a cabo también un análisis metodológico profundo cuando cita el proyecto. La cuestión del método, que es una característica esencial del proyecto, muchas veces resulta descuidada. La impresión que se extrae es la de un escaso conocimiento o comprensión de su originalidad y de sus promesas en el caso de ponerse en práctica de forma correcta. Existen, por supuesto, notables excepciones desde un punto de vista cualitativo, pues a lo largo de estos años se han publicado algunos trabajos enteramente dedicados al proyecto y a su método en prestigiosas casas editoriales, firmados por autores de clara fama<sup>102</sup>. Parece que el método de

W. HESSELINK, J. W. RUTGERS, O. BUENO DÍAZ, M. SCOTTON, M. VELDMANN, 2006; *Personal Security*, coord. por U. DROBNIG, 2007; *Benevolent Intervention in Another's Affairs*, coord. por Ch. VON BAR, 2006; *Unjustified Enrichment*, coord. por S. SWANN y Ch. VON BAR, 2010; *Mandate Contracts*, coord. por M. B. M. LOSS y O. BUENO DÍAZ, 2012; *Acquisition and Loss of Ownership of Goods*, coord. por B. LURGER e W. FABER, 2011; *Proprietary Security in Movable Asset*, coord. por U. DROBNIG, 2014.

<sup>101</sup> Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference* (Full Edition), Munich, Sellier, October 2009. Sobre este trabajo véase, al menos, F. CAFAGGI, H.-W. MICKLITZ, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, CHELTENHAM, Elgar, 2010; G. ALPA, G. IUDICA, P. ZATTI, U. PERFETTI, *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009. Para los detalles sobre la red de trabajo de excelencia, vid. <http://www.copecl.org/>.

<sup>102</sup> En este sentido, por ejemplo, D. GERBER, «The Common Core of European Private Law: The Project and Its Books», en *52/4 Am. J. Comp. L.*, 2004, pp. 995 ss.; M. GRAZIADEI, «The Functionalist Heritage», en P. LEGRAND & R. MUNDAY (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003 101; V. V. PALMER, «From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology», en *4/2 Global Jurist Frontiers*, 2004, artículo 1; G. FRANKENBERG, «How to Do Projects with Comparative Law: Notes of an Expedition to the Common Core», en *6/2 Global Jurists Advances*, 2006, pp. 19 ss.; Id., *Comparative Law from Below. The Construction of a Critical Project in Comparative Legal Studies*, que se dedica más al *common core* de Schlesinger que al de Bussani y Mattei, centrado en los sistemas jurídicos de América Latina; E. HONDIUS, «Fifteen Years of European Private Law At the Occasion of the 15<sup>th</sup> Birthday of the Trento/Torino Common Core of European Private Law Project», en *Opinio Juris in Comparatione*, 2/2009, paper n. 5, pp. 1 ss.; Id., «The Common Core of European Private Law, Trento, 15-17 July 1999», en *Eur. Rev. P. L.*, 2000, p. 249; O. LANDO, «The Common Core of European Private Law and the Principles of European Contract Law», *21 Hastings Int'l & Comp L Rev.*, 1998, pp. 809 ss.; L. NOTTAGE, *Convergence, Divergence, and the Middle Way in Unifying or Harmonising Private Law*, EUI Working Paper Law No. 2001/01, p. 6 ss., 10 ss.; M. BUSSANI, A. MUSY, «I metodi della comparazione: il «Common Core» dei diritti europei del contratto», en *RCDP*, 2000/3, pp. 537 ss.; N. J. DE BOER, «Theoretical Foundations of the Common Core of European Private Law Project: A Critical Appraisal», en *17/5 ERPL*, 2009, pp. 841 ss.; véase, además, E. ARIANO, M. DE MORPURGO, «The 15<sup>th</sup> Anniversary of the Common Core of European Private Law», en *18/2 ERPL*, 2010, pp. 407 ss.; F. FIORENTINI, «A Report on 2001 and 2002 "The Common Core of European Private Law" Meetings», en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2, 2003, p. 404 ss.; F. FIORENTINI & M. ZIMMERMANN, «The Common Core of European Private Law», en *4 Newsletter European Private Law*, Nr. 1, October 2001, p. 5 ss. En Europa, el

Sacco de la disociación de los formantes ha captado la atención de los estudiosos europeos; su presentación y análisis ha alcanzado una difusión importante en los últimos años. En Francia, la obra de Rodolfo Sacco ha circulado y se ha difundido antes que en Alemania. El propio Sacco escribió en francés el manifiesto de su método al principio de los años noventa <sup>103</sup>. A continuación se sitúa la traducción francesa de los *Sistemi giuridici comparati* de Sacco y Gambaro <sup>104</sup>. El método de los formantes está en el centro de las lecciones de Derecho comparado en Francia; también en el núcleo del debate sobre el método de estudio del Derecho (civil) <sup>105</sup>. En la actualidad, también en Alemania –más en general, en los países de lengua alemana– con la contribución de las dos ediciones de la traducción al alemán de la obra de Sacco <sup>106</sup> y de su adopción en varios cursos universitarios de *Rechtsvergleichung* como libro de texto, junto al de Zweigert-Kötz <sup>107</sup>, la disociación de los formantes es bien conocida en el estudio del Derecho privado nacional y extranjero, y del Derecho privado europeo <sup>108</sup>. Además, este método se cita con frecuencia, y muchas veces se analiza también en los capítulos introductorios, reservados tradicionalmente a las premisas

---

método del *Common Core* es conocido y citado en trabajos de Derecho penal comparado: E. GRANDE, «Comparative Criminal Justice: a long neglected discipline on the rise», en M. BUSSANI & F. WERRO, *Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2012, pp. 191 ss.; P. ROBERTS, «On Method: The Ascent of Comparative Criminal Justice», *3/22 OJLS*, 2002, pp. 539 ss., 542, nota 10 (se trata de una profunda recensión de D. NELKEN (ed.), *Contrasting Criminal Justice: Getting from Here to There*, Aldershot, 2000).

<sup>103</sup> R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, 1991. Para conocer la repercusión de la figura de Sacco en la cultura comparatística francesa, véase P. LEGRAND, «Questions à Rodolfo Sacco», en *RIDC*, 4/1995, pp. 943 ss. Posteriormente, H. MUIR WATT, «La fonction subversive de droit comparé», en *RIDC*, 3/2000, pp. 503 ss.

<sup>104</sup> A. GAMBARO, R. SACCO, L. VOGEL, *Traité de droit comparé – Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, 2011.

<sup>105</sup> R. SACCO, «Comparatisti italiani al lavoro!», en *Revue jur. de l'ISAIDAT*, 1/2010, p. 1 s.; B. JALUZOT, «Méthodologie du droit comparé: bilan et prospective», en *RIDC*, 1/2005, pp. 29 ss. p. 45; vid. también P. G. MONATERI, «Methods in Comparative Law: An Intellectual Overview», en Id. (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, Northampton, 2012, p. 7 ss.

<sup>106</sup> R. SACCO, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, traducción del italiano al alemán de Jacob Joussen, 1.ª ed. Baden-Baden, 2001, 2.ª ed. no modificada Baden-Baden, 2011.

<sup>107</sup> Véase los cursos de *Einführung in die Rechtsvergleichung* de la Universidad de Trier: <http://www.uni-trier.de/index.php?id=40699>, Köln: [http://www.uni-koeln.de/jur-fak/eurecht/htdocs/bin/lehre/Rechtsvergleichung/ss2007/Literaturliste\\_Rechtsvergleichung\\_SS2007.pdf](http://www.uni-koeln.de/jur-fak/eurecht/htdocs/bin/lehre/Rechtsvergleichung/ss2007/Literaturliste_Rechtsvergleichung_SS2007.pdf); Berlin (Humboldt): [http://bodewig.rewi.hu-berlin.de/doc/10686/02\\_Literatur\\_Rechtsvergleichung.pdf](http://bodewig.rewi.hu-berlin.de/doc/10686/02_Literatur_Rechtsvergleichung.pdf), solo por citar algunos.

<sup>108</sup> F. RANIERI, «Die Rechtsvergleichung und das deutsche Zivilrecht im 20. Jahrhundert: eine wissenschaftshistorische Skizze», en H. KAEUBLE u. J. SCHRIEWER (Hg.), *Vergleich und Transfer. Komparatistik in den Sozial- Geschichts- und Kulturwissenschaften*, Frankfurt a. M., 2003, pp. 221 ss.; M. MARTINEK, «Wissenschaftsgeschichte der Rechtsvergleichung und des internationales Privatrechts in der Bundesrepublik Deutschland», en D. Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zum Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Frankfurt a. M., 1994, pp. 529 ss.

metodológicas, de las memorias escritas por los jóvenes licenciados dirigidas a obtener el título de doctor (*Doktorarbeit*)<sup>109</sup>. El dato es relevante porque en la mayor parte de los casos, estos trabajos –que en muchas ocasiones alcanzan un excelente nivel– no están destinados al circuito científico; en Alemania, el título de doctor es un canal de acceso necesario para ejercer la profesión forense en un nivel medio o alto. La difusión de la teoría de los formantes en este tipo de publicaciones pone de manifiesto que ha sido capaz de despertar el interés y de mantener un carácter de innovación y originalidad respecto a los métodos tradicionales de análisis jurídico. También en la bibliografía de Derecho público alemán, tanto nacional como comparado, el método de Sacco se presenta y se discute, a veces incluso a través de los autores italianos, que dialogan con los alemanes<sup>110</sup>. En Portugal, a cuya lengua se ha traducido la obra de Sacco en 2001<sup>111</sup>, la escuela comparatística italiana es bien conocida, tanto en lo que se refiere a la teoría de los formantes del Derecho como al proyecto *Common Core*; ambos aspectos se han convertido en objeto consolidado de estudio y enseñanza universitaria<sup>112</sup>. No sorprende, en cambio, que Inglaterra parezca el país menos permeable a las tesis de Sacco, dado el endeble desarrollo que ha tenido allí el Derecho comparado, frente a lo sucedido en Francia, Alemania o Italia<sup>113</sup>. Por el contrario, en los países nórdicos, donde existe una sólida tradición de estudios metodológicos y

<sup>109</sup> Entre otros, M. SCHREIER, *Schutz vor willkürlichen und diskriminierenden Entlastungen*, Tübingen, 2009, p. 11, que ha decidido presentar los argumentos sobre los problemas analizados distinguiendo la doctrina y la jurisprudencia, de acuerdo con el método de Sacco; así, también, T. WEGNER, *Überseerkauf am Agrarhandel. Die Kontraktpraxis nach GAFTA und Einheitsbediengungen*, Frankfurt a. M., 2013, p. 5 ss.; H. FRASE, «*Leoninische Vereinbarungen*» und Ergebnisbeteiligungspflicht im deutschen und italienischen Gesellschaftsrecht, Frankfurt a. M., 2010, p. 16; M. IMMENHAUSEN, *Das Dogma von Vertrag und Delikt. Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der zweigeteilten Haftungsordnung*, Köln, 2006, p. 13; S. APEL, *Der ausübende Musiker im Recht Deutschlands und der USA*, Tübingen, 2011, p. 9; B. LAUKEMANN, *Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters*, Tübingen, 2010, p. 1. En Austria: I. KOZA, *Geschlechtliche Paare im Kampf ums Recht, Österreich und Argentinien im Vergleich*, Wien, 2012 (trabajo de fin de máster), pp. 19 y ss. En Suiza: K. PÄRLI, A. KAPLAZI, C. SUTER, *Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierungen im Arbeitsverhältnis*, Berne, 2007; cfr. además P. V. KUNZ, «Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz», en *Recht*, 2/2006, p. 47, 49.

<sup>110</sup> A. VESPAZIANI, «Die Europäische Verfassungslehre im Wandel zur post-ontologischen Rechtsvergleichung», en A. BLANKENAGEL, I. PERNICE, H. SCHULZE-FIELITZ (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt. Lieber Amicorum für Peter Häberle*, Tübingen, 2004, pp. 455 ss., 465 ss.; C. BACKES, «Effektivität von EG-Recht bei unterschiedlichen verwaltungsprozessualen Regelungen», en R. de Groot u. A. Janssen (Hg.), *Festschrift anlässlich des sechzigjährigen Bestehens der Deutsch-Niederländischen Juristenkonferenz*, Münster, 2009, pp. 159 ss. (para la comparación en Derecho administrativo).

<sup>111</sup> R. SACCO, *Introdução ao direito comparado*, São Paulo, 2001.

<sup>112</sup> Por todos, C. FERREIRA DE ALMEIDA, J. MORAIS CARVALHO, *Introdução ao direito comparado*, 3a ed., Lisboa, 2013.

<sup>113</sup> J. W. CAIRNS, «Development of Comparative Law in Great Britain», en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2008, pp. 131 ss. Sin embargo, el proyecto «*Common Core*» no es desconocido: A. PETERS & H. SCHWENKE, «Comparative Law

de teoría general del Derecho, Sacco es notablemente conocido y estudiado<sup>114</sup>.

(iii) En relación con el escaso debate científico sobre la potencialidad del método del proyecto *Common Core*, puede citarse una excepción, representada por el trabajo llevado a cabo por un grupo de participantes activos en el proyecto en relación con el *Draft Common Frame of Reference*. Debe recordarse, en este sentido, que en 2005 el proyecto *Common Core* había entrado a formar parte de la red de trabajo de excelencia CoPECL como grupo de apoyo crítico, al que las instituciones europeas habían confiado la tarea de llevar a cabo una valoración del posible impacto del *Draft Common Frame of Reference* «académico» sobre los sistemas nacionales, sobre la base de la aproximación factual como método característico del *Common Core*<sup>115</sup>. Tras la publicación del DCFR, el objetivo del estudio encargado al *Common Core* era el de valorar si la hipotética adopción del DCFR como régimen opcional en los Estados de la UE habría contribuido a acercar los sistemas jurídicos europeos o bien si habría generado fricciones significativas. A este fin, Mauro Bussani y Ugo Mattei, en calidad de responsables del proyecto, constituyeron en 2008 un subgrupo de trabajo bajo la dirección de Luisa Antonioli y de quien escribe, que se ha denominado *Common Core Evaluating Group*<sup>116</sup>. El grupo de evaluación seleccionó algunos temas objeto de regulación por el DCFR y se propuso analizarlos con método comparatístico a la luz del Derecho vigente, en una muestra representativa de los sistemas nacionales pertenecientes a la UE, entre los que han estado representados incluso los países de Europa del Este. El método de análisis ha sido el típico del *Common Core*. Se elaboraron casos hipotéticos, que

---

Beyond Post-modernism», en 49/4 *ICLQ*, 2000, pp. 800 ss.; T. LUNDMARK, *Charting the Divide Between Common and Civil Law*, Oxford, 2012, p. 24.

<sup>114</sup> Por ejemplo, T. BRÄUTIGAM, *Rechtsvergleichung als Konfliktvergleich. Das deutsche Informationsfreiheitsgesetz aus Perspektive des US-amerikanischen und finnischen Rechts*, Helsinki, 2008, p. 10, 19 s., 33, sobre la relación entre lengua y Derecho; M. KIISKI, *Comparative Legal Reasoning and European Law*, Dodrecht, Boston, London, 2001, p. 31, sitúa a Sacco en la aproximación tradicional del Derecho comparado, que examina las formas contemporáneas de legitimación del derecho en los distintos sistemas jurídicos, con el fin de revelar la estructura y las funciones del derecho en estos sistemas, lo que les lleva a entender que pueden extraer, dentro de ciertos límites, algunas consecuencias dogmáticas. En cambio, J. HUSA & J. SMITS, «A Dialogue on Comparative Functionalism», en 18 *Maastricht J. of Eur. Comp. L.*, 2011, pp. 554 ss., se ocupan brevemente de los proyectos centrados en el *common core* del Derecho privado europeo como ejemplos de funcionalismo. Sobre el funcionalismo, J. HUSA, «Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility?», en *R.int.dr.comp.*, 4/2006, pp. 1095 ss.

<sup>115</sup> Cfr. <http://www.copecel.org/>.

<sup>116</sup> En el grupo de trabajo han participado: V. Bineva, C. Gómez Liguierre, M. Jozon, V. Mak, S. Meier, G. Panek, R. Peleggi, I. Smits, S. Vigneron, L. van Vliet, C. Willett, S. Wong; a los anteriores se han sumado E. Ioriatti Ferrari, L. Nogler, U. Reifner y C. Schmid con contribuciones críticas.

debían ser resueltos por cada uno de los participantes en la investigación, de un lado siguiendo el Derecho nacional (a veces, de acuerdo con más de uno Derechos nacionales); de otro, de acuerdo con las reglas modelo del DCFR, distinguiendo los tres niveles de respuesta relativos a los formantes operativos, a los descriptivos y a los metalegales. El objetivo consistía en verificar, de modo fáctico, si las reglas europeas recién nacidas estaban en consonancia con las nacionales o bien si, y en qué medida, se apartaban de ellas<sup>117</sup>.

La operación ha presentado dificultades operativas y limitaciones en relación con los resultados, porque el presupuesto de un análisis completo siguiendo el método del *Common Core* es el de que se pueda tener en cuenta todos los formantes jurídicos implicados en el derecho aplicado, mientras que desde el momento en que los participantes en el proyecto han debido analizar los casos siguiendo las reglas del DCFR, se han enfrentado, necesariamente, solo al dato normativo –faltando, pues, por completo la aplicación de las reglas de *soft law* recién publicadas, que son un producto meramente doctrinal–. El ejercicio de comparación práctica, por lo tanto, ha arrojado un resultado inevitablemente desequilibrado a favor del Derecho de los sistemas nacionales. Los resultados de tal trabajo se publicaron a finales de 2009<sup>118</sup>, y han permitido poner en evidencia algunas tendencias que han sido expuestas en otro lugar<sup>119</sup> y que, en sustancia, coinciden con lo que se ha destacado por gran parte de la doctrina crítica con el DCFR, poniendo de manifiesto una serie de potenciales problemas aplicativos del DCFR académico. Lo que quiere subrayarse aquí es la originalidad del método con el que el *Evaluating Group* ha llevado a cabo su tarea,

<sup>117</sup> Los casos estudiados se refieren a: *unfair terms* (C. Willett), *change of circumstances* (V. Bineva), *plurality of debtors* (S. Meier), *sales* (R. Peleggi), *lease of goods* (G. Panek), *mandate* (C. Gómez Liguierre), *personal security* (S. Vigneron, S. Wong), *non-contractual liability arising out of damage caused to another* (M. Jozon), *unjustified enrichment* (I. Smits, V. Mak), *acquisition and loss of ownership of goods* (L. van Vliet). A estos trabajos se han añadido algunas contribuciones críticas conectadas con el estudio que se estaba llevando a cabo: «The “Three Lives” of European Private Law» (C. SCHMID), «Draft Common Frame of Reference and Terminology» (E. IORIATTI FERRARI), «Social Contracts in the Light of the Common Frame of Reference for a Future Contract Law» (L. NOGLER, U. REIFNER).

<sup>118</sup> L. ANTONIOLLI, F. FIORENTINI, *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference, prepared by the Common Core Evaluating Group*, Monaco, Sellier, 2010.

<sup>119</sup> Véase L. ANTONIOLLI, F. FIORENTINI, J. GORDLEY, «A Case-Based Assessment of the Draft Common Frame of Reference» (2/2010) 58 *Am. J. Comp. L.* 343-358 y L. ANTONIOLLI, F. FIORENTINI, «Concluding Remarks», en L. ANTONIOLLI, F. FIORENTINI, *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 377 ss., 410 ss.; EAD., «Draft Common Frame of Reference, diritto private europeo e metodologia del Common Core», en G. AJANI, A. GAMBARO, M. GRAZIADEI, R. SACCO, V. VIGORITI, M. WAELBROECK (coords.), *Studi in onore di Aldo Frignani*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 33 ss.

que ha permitido que este trabajo y, por tanto, la originalidad del proyecto *Common Core*, haya circulado en Europa<sup>120</sup>.

## 7. LA DIMENSIÓN SOCIAL DEL *COMMON CORE*

Existe, además, una dimensión social, relacional y educativa del *Common Core* que es parte integrante de sus aspectos técnico-jurídicos y que, junto a estos últimos, contribuye a determinar el éxito (y quizás también los límites) del proyecto. Este aspecto antropológico casi nunca ha sido objeto de atención por parte de la doctrina que analiza cómo se elabora el Derecho privado europeo y que lleva a cabo la radiografía de los proyectos académicos en este sector<sup>121</sup>. Desde la óptica de una valoración de los participantes en el proyecto como actores sociales, es útil preguntarse quiénes son los participantes y por qué quieren formar parte de esta iniciativa.

Ya se ha dicho que los participantes en el proyecto son, de una parte, académicos que se cuentan entre los más influyentes en el debate actual sobre Derecho privado europeo y comparación jurídica<sup>122</sup>. De otro lado, el proyecto reúne un amplio grupo de jóvenes estudiosos, doctorandos e investigadores, que participan en las actividades de estudio junto a juristas expertos y, a veces, junto a gran-

<sup>120</sup> Véanse las recensiones de D. DE CAROLIS, en 7/3 *The European Rev. of Contract Law*, 2011, pp. 460 ss.; en *Journal of Consumer Policy*, 1/2012, p. 275; en *The European Legal Forum*, 3/2013, p. 99; R. Süß, en *DNotI-Report* 11/2014, Juni 2014, p. 86. La obra ha sido citada y/o analizada, por ejemplo, por: S. VOGENAUER, «Drafting and Interpreting of a European Contract Law Instrument», en G. DANNEMANN & S. VOGENAUER (eds.), *The Common European Sales Law in Context: Interactions with English and German Law*, Oxford, 2013, pp. 82 ss., 89; C. MARCHETTI, «Legal Categories and Legal Terms in the Path towards European Private Law: The Experiment of the DCFR», en 6 *ERPL*, 2012, p. 1265 ss.; en las contribuciones de P. GILIKER, «The Draft Common Frame of Reference and European Contract Law: Moving From the “Academic” to the “Political”»; P. SPARKES, «European Contract Law: How to Exclude Land?» y M. SCHILLIG, «European contract law-making and development: lessons from the Unfair Contract Terms Directive's price term exemption», todos en J. DEVENNEY & M. KENNY (eds.), *The Transformation of European Private Law*, Cambridge, 2013, en las p. 23 ss., 78 ss. y 256 ss., respectivamente; T. TAJTI, «Neglected Challenges of the Law in the 21<sup>st</sup> Century: Focus on Post-Socialist Central Europe», en *The Milestones of Law in the Area of Central Europe*, Bratislava, 2013, pp. 1014 ss., 1016. El trabajo del *Common Core Evaluating Group* forma parte de las lecturas aconsejadas por el programa de LLM sobre Fundamentos de Derecho comparado (*Foundations of Comparative Law*) de la School of Oriental and African Studies (SOAS) de Londres: <http://www.soas.ac.uk/law/programmes/pgcourses/file87558.pdf>.

<sup>121</sup> Existe una excepción: se trata de la publicación de un estudio antropológico del proyecto que ofrece algunas notas para afrontar esta perspectiva: A. SCHREINER, «The Common Core of Trento. A Socio-Legal Analysis of a Research Project on European Private Law», en A. JETTINGHOFF, H. SCHEPEL, *In Lawyers' Circles. Lawyers and European Legal Integration*, The Hague, 2004, pp. 125 ss.

<sup>122</sup> Vid. *supra*, epígrafe 4. Téngase en cuenta que BUSSANI y MATTEI han sido también promotores del proyecto «*Social Justice in European Contract Law*». Véase «Social Justice in European Contract Law: A Manifiesto», en 10/6 *Eur. L. J.*, 2004, pp. 653 ss.

des maestros. Con frecuencia los jóvenes, que han recibido una formación jurídica marcada especialmente por el Derecho nacional, no están todavía maduros en su aproximación al Derecho comparado. Su curiosidad hacia otros modos de conocer, explicar y practicar el Derecho es un fuerte catalizador para el proyecto. Este *modus operandis* del *Common Core* garantiza un significativo potencial educativo, que constituye la base indispensable para la formación de una cultura jurídica europea, que es el objetivo, ambicioso y a largo plazo del proyecto. Obsérvese que la cultura jurídica que el proyecto trata de desarrollar y difundir se entiende –a diferencia de lo que sucede en muchos de los otros proyectos académicos de Derecho privado europeo– de un modo no hegemónico. Lo manifiestan con decisión los promotores del *Common Core*<sup>123</sup>. Con él tampoco se pretende imponer un método de estudio ni un resultado específico de la investigación –por ejemplo, la producción de *black letter rules*–, sino que se quiere proceder desde abajo hacia arriba para crear un lugar ideal de encuentro y acercamiento entre nosotros y los otros, un lugar ecuménico, donde el centro del discurso esté ocupado por la recíproca comprensión de las culturas jurídicas de los cuatro ángulos del perímetro europeo<sup>124</sup>.

Vale la pena añadir que un importante elemento de unión que favorece la cohesión cultural en el seno del proyecto es la amistad –un factor social subestimado en relación con las investigaciones colectivas en Derecho comparado–. En primer lugar, la amistad y la recíproca admiración que desde el comienzo de sus respectivas carreras unen a dos personas tan distintas como Bussani y Mattei han hecho posible esa particular alquimia entre los promotores de la iniciativa, que les ha permitido llevar adelante el proyecto a lo largo de tantos años, superando innumerables dificultades, con generosidad e inteligencia. En segundo lugar, la amistad que se ha desarrollado entre los participantes más antiguos del proyecto, que ha favorecido su vinculación con la iniciativa y ha contribuido a incrementar su prestigio en el tiempo. No es casualidad que algún autor haya observado<sup>125</sup> que el comparatista necesita amigos en el extranjero. Si el jurista interno puede conformarse con la dimensión solitaria de la investigación el comparatista, por el contrario, para aprehender el verdadero sabor de los sistemas jurídicos ajenos no puede conformarse con leer un libro; necesita tener amigos en

<sup>123</sup> M. BUSSANI y U. MATTEI, *The Common Core Approach*, cit., pp. 343, 350 s.

<sup>124</sup> Sobre la importancia de los lugares físicos de reunión de los estudiosos en relación con nuestro proyecto, véase M. REIMANN, «Of Products and Process. The First Six Trento Volumes and Their Making», en M. BUSSANI & U. MATTEI (eds.), *Opening Up European Law*, cit., p. 94 s.

<sup>125</sup> T. WEIR, «Friendship in the Law», en *6/7 Tulane Civil Law Forum*, 1991/1992, pp. 61 ss.

todas partes del mundo. El lugar ideal de la comparación es, claro está, el viaje y la conferencia, pero sobre todo la comunicación informal con los amigos, en la que el intercambio cultural y la comparación acerca del estudio y la enseñanza son vehículos privilegiados de conocimiento<sup>126</sup>. Es evidente que el *Common Core* debe mucho a la amistad que existe entre sus adeptos y al hecho de ser un proyecto que nace en una familia que, si bien ha vivido en ocasiones momentos borrascosos, sigue siendo una familia unida en su proyección externa, esto es, la escuela turinesa de Derecho comparado.

## 8. RETÓRICA Y POLÍTICA EN EL PROYECTO

A continuación veremos cómo también pueden invocarse otros motivos para justificar la atracción que sienten los estudiosos hacia el proyecto, y son motivos de carácter político<sup>127</sup>. Se trata de argumentos que no se han manifestado, pero que están latentes tras el velo de la palabra. Para entender este aspecto, es necesario hacer notar que, en líneas generales, el florecimiento de iniciativas académicas en apoyo de la construcción del Derecho privado europeo revela la intención de la doctrina de volver a ganar el terreno perdido, a partir del período de las codificaciones civiles de Europa continental y del positivismo jurídico, en la competición entre los actores del Derecho<sup>128</sup>. La doctrina en Europa intenta tener mayor peso político en el proceso de elaboración de las leyes (*law-making process*), y, para lograrlo, ha entendido que debe desplazar su atención pasando del Derecho nacional al europeo<sup>129</sup>. El intento de reforzar el propio papel político haciendo uso de la integración jurídica europea revela un claro proyecto hegemónico de la doctrina respecto de los otros formantes del Derecho. Desde esta perspectiva, si comparamos el proyecto *Common Core* con los restantes grupos de estudio, podemos notar que el nuestro se sitúa siempre

<sup>126</sup> Reconoce la contribución de las conversaciones informales entre los participantes del proyecto en el marco de las reuniones del *Common Core*, por ejemplo, M. SHAPIRO, «The Common Core: Some Outside Comments», cit., en BUSSANI & MATTEI (eds.), *The Common Core of European Private Law*, pp. 221 ss., 224.

<sup>127</sup> Las razones por las que los autores desean participar en proyectos como el *Common Core* se estudian, por ejemplo, por T. WILHELMSSON, «Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?», en *ERPL*, 1/2002, pp. 77 ss.

<sup>128</sup> M. BUSSANI, «Before and Beyond a European Civil Code», en G. BARRETT & L. BERNARDEAU (eds.), *Towards a European Civil Code. Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, E. R. A. Europäische Rechtsakademie, Trier, 2002, p. 109 ss.

<sup>129</sup> M. HESSELINK, «The Politics of a European Civil Code», en *10/6 Eur. L. J.*, pp. 675 ss., 686; M. SHAPIRO, «The Common Core: Some Outside Comments», cit., pp. 221 ss.

en una posición excéntrica respecto de los otros. Mientras que los demás proyectos, como es sabido, tienen su propio modo de entender y de usar la comparación y tienen objetivos (diversos, sí, pero) fundamentalmente orientados hacia una hegemonía tecnocrática explícita, dirigida a producir (e imponer) reglas modelo de arriba hacia abajo, el *Common Core*, por el contrario, reivindica una posición neutral en relación con los problemas de política. Bussani y Mattei no se ocupan de los posibles usos políticos de los resultados de su investigación; están interesados en comparar, más que en predicar cómo se debe comparar<sup>130</sup>, y en generar un conocimiento lo más objetivo posible<sup>131</sup>.

Si bien esta es la posición manifiesta del proyecto, es necesario hacer notar cómo, tras la retórica de la cientificidad y neutralidad política, se esconde una realidad operativa diferente, es decir, un empleo diverso de los propios presupuestos esencialmente culturales. En primer lugar, los promotores del proyecto son conscientes de la imposibilidad de admitir la declaración de neutralidad y cientificidad pura del proyecto, al ser sumamente inestables los límites entre conocimiento objetivo y opinión/interpretación subjetiva, tal y como la filosofía de la ciencia ha enseñado a los juristas<sup>132</sup>. De nuevo, Bussani y Mattei han demostrado en varias ocasiones que luchan para obtener legitimación como legisladores (*law-makers*) en el único modo posible para la doctrina, esto es, mediante el conocimiento. El lema del proyecto podría ser «*More study and less drafting*», que resume de forma eficaz la contribución crítica al proceso de redacción del *Draft Common Frame of Reference* como cúspide de los proyectos de «legislación» europea<sup>133</sup>. Dicho en otros términos, lo que garantiza la legitimación técnico-cultural de la doctrina es el conocimiento del Derecho europeo, esto es, el mapeo que se persigue con el proyecto<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> M. BUSSANI & U. MATTEI, «Preface: The Context», en Iid (eds.), *The Common Core of European Private Law*, The Hague, 2003, p. 2.

<sup>131</sup> M. BUSSANI & U. MATTEI, *The Common Core Approach*, cit., p. 348, sobre el escepticismo valorativo (*value scepticism*) del proyecto.

<sup>132</sup> Véase, por todos, J. DERRIDA, *L'université sans condition*, Paris, 2001; M. BUSSANI, «Appunti sull'interlocutore del giurista ed il problema dell'interpretazione», en M. BUSSANI (dir.), *Diritto, Giustizia e Interpretazione*, en *Annuario Filosofico Europeo* coordinado por G. VATTIMO y J. DERRIDA, Bari-Roma, 1998, p. 37 ss.

<sup>133</sup> Ugo Mattei y Mauro Bussani en la Introducción que hacen a L. ANTONIOLLI e F. FIORENTINI, *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, cit., p. XVI.

<sup>134</sup> Para una crítica al agnosticismo declarado por los promotores del proyecto y sobre la necesidad de que adopten una clara posición en relación con las cuestiones relativas a valores que acompañan a la integración jurídica europea, véase D. KENNEDY, «The Politics and Methods of Comparative Law», en M. BUSSANI & U. MATTEI (eds.), *The Common Core of European Private Law*, The Hague, 2003, pp. 131 ss., 175 ss. Vid. GROS-SWALD CURRAN, «On the Shoulders of Schlesinger», cit., p. 76, 80.

## 9. LAS PERSPECTIVAS DEL *COMMON CORE*: ENTRE AMBICIONES Y LÍMITES

Si se tiene en cuenta el impacto del proyecto y sus veinte años de actividad, no sorprende que, además de ser objeto de numerosos elogios y muestras de apoyo, haya cosechado también algunas críticas<sup>135</sup>, entre las que pueden diferenciarse las relativas al método y las que se centran en aspectos operativos.

En relación con los aspectos metodológicos, puede recordarse que el *Common Core* ha sufrido críticas formuladas a nivel de teoría general, cuando se lo compara con el funcionalismo del Derecho comparado. Frente a la esencia de la versión mayoritaria del funcionalismo, representada por Zweigert y Kötz, y según la cual los sistemas jurídicos responden de manera parecida a problemas similares, si bien utilizando técnicas y vías distintas<sup>136</sup>, se ha objetado que el Derecho no puede quedar reducido al problema de la función de las instituciones y que, en cualquier caso, la individualización de la función de las instituciones no puede quedar reducida a una búsqueda en los principios generales. El Derecho sería esencialmente un hecho cultural, en el que asume importancia el momento interpretativo y, con él, la mentalidad de los intérpretes<sup>137</sup>. En relación con este tipo de objeciones es fácil de verificar que no pueden dañar al proyecto. En efecto, tanto sus iniciadores como sus participantes son conscientes, por lo general, de la importancia que tienen no solo los formantes interpretativos, sino también los metalegales; es más, la originalidad del *Common Core*, como ya se ha apuntado, reside justamente en haber sido capaz de elaborar un método que tiene en cuenta estos factores a gran escala<sup>138</sup>. La objeción más sensata es, más bien, la que se refiere a las dificultades que inevitablemente acompañan a la puesta en marcha de este método por parte de estudiosos procedentes de diversas culturas jurídicas, que tienen escasas ocasiones de trabajar en grupo; es cierto que los encuentros anuales en Turín son importantes para permitir la discusión entre los miembros de los grupos, pero son demasiado breves como para producir un claro impacto en los resultados de la investigación. En efecto, son frecuentes los equívocos sobre el método del proyecto entre los estudiosos que participan en él, lo que pone en peligro tanto la velocidad de los trabajos como la calidad de los

<sup>135</sup> Puede encontrarse una lista de los elogios y las críticas al proyecto en M. BUSSANI & U. MATTEI (eds.), *Making European Law: Essays on the «Common Core» Project*, cit.

<sup>136</sup> K. ZWEIFERT u. H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., Tübingen, 1996, pp. 31 ss.

<sup>137</sup> Es la objeción, por ejemplo, de P. LEGRAND, *Que sais-je? Le droit comparé*, Paris, 2011, pp. 36 ss., 119, pero véase también G. FRANKENBERG, «Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law», 26 *Harv. Int'l LJ*, 1985, p. 411.

<sup>138</sup> *Cf. supra*, epígrafe 4.

resultados finales. Basten los ejemplos de algunos libros del *Common Core* que, desafortunadamente, se apartan del método fáctico y recurren a las tradicionales cuestiones teóricas<sup>139</sup>. Es evidente que los defectos de la puesta en práctica del método se reflejan en los resultados y ponen en riesgo la fiabilidad del mapeo del Derecho privado europeo, que es el objetivo del proyecto<sup>140</sup>.

La segunda objeción sobre el método se refiere a las modalidades a través de las cuales los participantes en la investigación seleccionan los casos que van a formar parte del cuestionario. Se ha observado, en este sentido, que el modo de plantear las preguntas fácticas influye necesariamente en las respuestas, de forma que la identificación de problemas prácticos similares lleva casi automáticamente a encontrar semejanzas en los resultados operativos. El proyecto ha sido criticado en este sentido, porque se apoyaría en una excesiva simplificación de los hechos que, de nuevo, impactaría sobre el mapa final<sup>141</sup>. También en este caso la respuesta es fácil. Es verdad que el modo de identificar los problemas a analizar puede influir sobre las respuestas, pero este es un problema epistemológico que afecta a todas las ciencias y del que son bien conscientes los proponentes de la investigación<sup>142</sup>. Se ha dicho que los casos hipotéticos en los que se basa el cuestionario se discuten de forma abierta entre todos los participantes en la investigación, a través de un método que garantiza que se compruebe la relevancia de los mismos desde la óptica de cada uno de los sistemas jurídicos representados en los subgrupos de estudio. En efecto, no parece que exista una alternativa mejor a la hora de elaborar los casos, en especial si tenemos en cuenta que cada participante en el cuestionario está en condiciones de –es más, debe hacerlo– indicar si el caso objeto de análisis es percibido o no como un problema en el ordenamiento propio. Está claro que este modo de operar no evita las simplificaciones, pero hay que hacer notar que cualquier mapa, si quiere ser de utilidad a sus usuarios, debe ser (también) simplificador<sup>143</sup>. De nuevo, el estudio de los resultados alcanzados con

<sup>139</sup> C. VAN DER MERWE y A.-L. VERBEKE (eds.), *Time Limited Interests in Land*, Cambridge, 2012; el mismo problema se ha encontrado en las pruebas de S. MARTÍN SANTISTEBAN y P. SPARKES (eds.), *The Protection of Immovable Property* (que todavía no está publicado pero que se me ha puesto a disposición por los editores del proyecto) y se ha podido corregir solo en parte.

<sup>140</sup> M. REIMANN, «Of Products and Process. The First Six Trento Volumes and Their Making», en M. BUSSANI & U. MATTEI (eds.), *Opening Up European Law*, cit., pp. 84 ss., 95 ss.

<sup>141</sup> G. FRANKENBERG, «How to Do Projects with Comparative Law: Notes of an Expedition to the Common Core», en M. BUSSANI & U. MATTEI (eds.), *Opening Up European Law*, cit., pp. 17 ss.

<sup>142</sup> Véase, por ejemplo, M. BUSSANI, «Choix et défis de l'herméneutique juridique: notes minimales», in 50 *RIDC*, 1998, pp. 735 ss.

<sup>143</sup> J. CARTWRIGHT & M. HESSELINK, «Introduction», en J. CARTWRIGHT & M. HESSELINK (eds.), *Precontractual Liability in European Private Law*, cit., p. 7 s.

cada uno de los libros del *Common Core* muestra, además de parecidos y elementos armónicos entre los sistemas estudiados, numerosas diferencias. Queda pues demostrado en la práctica que el enfoque común del estudio de casos cuya relevancia es compartida por los participantes en la investigación no constituye un obstáculo para elaborar el mapeo más preciso posible de las reglas<sup>144</sup>.

En tercer lugar, se ha observado una contradicción entre los objetivos del proyecto –el mapeo a gran escala del Derecho privado europeo de los países de la UE– y la modalidad de aplicación del método de investigación, que en cambio se ha concentrado en temas (ciertamente relevantes pero) demasiado específicos de Derecho privado. La especialidad de los temas estudiados y la relativa lentitud del progreso de las publicaciones han llevado a señalar como deseable una revisión de los objetivos de la iniciativa: se ha dicho que el proyecto debería tratar de investigar sectores específicos del Derecho privado europeo, que deberían ser escogidos con extremo cuidado, siguiendo criterios de relevancia práctico-económica o de la representatividad de fenómenos penetrantes, que puedan dar lugar a resultados científicos significativos<sup>145</sup>. Si se observa con calma, estas últimas observaciones parecen más una descripción del progreso (inevitablemente dificultoso) del proyecto que críticas orientadas a los aspectos metodológicos. La especialidad de los temas a estudiar es indispensable si se quieren obtener resultados que logren fotografiar en profundidad el *modus operandi* del Derecho en los distintos ordenamientos europeos. El objetivo de la verificación y revisión de la taxonomía y los asuntos sobre los que se basa el conocimiento moderno solo puede ser un objetivo a muy largo plazo; por lo demás, ni la dificultad para alcanzar los objetivos ni los largos tiempos necesarios para ello pueden afectar a la importancia científica.

En realidad, el verdadero problema que amenaza al proyecto no se refiere al método; se trata, más bien, del mismo con el que se enfrentó el proyecto de Schlesinger, y es el de lograr el suficiente apoyo organizativo y financiero para una investigación de ámbito tan amplio, que debería contar con una sede institucional, como un ente de investigación con su propio personal. Sin el refuerzo del arquitrabe organizativo, el futuro del proyecto está en riesgo, al depender de la generosidad de los esfuerzos de unas pocas personas.

---

<sup>144</sup> Sobre la dificultad de formular observaciones conclusivas en relación a los resultados de las publicaciones del *Common Core*, precisamente a causa de las numerosas diferencias que emergen entre los sistemas y cuyas razones no son fáciles de identificar véase, por ejemplo, M. REIMANN, *Of Products and Process*, cit., p. 85 ss.

<sup>145</sup> M. REIMANN, *Of Products and Process*, cit., p. 100.



# La construcción de un concepto teórico de plusvalía en el régimen de participación en las ganancias

**SANDRA CAMACHO CLAVIJO**  
Profesora Agregada interina Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Barcelona

## RESUMEN

*El estudio jurídico de las plusvalías en el sistema de liquidación del régimen matrimonial de participación en ganancias exige una atenta consideración de las diversas acepciones que el término de plusvalía ofrece a la hora de utilizar sus significados para identificar los elementos definitorios comunes más característicos y elaborar sobre ellos una noción conceptual unitaria. Por otra parte, la formulación de una noción jurídica de plusvalía, que tiene un concepto legalmente atípico en el marco legal del régimen de participación en ganancias, nos ha obligado a estudiar el sistema contable de liquidación de ese régimen para determinar los elementos esenciales del tipo jurídico conceptual unitario de plusvalía repartible en la disciplina reguladora del régimen positivo de participación en las ganancias. Posteriormente el estudio del criterio del momento de valoración del patrimonio inicial como factor determinante de la plusvalía repartible en los dos sistemas más relevantes, el alemán y el francés nos ha servido para analizar el concepto de plusvalía repartible y su contabilización en la regulación del régimen de participación en ganancias español y en la reciente reforma operada por el libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.*

*Finalmente se estudia el Convenio Franco-Alemán sobre régimen económico matrimonial opcional de participación en las ganancias porque la contabilización de plusvalías es una cuestión en la que el sistema alemán y francés de participación en ganancias difieren sustancialmente y el criterio que el régimen propone se presenta como una norma de armonización de interés. Asimismo se analizan los criterios de contabilización de las plusvalías que establecen los Principios europeos de derecho de familia concernientes a las relaciones patrimoniales entre cónyuges.*

## PALABRAS CLAVE

*Régimen económico matrimonial de participación en ganancias, ganancia, plusvalía, plusvalía real, patrimonio inicial, patrimonio final.*

**ABSTRACT**

*The juridical study of the «increases in value» in the Community of accrued gains, requires an attentive consideration on the diverse meanings that the term of increases in value offers, in order to use his meanings to identify the most common characteristic features and elaborate on them a unitary conceptual notion. As the formulation of a juridical notion for the «increases in value», has a legally atypical concept in the legal frame of the Community of accrued gains, it is obligated to study the accounting settlement system of this regime to determine the essential elements of the unitary conceptual juridical type of the «increases of value» distributable in the regulatory discipline of the positive regime of Community of accrued gains. Later, the study on the criterion of the moment of assessment of the initial heritage as the determinant factor of the distributive «increases in value» in the two more notable systems, the German and the French, allows us to analyse the concept of the distributable «increases of value» and its accounting in the regulation of the Spanish regime of participation in accrued gains and in the recent reform, operated by the second book of the Catalonia civil Code, relative to the person and the family.*

*Finally we have studied the Franco-German agreement on the optional matrimonial economic regime of participation in accrued gains because the accounting of the «increases in value» is a question in which the German and French system of participation in accrued gains differs substantially and the criterion that the regime proposes, presents it as a norm for interest harmonization. Also, we have studied the criteria of accounting of the «increases in value» that establish the Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses.*

**KEYWORDS**

*The community of accrued gains, gain, increases in value, increases in value of the property, initial assets, final assets.*

**SUMARIO:** 1. Acotamiento del tema.–2. Cuestiones terminológicas.–3. Concepto de plusvalía: sus diferentes acepciones.–4. Sistemas de cálculo de la ganancia repartible en el régimen de participación en ganancias. 4.1 Introducción. 4.2 El sistema de cálculo de la ganancia repartible por diferencia entre valores patrimoniales inicial y final como presupuesto de la contabilización de plusvalías repartibles.–5. El sistema de determinación de la ganancia en el CC y en el CCC.–6. La valoración del Patrimonio Inicial y la plusvalía repartible. 6.1 Criterio general de valoración de los bienes. 6.2 El momento de valoración del Patrimonio Inicial como factor determinante de la plusvalía repartible. 6.2.1 La valoración del Patrimonio Inicial según el valor inicial-estado inicial de los bienes: el cómputo de plusvalías reales como ganancias repartibles. 6.2.2 La valoración del patrimonio inicial según valor final-estado inicial de los bienes: el cómputo de las plusvalías reales por mejoras en el bien.–7. El cálculo de plusvalías en el convenio franco-alemán sobre régimen económico matrimonial opcional de participación en las ganancias: un ejemplo de armonización entre sistemas de cómputo de plusvalías.–8. Conclusiones concepto y justificación de la plusvalía repartible.

## 1. ACOTAMIENTO DEL TEMA

El estudio jurídico de las plusvalías en el sistema de liquidación del régimen matrimonial de participación en ganancias no es una tarea fácil, exige una atenta consideración de las diversas acepciones que el término de plusvalía ofrece a la hora de utilizar sus significados para identificar los elementos definitorios comunes más característicos y elaborar sobre ellos una noción conceptual unitaria más generalizable.

Por otra parte, la formulación de una noción jurídica de plusvalía, que tiene un concepto legalmente atípico en el marco legal del régimen de participación en ganancias, también nos ha obligado a estudiar el sistema contable de liquidación de ese régimen. Creemos que es el único camino viable para determinar los elementos esenciales del tipo jurídico conceptual unitario de plusvalía en la disciplina reguladora del régimen positivo de participación en ganancias.

## 2. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

El estudio de la plusvalía en el régimen de participación en ganancias requiere analizar no sólo su concepto sino su contabilización en el sistema de liquidación del régimen. Parece conveniente fijar el alcance jurídico de los términos que han de utilizarse en el estudio de ese sistema de liquidación:

**Ganancia:** Es la diferencia positiva que resulta de la resta entre el valor del patrimonio final y el valor del patrimonio inicial de cada cónyuge ( $PF-PI = Ganancia$ )<sup>1</sup>. Sólo existe ganancia si el patrimonio final es superior al inicial.

**Comunicación de ganancia:** Es la operación por la que se contabiliza un valor en el patrimonio final que lo incrementa y lo hace superior al patrimonio inicial determinando la ganancia.

**Patrimonio Final:** Es el patrimonio que resulta de la suma del patrimonio final real y del patrimonio final ficticio del cónyuge ( $PFR + PFF = PF$ ).

El patrimonio final real comprende el valor de los bienes que le pertenecen al cónyuge en el momento de extinción del régimen según el estado material en que se encuentren (activo) una vez

---

<sup>1</sup> Vid. artículo 232-13 CCC: «El règim econòmic matrimonial de participació en els guanys atribueix a qualsevol dels cònjuges, en el moment en què s'extingeix el règim, el dret a participar en l'increment patrimonial obtingut per l'altre durant el temps que aquest règim hagi estat vigent» y vid. artículo 232-18 CCC. Vid. definición sobre el concepto en NAVAS NAVARRO, Susana, *El régimen de participación en las ganancias desde una perspectiva europea (Atención especial al Derecho catalán y sus recientes modificaciones en la materia)*, Dikynson, Madrid, (en prensa).

deducido y el valor de las cargas que los afecten y de las obligaciones no satisfechas (pasivo).

El *patrimonio final ficticio* es la suma del valor de los bienes dispuestos a título gratuito durante la vigencia del régimen, de los que se hayan sustraído del patrimonio, destruido o deteriorado por actos fraudulentos del cónyuge y de las obligaciones o gravámenes constituidos fraudulentamente.

**Patrimonio Inicial:** Es el patrimonio del cónyuge que resulta de la suma del patrimonio inicial originario y del patrimonio inicial sobrevenido ( $PIO + PIS = PI$ ).

El *patrimonio inicial originario* comprende todos los bienes que pertenecen al cónyuge al inicio del régimen una vez deducidas las cargas que los afectan y las obligaciones.

El *patrimonio inicial sobrevenido* es la suma del valor neto de los bienes adquiridos a título gratuito durante la vigencia del régimen y las indemnizaciones por daños personales excluida la parte correspondiente al lucro cesante durante el tiempo de vigencia del mismo.

### 3. CONCEPTO DE PLUSVALÍA: SUS DIFERENTES ACEPTACIONES

El concepto de plusvalía no es único ni unívoco. Por una parte, el sobre-valor o plusvalía es el concepto central de la ideología político-económica marxista y se define como valor producido por un conjunto de trabajadores asalariados durante el tiempo de sobre-trabajo<sup>2</sup>. Según esta ideología el capitalista industrial percibe como beneficio el valor del trabajo efectuado por el trabajador una vez superado el tiempo necesario para la producción y mantenimiento de la fuerza del trabajo<sup>3</sup>.

Por otra parte, tampoco existe un único concepto económico de plusvalía. De forma general ésta se determina por la diferencia

<sup>2</sup> MARX, Karl, *El Capital*; Alianza, Madrid, 2010, p. 131, el concepto de plusvalía nace de la distinción de dos conceptos la fuerza del trabajo y el trabajo que no son sinónimos en la teoría del valor-trabajo. En ésta este último es la materialización, la concreción del potencial representado por la primera. El trabajo es el resultado de emplear la fuerza de trabajo. El valor de la fuerza de trabajo, como el de cualquier otra mercancía, está determinado por el tiempo de trabajo socialmente necesario para producirla. En este caso por ser una mercancía especial su valor se determina por el tiempo de trabajo socialmente necesario para producir los medios de existencia y reproducción del trabajador, es decir, los suyos y los de su descendencia. Por lo tanto, el coste de producción de la fuerza de trabajo en tanto mercancía es el coste de producir esa fuerza de trabajo o sea de producir al propio obrero viviente. Este concepto de valor de cambio de las mercancías, determinado por la cantidad de trabajo necesaria para su producción es ampliado en la obra de RICARDO, David: *Principios de Economía política y tributación*, Ayuso, Barcelona, 1985, pp. 30 y ss.

<sup>3</sup> Vid. MARX, Karl, *ob. cit.*, p. 152, la plusvalía existe porque el trabajador labora más tiempo del necesario para producir y reproducir su vida y se define como la diferencia entre su jornada laboral y el trabajo necesario (igual al valor de su fuerza de trabajo) multiplicado por la expresión monetaria del tiempo de trabajo (m): plusvalía= m x (l-ln)=Ls

entre valores y se refiere al incremento del valor de un bien por causas extrínsecas a éste o por factores externos al propietario del mismo<sup>4</sup>. El bien experimenta en el mercado un aumento de su valor sin que ningún trabajo productivo haya modificado ni su naturaleza ni su utilidad objetiva<sup>5</sup>. La plusvalía, así considerada, puede ser real o ficticia según el sobre-valor resulte de circunstancias coyunturales del mercado ajenas a una actividad productiva, o bien resulte de la disminución del valor de la moneda por causas inflacionistas, devaluación u otras de análogas consecuencias en el comercio nacional o internacional (plusvalía causada por la inflación).

También se distingue el concepto de plusvalía del concepto de ganancia de capital, porque en la primera el incremento del valor se refiere a un bien que forma parte del patrimonio del titular, mientras en la segunda el incremento se genera por la transmisión onerosa del correspondiente elemento patrimonial (venta de inversiones o capital) y se calcula por la diferencia existente entre el precio de venta y el precio de adquisición<sup>6</sup>. Precisamente en derecho tributario este incremento de valor deviene hecho imponible del impuesto de plusvalía que se devenga desde el momento en el que se pone de manifiesto el sobre-valor con motivo de la transmisión onerosa o de su anotación contable. Por lo tanto, a efectos fiscales, la plusvalía es el beneficio contable obtenido por la diferencia entre el valor de adquisición y el de enajenación o reembolso de cualquier bien o título-valor. Según la naturaleza del sujeto pasivo ésta queda gravada por el Impuesto sobre la renta de las personas físicas o por el Impuesto de sociedades<sup>7</sup>. Por otra parte existe también un impuesto municipal directo de plusvalía que grava el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana que se ponga de mani-

<sup>4</sup> Definición en *Diccionario de Economía*, GPS, Madrid, 200, p. 362, MOCHÓN MORCILLO, FRANCISCO/ISIDRO APARICIO, Rafael, *Diccionario de términos financieros y de inversión*, MacGraw-Hill, Madrid, 2001, p. 297.

<sup>5</sup> ECHAUDEMAISON, Claude-Daniel, *Diccionario de Economía*, Larousse, Barcelona, 1996, p. 253.

<sup>6</sup> AHJADO, Manuel/AGUER, Mario, *Diccionario de Economía y Empresa*, Pirámide, Madrid, 1996, p. 486.

<sup>7</sup> En España, a partir de 2013 [vid. art. 3 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica (RCL 2012/1762) BOE de 28 de diciembre de 2012, núm. 312 (p. 88097)] ha entrado en vigor la nueva fiscalidad para la tributación de las ganancias y las pérdidas originadas en ventas con un período de generación de un año o inferior. Este cambio pretende que las plusvalías generadas en el corto plazo se integren en la base imponible general, sumándolas a los rendimientos del trabajo y aplicando la escala progresiva que corresponde a la base general (con los tramos existentes que van desde el 25,75 % hasta el 52 % o incluso el 56 % en el caso de Cataluña). Lo que se propone es que si se generan en menos de un año las plusvalías cotizarán en la base general, sumandos a los rendimientos del trabajo, los profesionales, etc., aplicándosele la escala progresiva existente. Sólo las plusvalías de activos que hayan permanecido más de un año en nuestro patrimonio seguirán cotizando en la base del ahorro (junto, por ejemplo, con los rendimientos del capital mobiliario). Esta base del ahorro, que no se suma a la base general tiene su propia escala de tipos.

fiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los mismos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de uso, limitativo del dominio, sobre éstos<sup>8</sup>.

Las diferentes acepciones del concepto de plusvalía estudiadas (económica, fiscal, contable) tienen un elemento conceptual común: el incremento de valor de un bien determinado por la diferencia entre dos valoraciones de éste (por ejemplo la diferencia precio adquisición/precio mercado en la plusvalía de capital o la diferencia del valor del bien en un momento inicial y del valor del bien en un momento final en la plusvalía en el régimen de participación en las ganancias, objeto de nuestro estudio). El concepto de plusvalía deberá ser construido sobre este elemento común de la diferencia entre las dos valoraciones y aunque no existe una tipicidad legal de plusvalía en el régimen de participación en las ganancias puede formularse una noción conceptual para incorporarla a la disciplina jurídica de este régimen matrimonial que prevé que los cónyuges participen en las plusvalías que se hayan producido en los bienes del patrimonio de cada cónyuge en el supuesto de su extinción.

En suma, definimos la plusvalía repartible como el plus-valor que aflora en la cuenta de liquidación patrimonial de cada cónyuge como resultado del saldo positivo que arroja la diferencia existente entre el valor y estado del bien al principio y al final de dicho régimen.

La definición expresada comporta: 1.º el estudio del modelo de liquidación del régimen económico matrimonial de participación que posibilita el cómputo de plusvalía entendida como sobre-valor resultante de la diferencia de valores patrimoniales del bien en momentos diferentes, y 2.º el estudio en particular de la aplicabilidad del criterio del momento de valoración del patrimonio inicial como factor de determinación de la plusvalía repartible.

#### 4. SISTEMAS DE CÁLCULO DE LA GANANCIA REPARTIBLE EN EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN GANANCIAS (RGP)

##### 4.1 INTRODUCCIÓN

La regulación del régimen de participación en ganancias (en adelante RPG) se inspira en el Derecho Comparado<sup>9</sup> y se incorpora

<sup>8</sup> Ver artículo 104 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (RCL 2004/602), BOE de 9 de marzo de 2004, núm. 59, p. 10284.

<sup>9</sup> Artículos 1411 a 1434 del CC español, se inspira de forma más inmediata en la regulación del régimen de participación en ganancias como régimen convencional (*Régime*

en el CC tras la reforma de 1981<sup>10</sup> y en Cataluña, con ocasión de la modificación de la Compilación de Derecho civil de Cataluña de 1993 (en adelante CDCC)<sup>11</sup>. Ambos ordenamientos jurídicos regulan este régimen económico matrimonial como convencional y de carácter mixto<sup>12</sup> porque compatibiliza la separación de los bienes de los cónyuges durante el matrimonio con la comunicación contable de las ganancias una vez extinguido el RGP y que se hace efectiva mediante reconocimiento de un crédito pecuniario a favor sólo del cónyuge que haya obtenido menores ganancias.

El derecho a la participación en el incremento patrimonial es un derecho de crédito de naturaleza pecuniaria que nace con la extinción del régimen sólo a favor de uno de los esposos, el que no obtuvo ganancias o el que las obtuvo menores que su consorte. Si no existe ganancia para ninguno de los cónyuges no nacerá el derecho de crédito de participación puesto que no se dará uno de los criterios de determinación del mismo (232-21 c Código Civil de Cataluña, en adelante CCC)<sup>13</sup>. Por lo tanto, la fijación del derecho de crédito res-

---

*de participation aux acquêts*) del Código Civil Francés (arts. 1569 a 1581) introducido por la loi de 13 de julliet de 1965, pero también en el régimen de participación en ganancias (*Zugewinngemeinschaft*) que el Código Civil alemán regula como régimen legal supletorio (§ 1363 a § 1390 BGB introducido por la Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts de 18 de junio de 1957). Vid. MORALES MORENO, Antonio Manuel (art. 1411 CC), en AAVV, *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 807 y ss.; SAIZ, Concepción (art. 1411), en *Código Civil comentado*, vol. III, Thomson Reuters, Civitas, 2011, p. 1167; DE LOS MOZOS, José Luis (art. 1411), en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVIII, vol. III, Edersa, Madrid, 1985, pp. 47 y ss.

Por su parte, la primera regulación del régimen de participación de los artículos 49 a 58 Compilación de Dret Civil catalana parece seguir un sistema mixto tomando como referencia los referentes seguidos por el CC, en especial el Código Civil francés pero también el modelo desarrollado por el Código Civil suizo de «*Participation aux acquêts*» (arts. 196 a 220) y por el Código Civil del Québec (arts. 448 a 484 CC). Vid. NAVAS NAVARRRO, Susana, *El régimen de participación en las...*, *ob. cit.*, Dyckinson (en prensa), p. 14; MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Algunos rasgos caracterizadores del Régimen económico matrimonial de participación en ganancia de la Compilación de Cataluña», en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menendez*, t. IV, Civitas, Madrid, 1996, p. 4963; PIÑOL ALENTÀ, M.<sup>a</sup> del Carme, *El règim de participació en els guanys en el dret civil català*, Lleida, 1998, p. 29 y ss.

<sup>10</sup> Reforma del CC operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (RCL 1981/1151), BOE de 19 de mayo de 1981, núm. 119, p. 10725.

<sup>11</sup> Modificación de la CDCD por Ley 8/1993 sobre relaciones patrimoniales entre cónyuges, DO. Generalitat de Catalunya 11 octubre 1993, núm. 1807, p. 6743, BOE de 3 de noviembre de 1993, núm. 263, p. 30736.

<sup>12</sup> Tipificado como mixto por la doctrina que defiende la categoría autónoma de los sistemas económicos matrimoniales mixtos o sistemas que permiten establecer la equiparación entre cónyuges durante su vigencia con libertad e independencia en la gestión del patrimonio pero que en el momento de extinción abre la posibilidad de compartir los incrementos patrimoniales realizados en dicho periodo. Vid. DE LEÓN ARCE, Alicia, *Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto: el régimen de participación*, Universidad de Oviedo, Oviedo 1984, pp. 19 y 238.

<sup>13</sup> Article 232-21 CCC: c) «*Si cap dels cònjuges no ha obtingut un increment patrimonial, no hi ha crèdit de participació*».

pecto a su titular y a su cuantía tendrá lugar una vez liquidado el régimen con la realización de toda una serie de operaciones contables: primero, se liquida el valor del patrimonio de cada cónyuge; segundo, se determina el saldo de la cuenta de liquidación de cada uno de ellos, y, por último, se reconoce un crédito pecuniario a favor del cónyuge que haya obtenido menores ganancias por el importe de la diferencia entre los saldos respectivos. Salvo pacto en contra, el consorte que no obtuvo ganancia recibirá la mitad del incremento patrimonial del otro consorte, o, si ambos las obtuvieron, recibirá la mitad de la diferencia de valores que resulte<sup>14</sup>.

#### 4.2 EL SISTEMA DE CÁLCULO DE LA GANANCIA REPARTIBLE POR DIFERENCIA ENTRE VALORES PATRIMONIALES INICIAL Y FINAL COMO PRESUPUESTO DE LA CONTABILIZACIÓN DE PLUSVALÍAS REPARTIBLES

El sistema de cálculo de las «ganancias» de cada cónyuge se convierte en un presupuesto necesario para la determinación del crédito participativo, pero, subsidiariamente indica si la plusvalía se contabiliza porque el sistema se sirve de una diferencia de valores patrimoniales de los bienes. En los más destacados sistemas de participación en ganancias, el régimen legal supletorio de participación alemán (§1373 y ss. BGB) o el francés (1569 Code Civil), sobre los que se ha construido el Convenio franco-alemán de armonización sobre este régimen (COMPR<sup>15</sup>), la cuantificación de las ganancias de cada cónyuge toma como base contable la diferencia del valor neto de su patrimonio en dos momentos diferentes: en el inicio del régimen (patrimonio inicial) y en el momento final (patrimonio final), de su extinción o el del momento de presentación de la demanda en el caso de que la extinción del RGP tenga lugar por resolución judicial que declara la nulidad, separación o divorcio o la extinción del régimen a petición de la parte (art. 232-17 y 232-16.2 CCC,

<sup>14</sup> Se produce lo que se señala como «igualación» o nivelación de ganancias entre el montante de las respectivas ganancias. Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *El matrimonio y su economía*, Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2010, pp. 238-239; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Madrid, 1989, p. 325.

<sup>15</sup> Nos referimos al Acuerdo entre la República Francesa y la República Federal de Alemania instituyendo un régimen matrimonial optativo de participación en las ganancias, firmado en París el 4 de febrero de 2010 y que entró en vigor en fecha 1 de marzo de 2013: *Common Matrimonial Property Regimen* (en adelante COMPR) que estudiaremos en el epígrafe 7 de este trabajo.

§1384 y §1387 BGB)<sup>16</sup>, cada uno con su propio activo y pasivo<sup>17</sup>. Se presenta así la base diferencial de valores necesaria para la generación de plusvalías conforme a la noción conceptual propuesta que la define como incremento de valor de un bien determinado por la diferencia entre dos valoraciones de éste<sup>18</sup>.

En este modelo de cálculo de ganancia la determinación del importe dinerario del crédito de participación implica dos fases, una liquidatoria y una distributiva<sup>19</sup>:

1) La fase liquidatoria, que consiste en el cálculo aritmético del importe de la ganancia de cada cónyuge hasta la fecha de la extinción. En términos contables existirá ganancia individual cuando la diferencia entre el patrimonio final y el patrimonio inicial del cónyuge arroje un resultado positivo<sup>20</sup>; y,

2) La fase distributiva, que consiste en la calificación como distribuible de la cuota liquidada y su efectivo reparto. La cuota se considera partible porque exista un exceso de ganancia individual de uno de los cónyuges respecto del otro, lo que sucede cuando uno sólo de los consortes obtiene ganancias o ambos las obtienen por distinto importe. El crédito a la cuota liquidatoria nace a favor del consorte que menor ganancia obtuvo y su cuantía se determina, salvo pacto en contrario, mediante la distribución de la diferencia al 50 % entre ambos cónyuges.

Por ejemplo: El cónyuge «A» obtiene una ganancia líquida de 50.000 € (PF – PI = 50.000 €) y el cónyuge «B» de 20.000 € (PF – PI = 20.000 €). La diferencia entre las ganancias arroja un

<sup>16</sup> Sin duda el fundamento de esta retroacción legal de efectos es obviar un período sospechoso que transcurre entre la presentación de la demanda y la resolución judicial en el que el cónyuge podría celebrar actos con la intención de minar las ganancias. *Vid.* al respecto reflexión en NAVAS NAVARRO, S., *El régimen...*, *ob. cit.*, p. 65.

<sup>17</sup> Ver definiciones en epígrafe 2 de este trabajo.

<sup>18</sup> Otros sistemas de participación, como el suizo y el del Québec, siguen un modelo distinto de fijación contable de la ganancia. Al finalizar el régimen económico matrimonial ésta se identifica con el valor patrimonial que cada uno de los cónyuges adquiere durante la vigencia del régimen y se determina según el valor neto de un sector del patrimonio de cada consorte cuyo activo queda integrado por ciertos bienes entre los que se incluyen los bienes que han dejado de ser titularidad de éste. A efectos contables se crean dos masas patrimoniales para cada uno de los cónyuges: aquella que constituye los «bienes propios» y la que conforman «las ganancias». De estas masas patrimoniales se deduce el pasivo cuyas partidas comprenden los bienes que el consorte ya tenía al iniciarse el régimen (patrimonio inicial). El crédito de participación se cuantifica sobre masas patrimoniales y no sobre valores iniciales y finales. *Vid.* MORALES MORENO, Antonio, «Algunos rasgos...», *ob. cit.*, p. 4964; JOU MIRABENT, Lluís (art. 49), en *Comentari a la Modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1995, p. 237; NAVAS NAVARRO, Susana, *ob. cit.*, p. 10.

<sup>19</sup> Criterio seguido por QUÍLEZ ESTREMER, Martín Antonio, «Cálculo convencional del crédito de participación», en *RDN*, abril-junio, 1982, p. 195.

<sup>20</sup> *Vid.* FLORENSA I TOMAS, Carles Enric (art. 53), en *AAVV, Comentari a la Modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1995, p. 270.

importe de ganancia líquida repartible de 30.000 €, con lo que se cuantifica el crédito de participación en el 50 % de ese importe: la cuota que corresponde al cónyuge «B» es de 15.000 € y éste es el importe del valor dinerario del crédito que nace a favor del cónyuge que obtuvo la ganancia menor. Por consiguiente, la ecuación de equilibrio de la distribución de ganancias sería la siguiente: Cónyuge «A» 50.000 (-) 15.000 € = 35.000 € y el cónyuge «B» 20.000 € (+) 15.000 € = 35.000 €).

Finalmente, según los criterios que se adopten para determinar la composición del patrimonio contable inicial y final de cada cónyuge, el concepto de ganancia puede ser más o menos restrictivo. Con la consecuencia adicional de que, en función del momento de valoración del patrimonio inicial la ganancia puede comprender las plusvalías, reales y ficticias<sup>21</sup>.

Del estudio de los sistemas de cálculo de ganancia analizados se concluye que la viabilidad jurídica y disciplina reguladora del proceso de contabilización de las plusvalías en el RGP exige partir de la diferencia entre los valores inicial y final del bien. Como se ha advertido, esta base diferencial de valor opera en el sistema de contabilización de la ganancia repartible en la liquidación del régimen de participación alemán y francés, con la consecuente posibilidad de contabilizar las plusvalías según el criterio temporal que se utilice para determinar el valor del PI. Otra cuestión se plantea y se refiere a saber si el Código Civil español (en adelante CC) y el CCC parten un mismo sistema de cálculo de la ganancia repartible por diferencia entre valores patrimoniales y, por lo tanto, admitirían una contabilización de las plusvalías.

## 5. EL SISTEMA DE CÁLCULO DE LA GANANCIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

El Código Civil español sigue el modelo de cálculo de ganancia por diferencia entre valores patrimoniales inicial y final. La ganancia es el resultado de restar del patrimonio final del cónyuge el valor actualizado del patrimonio inicial (art. 1417 CC). El devengo del crédito participativo queda sometido a que resulte un exceso de ganancia individual de uno de los cónyuges respecto del otro (arts. 1427 y 1428 CC). En el caso de que el valor de los patrimonios de ambos cónyuges haya aumentado, el consorte cuyo patrimonio experimentó menos incremento participa, salvo pacto en contrario,

<sup>21</sup> Vid. ALGARRA PRATS, Esther, «El régimen económico-matrimonial de participación», *La Ley*, Madrid, 2000, p.185.

en la mitad de la diferencia que exista entre su propio incremento y el de su cónyuge. En caso de que uno sólo de los patrimonios experimente aumento positivo el derecho de participación del cónyuge no titular consiste en la mitad de dicho incremento<sup>22</sup>.

En Cataluña, el Libro II del CCC modifica significativamente el régimen de participación al instituir un modelo diferente de cálculo de la ganancia al regulado anteriormente<sup>23</sup>. En efecto, el anterior Código de Familia (en adelante CF), definía la ganancia como resultado de restar del importe del valor del patrimonio final del consorte (activo) el importe del valor del patrimonio inicial (pasivo), pero en éste sólo se computaban los bienes subsistentes en el patrimonio del cónyuge en el momento de la extinción del régimen (art. 56.1 CF)<sup>24</sup>. Sin embargo, como la aplicación estricta de esta norma conduciría en algunos casos a vaciar de contenido el patrimonio inicial el CF consagraba el principio de subrogación real por el que los bienes que habían salido del patrimonio inicial eran sustituidos por los adquiridos con ellos (transmisión onerosa) o por los derechos correspondientes (acciones indemnizatorias). La exigencia del requisito de subsistencia de los bienes del patrimonio inicial desaparece del Libro II del CCC porque, de una parte, establece el sistema de cálculo de la ganancia por la diferencia entre valores patrimoniales inicial y final (art. 232-18 CCC), y, de otra, prevé que los bienes que hayan sido enajenados o consumidos podrán ser deducidos del patrimonio final de cada cónyuge (art. 232-20 CCC). La cuota líquida de participación en las ganancias se determina por el exceso de ganancia de uno de los cónyuges respecto del otro y se fija, salvo pacto en contrario en la mitad del valor de dicho exceso (art. 232-21 CCC). Por lo tanto, en ambos sistemas jurídicos la existencia del crédito de participación queda supeditada a la calificación de dicha ganancia como distribuible al producirse un exceso de ganancia individual de uno de los cónyuges respecto del otro en cuyo caso la fijación del crédito a favor del consorte, salvo pacto en contrario, consiste en la distribución del excedente al 50 % (arts. 1429 CC y 232-15 CCC).

En conclusión, tanto en el CC como en el CCC, la ganancia es el incremento del valor patrimonial obtenido por cada consorte durante la vigencia del régimen e implica una diferencia positiva

<sup>22</sup> Vid. DE LOS MOZOS, José Luis (art. 1417), en *Comentarios al Código Civil...*, ob. cit., pp. 133-146 y «arts. 1427 y 1428 CC», pp. 242-248.

<sup>23</sup> Vid. 232-13 a 232-24 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

<sup>24</sup> Vid. CASAS VALLÉS, Ramón (art. 56), en AAVV, *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 303 y del mismo autor (art. 232-20 CCC), en AAVV; *Persona y Familia*, Sepin, Madrid, 2011, p. 751.

entre el valor del patrimonio final y del inicial de cada uno. En ambas regulaciones se presenta la diferencia de valoración del bien en dos momentos diferentes lo cual es presupuesto necesario para integrar el proceso de contabilización de las plusvalías en el RGP.

## 6. LA VALORACIÓN DEL PATRIMONIO INICIAL Y LA PLUSVALÍA REPARTIBLE

### 6.1 CRITERIO GENERAL DE VALORACIÓN DE LOS BIENES

Ante la falta de una disposición legal que establezca un criterio para valorar los bienes, y salvo pacto entre las partes (art. 111-6 CCC), suele utilizarse el valor en venta de los bienes o el valor de mercado<sup>25</sup>. La doctrina entiende que en derecho catalán la definición de lo que debe entenderse por valor del bien puede resultar de las normas que regulan la rescisión por lesión que definen el valor del bien como «valor en venta o precio justo» que tendría el bien en un momento y en un estado jurídico y material determinado (arts. 321 y 323.3 CCC)<sup>26</sup>. En todo caso, carecemos de una definición legal de valor de mercado y, sólo con relación al valor del bien inmueble, el valor de mercado ha sido definido por ley como el «*precio al que podría venderse el inmueble, mediante contrato privado entre un vendedor voluntario y un comprador independiente en la fecha de la tasación en el supuesto de que el bien se hubiere ofrecido públicamente en el mercado...*»<sup>27</sup>. Partiremos, por tanto, de esta definición legal para formular un concepto de valor de mercado como el valor en venta de un bien en el supuesto de que éste fuere ofrecido públicamente en el mercado privado.

Tanto los bienes del patrimonio inicial como los del patrimonio final son tenidos en cuenta según el valor de mercado del momento que la norma establezca y según su estado material. Éste comprende tanto su estado físico (por ejemplo, el grado de conservación del

<sup>25</sup> Vid. en este sentido SAIZ, Concepción (art. 1421), en *Código Civil, ob. cit.*, p. 1217; DE LOS MOZOS, José Luis (art. 1411), en *Comentarios al Código Civil...*, *ob. cit.*, pp. 191 y ss.

<sup>26</sup> Vid. NAVAS NAVARRO, Susana, *ob. cit.*, p. 71.

<sup>27</sup> Vid. Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras. *Valor de mercado o venal de un inmueble (VM). Es el precio al que podría venderse el inmueble, mediante contrato privado entre un vendedor voluntario y un comprador independiente en la fecha de la tasación en el supuesto de que el bien se hubiere ofrecido públicamente en el mercado, que las condiciones del mercado permitieren disponer del mismo de manera ordenada y que se dispusiere de un plazo normal, habida cuenta de la naturaleza del inmueble, para negociar la venta.*

inmueble, la existencia de mejoras) como su situación jurídica (si el bien está gravado con derechos reales de garantía...), así como el destino económico que le hubiera dado su propietario (si el inmueble está arrendado, o se destina a actividad profesional). Además, el valor en venta del bien es un «valor neto» lo que significa que se deducen los eventuales impuestos o tasas que no formen parte del precio de venta del bien.

El valor de mercado, según el bien de que se trate, tendrá en cuenta unos u otros factores como la demanda del bien en el mercado, su utilidad... Por ejemplo, el método de valoración más usado profesionalmente para determinar el precio de mercado un bien inmueble urbano es apreciar su valor sobre los datos de venta de propiedades similares, tanto por sus cualidades físicas o por sus condiciones urbanísticas o técnicas o por la tipología del inmueble, sus características constructivas (si dispone de ascensor, jardines, piscina, vistas), la ubicación del inmueble (el barrio, transportes cercanos, ...) y su situación o estatus jurídico (si el bien se halla gravado con derechos reales de garantía, si existen derechos reales que graven el inmueble, usufructo, etc.)<sup>28</sup>.

La dificultad de la fijación técnica de la peritación de ciertos bienes, como los inmuebles, por su complejo análisis, requerirá la intervención de los tasadores profesionales, si bien la evaluación del bien inmueble puede realizarse a partir del valor catastral actualizado del bien conforme a los coeficientes multiplicadores establecidos por la Administración tributaria competente<sup>29</sup>. Por otra parte, la aplicación del criterio de valor en venta del mercado puede pre-

---

<sup>28</sup> Vid. Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras. Aunque esta norma sienta los criterios para la tasación de bienes inmuebles para la constitución de garantía hipotecaria o préstamos, cobertura de provisiones técnicas de entidades aseguradoras, determinación del patrimonio de instituciones de inversión colectiva inmobiliaria y determinación del patrimonio inmobiliario de los fondos de pensiones, sus criterios son aplicados por analogía a la tasación de bienes inmuebles y comentarios en MEDINA DÁVILA-PONCE LEÓN, Emilio, *Valoración inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 32 y p. 203; MORAL GONZÁLEZ, Jesús, *Los bienes inmuebles. Aspectos jurídicos y económicos de su valoración*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 73.

<sup>29</sup> De conformidad con el artículo 57.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria (LGT) cuya redacción ha sido aprobada por Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal artículo 5.6, se establece que la estimación del valor de los bienes a efectos de constituir la BI del Impuesto de Sucesiones y Donaciones y del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados podrá consistir en la aplicación de los coeficientes multiplicadores que se determinen y publiquen por la Administración tributaria competente, y en los términos que se establezcan reglamentariamente, a los valores que figuren en el registro oficial de carácter fiscal que se tome como referencia a efectos de la valoración de cada tipo de bienes. Tratándose de bienes inmuebles, este registro oficial de carácter fiscal será el Catastro Inmobiliario. Vid. al respecto ABERTURAS RAMOS, Antonio A., «La valoración de los bienes inmuebles urbanos en los tributos cedidos a las Comunidades Autónomas. Métodos de comprobación del valor», *Catastro*, diciembre 2012, pp. 17 y ss.

sentar dificultades respecto a los bienes cuyo tráfico sea infrecuente o respecto de aquellos otros bienes que por su naturaleza requieran otro criterio más especializado o específico, como el aplicable a la valoración de las explotaciones agrícolas o industriales<sup>30</sup>. En éstas, a fin de evitar una sobreestimación impropia, suele emplearse el valor en renta en lugar del valor en venta, criterio que el sistema alemán impone para la valoración de la explotación agrícola o forestal (§1376 BGB)<sup>31</sup>.

Por lo que, a falta de normas expresas o en su caso de pactos entre las partes los criterios de valoración deberán ser ponderados teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto. Al respecto se han establecido los siguientes criterios específicos de valoración<sup>32</sup>: 1) el crédito según el valor del objeto de la prestación corregido según las probabilidades de cobro (art. 1529-1530 CC); 2) los valores mobiliarios según su valor efectivo; y 3) los derechos reales limitados mediante la capitalización de su valor según los años que queden y tomando como base el interés legal del dinero en ese momento (arts. 563-3.3, 565-13.3 CCC). En todo caso la doctrina propugna acudir a la regla de la equidad (art. 3.2. CC) en caso de que la valoración produjera resultados desproporcionados<sup>33</sup>.

## 6.2 EL MOMENTO DE VALORACIÓN DEL PATRIMONIO INICIAL COMO FACTOR DETERMINANTE DE LA PLUSVALÍA REPARTIBLE

En el sistema de cálculo de ganancias por diferencia entre el valor del patrimonio inicial y final (del CC, del CCC, BGB y Code Civil), la diferencia entre la valoración cronológica, inicial y final, de los bienes del patrimonio de cada cónyuge plantea dos cuestiones: a) que el incremento de valor de un bien (plusvalía) pueda contabilizarse porque resulte de la diferencia entre los valores patrimoniales de un mismo bien, y en caso afirmativo; y, b) qué tipo de plusvalías comprende.

<sup>30</sup> Vid. propuesta de MORALES MORENO, Antonio Manuel (art. 1418 CC), en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, t. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1836, para incorporación de este criterio en el régimen de participación español.

<sup>31</sup> Vid. KOCH, Elisabeth, «§ 1376 BGB», en AAVV, *Münchener Kommentar zum BGB*, 6.<sup>a</sup> Ed, beck-online, 2013, Rdnr. 38-47.

<sup>32</sup> Vid. análisis en NAVAS NAVARRO, Susana, *ob. cit.*, pp. 73-74; SAIZ, Concepción, *ob. cit.*, p. 1218.

<sup>33</sup> DE LOS MOZOS, José Luis (art. 1421), *Comentarios al Código Civil...*, *ob. cit.*, p. 201.

La respuesta a ambas cuestiones se encuentra en el sistema de determinación del momento de valoración del patrimonio inicial que se siga. En efecto, como el patrimonio final real se valora generalmente según el valor y estado de los bienes en el momento de extinción del régimen (arts. 232-19.1 CCC, 1425 CC) o, en su caso, en el momento de presentación de la demanda (arts. 232-17 y 232-16.2 CCC, §1384 y §1387 BGB)<sup>34</sup>, el criterio temporal de valoración del patrimonio inicial que el legislador decida determinará la inclusión o no de las plusvalías en la cuenta de liquidación como valor del patrimonial final de cada cónyuge. Se trata de una cuestión de política legislativa basada en la mayor o menor solidaridad patrimonial conyugal que quiera reconocerse a los cónyuges en la liquidación y reparto de ganancias al término de la relación matrimonial<sup>35</sup>.

A continuación analizaremos los criterios de valoración del patrimonio inicial y sus efectos en la admisibilidad del cómputo de las plusvalías como ganancias repartibles y en el tipo de plusvalías que se contabilizan.

### 6.2.1 La valoración del patrimonio inicial según el *valor inicial-estado inicial* de los bienes: el cómputo de plusvalías reales como ganancias repartibles

Los bienes del patrimonio inicial originario de cada cónyuge se computan según el valor y el estado que tuvieran en el momento de iniciarse el régimen de participación (art. 1421 CC, §1376 BGB) y si son bienes adquiridos a título lucrativo (patrimonio sobrevenido) se toma como base el valor que tuvieran en el momento de adquisición. De la diferencia entre el valor del bien que consta en patrimonio final real, tasado por su valor y estado final y el valor que tuviera en el patrimonio inicial, estimado por su valor y estado inicial resulta el importe de las plusvalías a anotar en cuenta.

<sup>34</sup> En Cataluña el art. 232-17 CCC establece que si el régimen de participación se extingue por resolución judicial los efectos de la extinción se retrotraen. Entonces el momento de presentación de la demanda es el momento para determinar la composición de patrimonio final e inicial y cálculo de las ganancias.

<sup>35</sup> La adecuación del criterio a los principios del régimen de participación es decisión del legislador y, por tanto, opinable en palabras de PUIG FERRIOL, Lluís, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 450, CASAS I VALLÉS, Ramón (art. 55), en AAVV, *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1995, p. 311, MORALES MORENO, Antonio Manuel (arts. 1411 a 1424), en AA.VV., *Comentarios a las reformas ...*, ob. cit., p. 311, DE LOS MOZOS, José Lúis (art. 1421), en AA.VV., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales...*, ob. cit., p. 197.

La contabilización de las plusvalías se refiere a las llamadas plusvalías reales, que son las derivadas del incremento del valor del bien en el mercado y del incremento de valor generado por las mejoras realizadas en el bien por el propietario<sup>36</sup> así como a las denominadas plusvalías ficticias, que son las derivadas de la inflación monetaria. Sin embargo, una interpretación estricta de nuestro concepto instrumental de plusvalía comporta excluir como tal la plusvalía ficticia. En efecto, como se ha advertido antes, el concepto de plusvalía tiene un elemento común a todas sus modalidades que es el incremento de valor de un bien por causa de la diferencia entre dos valoraciones de este. Por tanto, mientras las plusvalías reales son incrementos de valor resultantes de la diferencia de valoración del mismo bien en dos momentos patrimoniales diferentes, y se contabilizan a través de la cuenta de liquidación en la cuenta del patrimonio final de cada cónyuge, la llamada plusvalía ficticia se refiere al incremento de valor que aflora en la cifra de valoración del bien en el propio PI porque esta no haya sido actualizada según el valor real de la moneda en el momento de extinción del régimen. Precisamente, la actualización de la valoración inicial del bien conforme a valores actuales de la moneda evita un incremento ficticio del valor porque esta cifra se corrige y entonces se establece una base diferencial del valor del bien real que conduce a que el importe de la diferencia haya de ser considerado una ganancia real. Por tanto, no es plusvalía el aumento o disminución del valor del bien producido dentro del mismo patrimonio (sea inicial o final), que simplemente tendrá reflejo en el valor del bien que finalmente se contabiliza<sup>37</sup>. Seguramente, el hecho de que en caso de no preverse actualización del valor monetario del bien, el sobre-valor que aflora en el PI, incida en el resultado de la base diferencial de valores patrimoniales ha conducido a la doctrina a calificar como plusvalía a este incremento.

Quizás sea conveniente poner un ejemplo práctico para entender la diferencia que existe entre el cómputo de la plusvalía real que resulta de la diferencia entre dos valoraciones cronológicamente distintas del bien y los incrementos de valor que puede presentar un bien en el propio PI por no haberse previsto variación del poder adquisitivo del dinero: si un bien inmueble de uno de los cónyuges tenía un valor de 100.000 euros al iniciar el régimen y en el momento final vale 150.000 euros, se genera una plusvalía real de 50.000 euros que se computa como ganancia individual del patrimonio de dicho cónyuge; este incremento de

<sup>36</sup> La doctrina alemana emplea el término reales en este sentido, *Vid.* KOCH, Elisabeth, «§ 1373 BGB», en AA.VV., *Münchener Kommentar zum...*, *ob. cit.*, Rdnr. 8, SCHWAB, D., *Familienrecht*, 17.<sup>a</sup> ed. CH Beck, Munich, 2009, p. 135.

<sup>37</sup> En este sentido también NAVAS NAVARRO, Susana, *ob. cit.*, p. 73.

valor puede obedecer a circunstancias coyunturales e imprevisibles del mercado ajenas a la actividad directa respecto del bien plus valorado, pero también puede deberse a obras de mejora o transformación de su estado material o de su funcionalidad. Por otra parte, como el valor inicial monetario de los 100.000 euros no se ha actualizado a su valor monetario actual se incluyen en el patrimonio inicial los incrementos de valor generados por la inflación monetaria.

Veamos a continuación las diferencias que se producen en el cómputo de la ganancia individual del cónyuge según la valoración del bien en el PI se actualice a su valor monetario actual o no:

*Ejemplo de contabilización de las plusvalías reales con una cifra de valor de PI no actualizada*

Cónyuge A	
Patrimonio final (30-08-2009)	
Bien inmueble .....	120.000 €
Patrimonio inicial (14-07-2002)	
Bien inmueble .....	- 80.000 €
Ganancia .....	40.000 €

*Mismo ejemplo de contabilización de las plusvalías reales con una cifra de valor de PI actualizada*

Cónyuge A	
Patrimonio final (30-08-2009)	
Bien inmueble .....	120.000 €
Patrimonio inicial (14-07-2002)	
Bien inmueble .....	80.000 €
Valor actualizado IPC-	
Variación IPC 21,6% .....	17.280 €
Patrimonio inicial bien inmueble actualizado .....	-22.720 €
Ganancia .....	40.000 €

Tanto el sistema español (art. 1421 CC) como el alemán de participación en ganancias (§ 1376 BGB) admiten el cómputo de las plusvalías reales en el patrimonio final y su consideración como ganancias. No obstante respecto a los incrementos de valor ficticios derivados de

la inflación, el régimen español ordena actualizar los valores de los bienes del PI a la fecha en el que el régimen se extingue y consecuentemente estos no se computarán (art. 1421 CC)<sup>38</sup>. En el régimen alemán (*Zugewinnngemeinschaft*), el criterio de contabilización es algo distinto, pues se incluyen en el patrimonio final todas las plusvalías, incluso los incrementos de valor ficticios (§ 1376 BGB). En efecto, el precepto no contiene previsión alguna sobre la actualización del valor de los bienes del patrimonio inicial, por lo que el incremento resultante de la depreciación monetaria se computa como ganancia.

Sin embargo, en Alemania, la doctrina y jurisprudencia se han pronunciado a favor de la actualización del valor de los bienes que componen el patrimonio inicial. En este sentido, la doctrina considera que el dinero como medida de tasación del patrimonio inicial y final debe tener un valor constante<sup>39</sup>. A este respecto, cabe preguntarse si esta posición esencialmente monetarista infringe el principio nominalista aplicable al pago de las deudas de dinero, que dispone que el deudor cumpla mediante entrega de la misma suma de dinero (moneda de curso legal y forzoso) conforme al valor que tuviera en el momento de nacimiento de la obligación<sup>40</sup>. Con arreglo a este principio, el valor de la deuda de dinero es insensible a las alteraciones que a lo largo del tiempo experimente el valor real y efectivo del medio de pago empleado para el pago de la deuda dineraria. Sin embargo, hay que tener presente que la actualización del valor del patrimonio inicial para evitar los incrementos ficticios sobrevenidos no conculca el principio nominalista, que no es de aplicación porque el dinero se utiliza como una medida de referencia para la determinación del valor contable de los bienes de un patrimonio, y no como medio de pago de las deudas de su titular<sup>41</sup>. Por su parte, la jurisprudencia alemana ha declarado que el incremento de valor del bien resultante de la depreciación monetaria no puede ser ganancia partible (§ 1373 BGB)<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> La doctrina entiende que se actualizará individualmente el valor de cada bien y no el de la cifra global del PI. Vid. ALGARRA PRATS, Esther, *El régimen...*, ob. cit., p. 211.

<sup>39</sup> Vid. KOCH, Elisabeth, «§ 1373 BGB» en *Münchener Kommentar zum...*, ob. cit., Rdnr. 8, GERNHUBER, Joachim/COESTER-WALTJEN, Dagmar, *FamilienRecht*, C. H. Beck, München, 2010, p. 419, VI, 36, Rdnr. 68/69.

<sup>40</sup> Vid. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de Obligaciones*, t. III, Espasa-Calpe, Madrid, 1988, p. 253.

<sup>41</sup> El dinero no es aquí medida de pago sino medida de valor. Vid. KOCH, Elisabeth, «§ 1373 BGB», en AA.VV., *Münchener Kommentar*, ob. cit., Rdnr. 5.

<sup>42</sup> Vid. STURM, Fritz, «La Zugewinnngemeinschaft et les régimes conventionnels du droit allemand», en BONOMI, Andrea/STEINER, Marco, *Les Régimes Matrimoniaux en Droit Comparé Droit International Privé*, Droz, Geneve, 2006, p. 83, KOCH, Elisabeth; «§ 1373 BGB», en *Münchener Kommentar zum...*, ob. cit., Rdnr. 6. Vid. resolución del Tribunal Federal de 13 de noviembre de 1973, BGHZ 61, p. 385 y ss=NJW 1974, p.134=FamRZ 1974, p. 83.

Finalmente, como en ambos ordenamientos español y alemán no se establece un criterio de actualización de los valores patrimoniales, podemos concluir que en ambos se sigue un mismo criterio: el criterio del valor del índice de precios del consumo. En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia alemana al ordenar que se actualice el valor del patrimonio inicial según el índice de precios de consumo (*Verbraucherpreisindex*) en fecha de extinción del régimen<sup>43</sup>. En el mismo sentido, se pronuncia la doctrina española que en la interpretación del artículo 1421 del CC y ante esta falta de tipicidad legal es unánime en considerar que deberá emplearse un índice fiable de actualización del valor de la moneda como es el índice oficial de precios de consumo<sup>44</sup>.

### 6.2.2 La valoración del patrimonio inicial según valor final-estado inicial de los bienes: el cómputo de las plusvalías reales por mejoras en el bien

El sistema utilizado en Francia para el cálculo del montante del patrimonio inicial (art. 1571 Code Civil) considera que los bienes que lo integran se computan por el valor de mercado que tengan en el momento en el que se extingue el régimen participación, el momento de su liquidación. En el derecho catalán rige el criterio de evaluación de los bienes respecto al momento de extinción o, en su caso, el de la fecha de presentación de la demanda (art. 232-20 CCC). En uno y otro sistema, la evaluación ha de hacerse, conforme el estado material en que se encuentren los bienes el día del inicio del régimen o bien el día de su adquisición en el supuesto de donación o herencia (patrimonio inicial sobrevenido).

Por consiguiente, para la cuantificación de la ganancia, este sistema parte de la evaluación de valores claramente diferenciados, pues, si bien es cierto que se contabiliza el mismo valor final del bien en el PI y PF, también es cierto que se anota una diferencia de valores por actualización: es decir, que en el patrimonio inicial se admite la corrección de la cifra de valoración final del bien median-

<sup>43</sup> Esta regla es generalmente admitida: OLG Hamm FamRZ 1984, 275, OLG Frankfurt, FamRaz 1984, 895.

<sup>44</sup> Vid. DE LOS MOZOS, José Luis (art. 1421), en AA.VV., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, ob. cit., p. 204, MORALES MORENO, Antonio (art. 1421 CC), en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, ob. cit., p. 829; SAIZ, Concepción (art. 1411), en *Código Civil comentado*, ob. cit., p. 1218, LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos del Derecho Civil*, t. IV, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 267 y ss.

te su actualización al valor según el estado inicial. Esta perspectiva analítica da pie a las siguientes dos reflexiones:

a) En primer lugar, que la contabilización del mismo valor final del bien, tanto en el PI como en el PF, conduce a que queden fuera del cálculo del patrimonio final las plusvalías reales debidas al incremento especulativo del valor del bien en el mercado.

Por ejemplo: una finca que al inicio del régimen de participación estuviera valorada en 100.000 euros y cuyo valor en el momento de su extinción fuera de 150.000 euros sería computada en el patrimonio final e inicial con el mismo valor de 150.000 euros. El incremento de su valor en el mercado no se computa como ganancia. Esta norma es seguida por el Código Civil francés (art. 1571 Code Civil)<sup>45</sup> y también por la legislación catalana cuyo régimen no admite la comunicación de aumentos del valor de bien coyunturales del mercado o plusvalías reales (art. 55 CDCC, art. 56 CF y art. 232-20 CCC).

b) En segundo lugar, la valoración de los bienes del PI se establece según valor final pero se corrige en atención al estado material inicial del bien. Entonces se anota una diferencia de valor del bien, que en el PI será valorado según estado inicial y en el PF según estado final. Esta base diferencial de valores es el presupuesto necesario para la contabilización de la plusvalía o incrementos de valor del bien. Nos preguntamos entonces qué plusvalía contabilizamos y qué significa valor final del bien conforme estado inicial. Valor final del bien conforme el estado inicial significa servirse de un valor contable final del bien como si su estado inicial no hubiera experimentado ninguna modificación<sup>46</sup>. La contabilización de este valor implica excluir del patrimonio inicial las mejoras del bien del valor final que se consigna. Esta exclusión contable del importe de las mejoras tiene una consecuencia patrimonial muy importante para la liquidación: este importe se contabiliza automáticamente en el patrimonio final y, por tanto, pasa a ser plusvalía repartible del cónyuge.

Con relación al cómputo de estas plusvalías o incrementos que resultan de los cambios de estado material se plantean algunas cuestiones de interés:

<sup>45</sup> Vid. ejemplos en el mismo sentido en Vid. PILLEBOUT, Jean-François, *La participation aux acquêts*, Lexis Nexis, Paris, 2005, p. 235.

<sup>46</sup> Vid. en BEIGNER, Bernard, *Régimes Matrimoniaux Pacs Concubinage*, Lextenso, Paris, 2010, p. 235.

1) *El método de contabilización de la plusvalía repartible procedente de la mejora: su exclusión contable del PI*

Como ya se ha advertido según el criterio de valoración francés y que en este punto sigue el RGP catalán se tienen en cuenta los bienes del patrimonio inicial según su valor final pero conforme a su estado material inicial y los bienes del PF según valor y estado final (art 232.20 CCC). Entonces debe aplicarse el mismo valor final del bien en el PI y en el PF, lo que conlleva la exclusión de la contabilización de las plusvalías meramente imprevisibles o especulativas; pero con la excepción de que en el PI, los bienes se valoran según su estado inicial, resultando, como a continuación analizaremos, la contabilización del incremento de valor por mejora del bien o por las variaciones de su estado material.

Según el CCC, el valor del patrimonio final se cuantifica con arreglo al valor de los bienes en el momento de extinción del régimen de participación (art. 232-19.3 CC.3) y según «*el estado material en que se encuentren*» (art. 232-19.1 CCC). De este importe, debe restarse el valor del patrimonio inicial que se calcula conforme al que tuvieran esos bienes en el momento de extinguirse el régimen, pero teniendo en cuenta su estado material al comienzo del mismo (art. 232-20 CCC). Por lo tanto, el legislador ha distinguido en la valoración del patrimonio inicial y del patrimonio final entre valor y estado material, de esta manera la ecuación para determinar el incremento de valor por cambio de estado será la siguiente: *valor final/estado final-valor final/estado inicial*.

A mi entender, en el procedimiento de contabilización de este valor diferencial del estado de los bienes bastará con obtener la cifra de valor de la mejora que resultará de la diferencia entre estado inicial y final del bien y, a continuación, restarla del importe del valor final del bien que consta en el PI. Y ello es así porque obtener el valor del bien según valor final pero conforme estado inicial significa buscar el valor del bien como si el estado inicial no hubiera cambiado, por lo tanto, basta restar al importe del valor final del bien el montante del valor del incremento del bien por la mejora. La exclusión contable del valor de la mejora en el PI posibilita que el importe de esta sea contabilizado en el PF y computado como ganancia del cónyuge. En cualquier caso, tener presente que algún sector de la doctrina considera que puede llegarse a la misma contabilización de este valor mediante una tasación del bien en la que se obtenga el valor en venta del bien en el momento de extinción del régimen, aunque conforme el estado material que tenía al inicio del régimen<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> NAVAS NAVARRO, Susana, *El régimen...*, ob. cit., p. 110, 111.

Cónyuge A	
Patrimonio final (30-08-2009)-Bien inmueble	
Valor final .....	110.000 €
Patrimonio inicial (14-07-2002)	
Valor final .....	110.000 €
Mejora (estado final-estado inicial) .....	-20.000 €
Valor bien inmueble según valor final conforme estado inicial .....	90.000 €
Ganancia x .....	20.000 €

## 2) *La determinación de la cuantía de la mejora excluible*

Una vez examinada la contabilización de la plusvalía resultante de la mejora del bien, cabe preguntarse cómo se determina la cuantía de la mejora excluible. Para responder a esta cuestión, subrayemos en primer lugar su dificultad pues requiere la comprobación de las mejoras efectivamente realizadas y el cumplimiento de tal requisito obliga a la comparación de los valores de estado material inicial y final del bien. Sin duda, previendo esta complejidad, el legislador catalán exige que la escritura de constitución del RGP se acompañe de un inventario en el que se reseñen los bienes indicando «estado material, cargas y obligaciones» (art. 232-14 CCC)<sup>48</sup>. A este respecto consideramos que, en línea coherente con la noción instrumental de plusvalía propuesta, se facilita así la prueba del estado material de los bienes del patrimonio que cada cónyuge tenga al inicio y también su estado jurídico (*si existen cargas*). Sin embargo, la norma no exige que se consigne el valor del bien, sino solo de su estado material. Esta exclusión obedece a que los bienes del Patrimonio inicial son valorados según el estado material en que se encuentren el día del inicio del régimen pero siempre conforme al valor que tengan en el momento en el que extingue el régimen de participación (art. 232.20 CCC).

Entendemos que la evaluación de la cuantía de las mejoras excluibles por la diferencia entre estado inicial y final del bien no debe limitarse al importe del coste directo de las mismas, sino que ha de computarse el incremento de valor mercantil (especulativo, intangible o de mercado) producido por las obras realizadas y que

<sup>48</sup> Article 232-14 CCC: «L'escriptura pública de constitució del règim de participació en els guanys s'ha d'acompanyar amb un inventari del patrimoni inicial de cada cònjuge, en el qual s'han de reseñar els béns, indicant-se l'estat material, les càrregues i les obligacions».

se corresponde con la modificación de otros factores de valoración como son el de depreciación física o funcional del bien<sup>49</sup>.

Por ejemplo, en el caso de los bienes inmuebles, el tasador en el momento inicial del régimen de participación deberá detallar el valor del estado material del bien que generalmente se corresponde con su antigüedad y su estado de conservación (art. 232-14 CCC). Las mejoras pueden consistir en obras de rehabilitación integral, realizadas según el planeamiento o normativa municipal vigentes o también en obras que afecten a elementos fundamentales y que supongan la alteración de las características constructivas y funcionales del bien mejorado. El valor de las obras se tendrá en cuenta para tasar el bien en el momento de extinción del régimen de participación. Ahora bien, el valor de tasación será mayor y aumentará en una cantidad equivalente al importe del coste de las obras realizadas, más una cantidad adicional que se justifica por dos razones: una, por la mejora de funcionalidad y corrección de antigüedad y, otra, por el incremento del atractivo mercantil de un producto inmobiliario rehabilitado y mejorado.

Otra posibilidad más económica para la valoración del bien inmueble en el PI según valor final y estado inicial<sup>50</sup>, es servirse del importe del estado inicial que conste en el inventario adjuntado en la constitución del régimen y restarlo del valor final del bien que obtengamos mediante la actualización del valor catastral según los coeficientes multiplicadores del valor catastral que publique la Administración tributaria competente<sup>51</sup>. El coeficiente multiplicador es el cociente entre dos términos: el coeficiente de variación del mercado inmobiliario (CVMI) calculado desde el año de aprobación de la Ponencia de Valores de ese municipio hasta el año anterior al que deban surtir efecto el coeficiente y el producto del

<sup>49</sup> Vid. definición de antigüedad, factor de depreciación física y de funcionalidad en el artículo 4 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras. Vid. PÉREZ LÓPEZ, Carmen, *La influencia del valor razonable de los bienes inmuebles en el análisis de los estados financieros de la empresa inmobiliaria*, Universidad de Granada, 2005, p. 401.

<sup>50</sup> Propuesta realizada por SÁENZ DE SANTAMARÍA GARCÍA, María, en su conferencia «Empresa i solidaritat conjugal», en las Jornadas Régimen Económico Matrimonial Régimen de participación y mecanismos de compensación entre cónyuges, 7 y 8 de noviembre de 2013, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona (2008 SGR 221 y DER 2011-26892).

<sup>51</sup> Vid. artículo 57.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria (LGT) cuya redacción ha sido aprobada por Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal artículo 5.6, se establece que la estimación del valor de los bienes a efectos de constituir la BI del Impuesto de Sucesiones y Donaciones y del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados podrá consistir en la aplicación de los coeficientes multiplicadores que se determinen y publiquen por la Administración tributaria competente, y en los términos que se establezcan reglamentariamente, a los valores que figuren en el registro oficial de carácter fiscal que se tome como referencia a efectos de la valoración de cada tipo de bienes. Tratándose de bienes inmuebles, este registro oficial de carácter fiscal será el Catastro Inmobiliario.

coeficiente de relación al mercado (RM) y el coeficiente de actualización del valor catastral (CAVC) desde el año de aplicación de la revisión catastral hasta el año de efectos del coeficiente. Para la obtención del coeficiente de variación del mercado inmobiliario se utilizan estadísticas con datos obtenidos de las tasaciones hipotecarias y que se fundamentan en factores como la tipología de viviendas, niveles de calidad o antigüedad<sup>52</sup>. En mi opinión, este sistema al operar sobre parámetros medios valorativos para obtener el cálculo del coeficiente multiplicador conduce a un importe menos exacto y efectivo de la cuantía de la mejora excluible por la diferencia entre estado inicial y final del bien.

En el caso de que solo se hayan realizado obras o reparaciones de mero mantenimiento, no existirá incremento de valor por mejoras y constará, salvo deterioro, el mismo valor del bien en el patrimonio final y en el inicial<sup>53</sup>. En el supuesto que el bien se haya deteriorado, se contabilizará por el importe de la disminución del valor del bien a efectos de reducir la ganancia del cónyuge.

### 3) *La procedencia de los recursos de la mejora*

Otra cuestión que se plantea para la aplicación de los criterios contables de valoración de las plusvalías por mejoras es la siguiente: ¿Hay que tener presente el origen o procedencia de los recursos financieros dinerarios que han posibilitado la realización efectiva de la mejora? En efecto, estos recursos pueden haber sido aportados por el cónyuge titular del bien para sufragar los costes de la mejora, aunque también han podido emplearse dinero o financiación aportados por el otro consorte. En tal supuesto, se plantea si la contabilización del incremento de valor del bien por la mejora es una regla de aplicación general, independientemente del origen de los recursos de financiación.

La solución a esta cuestión difiere se aplique o no el principio de subrogación real en la distribución del contenido del patrimonio inicial. En algunos sistemas, como el del anterior Codi de Família (art. 56 CF), la configuración jurídica del patrimonio inicial se servía del principio de subrogación real. En virtud de este principio, tanto los bienes originarios como los adquiridos a título lucrativo del patrimonio inicial que ya no figurasen en el patrimonio del cónyuge se sustituían en este por los bienes adquiridos en su lugar. Por

<sup>52</sup> Vid. sistema de obtención del coeficiente en las diferentes CCAA y en concreto en Cataluña en ABERTURAS RAMOS, Antonio. A., *La valoración de los bienes...*, ob. cit., p. 29 y ss.

<sup>53</sup> Vid. MORALES MORENO, Antonio-Manuel, en *Algunos rasgos...*, ob. cit., CASAS VALLÉS, Ramón (art. 55), en AA.VV., *Comentaris al Codi de Família...*, ob. cit., p. 314.

lo tanto, el mecanismo jurídico inherente al principio la subrogación real se activaba en el supuesto de que la mejora del bien inmueble hubiera sido realizada con recursos procedentes del patrimonio inicial del cónyuge titular. Así las cosas, el importe de la mejora se contabilizaba como partida del patrimonio inicial y final y no computaba como ganancia<sup>54</sup>.

Sin embargo, como el principio de subrogación real no operaba en los casos de mejora realizadas por el propietario del bien con recursos que no figurasen en el patrimonio inicial (por ejemplo ingresos procedentes del trabajo), la plusvalía generada por la mejora del estado del bien se computaba como ganancia en el patrimonio final del cónyuge titular<sup>55</sup>. Lo mismo ocurría si la inversión se realizaba con recursos procedentes del otro cónyuge; en este caso, la mejora se comunicaba al patrimonio del cónyuge titular del bien y, en todo caso, esta contabilización permitía al cónyuge financiador participar en las plusvalías que su inversión había generado.

Pues bien, el régimen catalán ha suprimido el principio de subrogación real y, por lo tanto, el incremento de valor del bien por la mejora se contabiliza en la liquidación del patrimonio de cada cónyuge independientemente de la procedencia de los recursos utilizados para la financiación de la mejora efectiva del bien. Cuestión aparte es que los derechos de crédito que pueda ostentar un cónyuge respecto al otro por la financiación sean contabilizados como crédito y, en su caso, deuda en el patrimonio final real de cada uno de los cónyuges (art. 1426 CC, 522-4 CCC)<sup>56</sup>.

Sin embargo, no hay que descartar la posibilidad futura de una regulación como la establecida en el derecho suizo (art. 206 CCS)<sup>57</sup>, que admite, en los supuestos de aportación conyugal conjunta al pago del coste de la mejora, que el cómputo de la participación se haga en proporción directa al importe del desembolso efectivamente realizado por cada cónyuge. En nuestra opinión, si el coste de la mejora hubiere sido financiado con recursos pertenecientes a uno solo de los cónyuges debería excluirse su cómputo

<sup>54</sup> Vid. CASAS VALLÉS, Ramón (art. 56), en *Comentaris al Codi de Família...*, *ob. cit.*, p. 303 y ss.

<sup>55</sup> Vid. MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Algunos rasgos caracterizadores...*, *ob. cit.*, p. 4.969.

<sup>56</sup> Vid. artículo 1426 CCE y en derecho civil catalán posible aplicación de las reglas de accesión (arts. 542-1 a 542-19 CCC) y en el caso de que lo invertido sean cantidades de dinero artículo 522-4 CCC referente a los gastos útiles en materia de posesión propuesta por NAVAS NAVARRO, Susana, *El régimen de participación...*, *ob. cit.*, p. 88.

<sup>57</sup> Article 206 Code Civil Suisse du 10 décembre 1907: Part à la plus-value: «Lorsqu'un époux a contribué sans contrepartie correspondante à l'acquisition, à l'amélioration ou à la conservation de biens de son conjoint qui se retrouvent à la liquidation avec une plus-value, sa créance est proportionnelle à sa contribution et elle se calcule sur la valeur actuelle des biens; en cas de moins-value, il peut en tout cas réclamer le montant de ses investissements».

en la aplicación del sistema de participación, porque solo los incrementos de origen matrimonial deberían ostentar la condición de participables.

## 7. EL CÁLCULO DE PLUSVALÍAS EN EL CONVENIO FRANCO-ALEMÁN SOBRE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL OPCIONAL DE PARTICIPACIÓN EN LAS GANANCIAS: UN EJEMPLO DE ARMONIZACIÓN ENTRE SISTEMAS DE CÓMPUTO DE PLUSVALÍAS

En enero de 2010, el acuerdo de cooperación bilateral entre Francia y Alemania facilitó la aprobación del *Common Matrimonial Property Regimen* (en adelante COMPR). Se trata de un modelo de régimen de comunidad en ganancias opcional. Pueden optar a este sistema aquellos matrimonios cuyo régimen económico matrimonial quede sometido a la ley sustantiva de un Estado firmante del COMPR, es decir, cuando la ley alemana o francesa deba aplicarse al régimen económico-matrimonial; lo que no solo incluye no solo a los matrimonios de doble nacionalidad, alemana o francesa, sino que también permite acogerse también a los cónyuges de la misma nacionalidad (alemana o francesa)<sup>58</sup>.

Dada la complejidad del estudio de los fundamentos del COMPR, baste analizar aquí aquellas cuestiones jurídicas que plantea el cómputo de plusvalías. Es relevante este estudio porque la contabilización de plusvalías es una cuestión en la que el sistema alemán y francés de participación en ganancias difieren sustancialmente y el criterio que el COMPR propone es una norma de armonización de interés pues con el COMPR abre una etapa que implica la emergencia de un derecho material de familia común a varios Estados miembros, con vocación de su aplicación generalizada al conjunto de la Unión Europea en un futuro<sup>59</sup>. Respecto a la valoración del PI como presupuesto determinante de la contabilización

<sup>58</sup> El COMPR puede ser escogido por parejas alemana que vive en Francia o viceversa, pareja francesa que vive en Alemania, lo mismo se aplica para parejas franco-alemanas viviendo en Francia o en Alemania. *Vid.* FÖTSCHL, Andreas, «The COMPR of Germany and France: Epoch-Making in the Unification of Law», *European Review of Private Law*, n.º 4, 2010, p. 887.

<sup>59</sup> Como consecuencia de la ratificación del acuerdo además de los regímenes económicos propios de cada Estado firmante se introduce con carácter de ordenamiento común en la legislación de cada Estado un nuevo régimen económico matrimonial opcional de los consignatarios y de aquellos otros países que en el futuro se adhieran al Convenio, «adhesión» que debe ser íntegra a todo lo regulado en el mismo. Por otra parte, el acuerdo tiene una duración mínima de diez años renovables indefinidamente por tácita reconducción (art. 20 COMPR). En caso de no reconducción el régimen elegido será aplicable a los cónyuges que lo hayan adoptado. *Vid.* FUGARDO ÉSTIVILL, Josep María, *El nuevo régimen económico matrimonial franco alemán de participación en las ganancias*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 24 y ss.

de plusvalías, recordemos que el sistema alemán (*Zugewinn-gemeinschaft*) al valorar el PI según valor inicial-estado inicial (§1376.1 BGB) posibilita el cómputo de cualquier plusvalía real como ganancia mientras el sistema francés (*Régime de participation aux acquêts*), al aplicar el criterio valor final-estado inicial, solo contabiliza el incremento de valor producido por la mejora del bien (art. 1571 Code Civil)<sup>60</sup>.

Con relación al sistema de valoración de la ganancia repartible, el COMPR sigue el criterio de estimación del valor patrimonial, en el que la ganancia de cada cónyuge se cuantifica por la diferencia del valor de su patrimonio en el momento inicial y en el momento final de la vigencia del régimen (art. 2 COMPR)<sup>61</sup>. Por regla general, el patrimonio final se valora según la fecha de resolución del régimen (art. 11 COMPR), de manera que el criterio temporal de valoración de los bienes del PI será el factor determinante de la contabilización de plusvalías como ganancias repartibles. El COMPR establece que los bienes del PI deberán contabilizarse por el valor y según el estado que tuvieran en el momento inicial del régimen (art 9.1) y los que se adquirieran posteriormente por sucesión o donación o indemnización se valoran en la fecha correspondiente a su adquisición (patrimonio originario sobrevenido). Por lo tanto, el régimen germano-francés de armonización considera computables como ganancia las plusvalías reales de los bienes producidas por los incrementos de valor de estos en el mercado o por las mejoras del bien. Por otra parte, como sus importes tienen que actualizarse de acuerdo con el índice promedio de los índices de precios de consumo de los Estados firmantes del Convenio de armonización, los incrementos de valor ficticios derivados de la inflación no se computan (art 9.3 del COMPR) y la ganancia parte de una base diferencial en la que se emplean valores actualizados.

La norma de armonización pactada entre ambos países tiene una excepción (art. 9.2) que consiste en la necesidad de que los bienes inmuebles del patrimonio inicial se contabilicen por el importe del valor que esos bienes tengan en el momento final, salvo los derechos

---

<sup>60</sup> Las negociaciones habidas entre ambos Estados por la discrepancia sobre el tema de participación en plusvalías y la solución que finalmente se adoptó con la regulación de la matización francesa en bienes inmuebles son explicadas en *vid.* BECKER, Eva, *The Franco-German agreement on an elective «community of accrued gains matrimonial property regime»*, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department citizens, rights and constitutional affairs, 2010, p. 4-15.

<sup>61</sup> Artículo 2: «*En el régimen opcional de participación en las ganancias el patrimonio de los cónyuges está separado. Las ganancias consisten en el montante de la diferencia entre el patrimonio final de uno de los cónyuges y su patrimonio originario. En el momento de la disolución del régimen económico matrimonial, el crédito de participación se deduce de la comparación de las ganancias obtenidas por cada uno de los cónyuges*». *Vid.* traducción en FUGARDO ESTIVILL, Josep María, *El nuevo...*, *ob. cit.*, p. 123.

de usufructo y habitación que estuvieren constituidos sobre dichos bienes, que se regirán por el régimen general del Convenio. Por tanto, las plusvalías reales de los bienes inmuebles producidas por los incrementos especulativos o imprevisibles del valor del bien en el mercado (por ejemplo como efecto de un cambio de calificación urbanística) no se contabilizan como ganancia<sup>62</sup>.

Excluidos los incrementos de valor de los bienes inmuebles del concepto de ganancia, cabe preguntarse si quedan igualmente excluidas las plusvalías por mejoras en el estado material del bien. Pues bien, el artículo 9.4 del COMPR respecto a los bienes inmuebles ordena «*Las mejoras hechas en estos bienes durante la vigencia del matrimonio no se toman en cuenta para la valoración del patrimonio inicial*», es decir, se excluyen del PI las mejoras resultantes de las alteraciones materiales del bien producidas durante el régimen con independencia de que los recursos de financiación de aquéllas procedan del patrimonio de uno u otro de los cónyuges. Por tanto, a nuestro entender, la exclusión contable (sustracción) de la mejora o de los cambios de estado del bien inmueble en la valoración del patrimonio inicial hace que, al igual que hemos visto sucede en el régimen de participación catalán y francés, el importe de la plusvalía aflore y sea contabilizado automáticamente en el patrimonio final que recoge el valor final del bien y sea computado como ganancia del cónyuge<sup>63</sup>.

Cónyuge A	
Patrimonio final (30-08-2009)	
BI Valor final/artículo 9.3 del COMPR .....	120.000 €
Patrimonio inicial (14-07-2002)	
Valor final .....	120.000 €
Mejora bien 25.000 € = 95.000 €	
Patrimonio final-Patrimonio inicial .....	25.000 €
Ganancia .....	25.000 €

Por último, los Principios europeos de derecho de familia concernientes a las relaciones patrimoniales entre cónyuges establecen en relación con el cómputo de las plusvalías una regla general

<sup>62</sup> Vid. JÜNERMANN, Matthias, «Der neue Güterstand der Wahl-Zugewinngemeinschaft: Familienrechtliche Grundlagen und erbrechtliche Wirkungen», *ZEV*, 2013, beck-online, pp. 355-356, MEYER, Thomas, «Der neue deutsch-französische Wahlgüterstand», *FamRZ*, 2010, p. 615 y ss.

<sup>63</sup> Vid. BECKER, Eva, «The Franco-German agreement on an elective “community of accrued gains” matrimonial property regime», Directorate-General for Internal Policies, Policy Department, 2010, p. 13, también en FUGARDO ESTIVILL, Josep María; *El nuevo...*, *ob. cit.*, p. 85.

estrechamente vinculada a la determinación de la llamada «*Reserved Property*». La «*Reserved Property*» o patrimonio reservado comprende una serie de bienes de cada cónyuge que quedan excluidos del cómputo de la ganancia repartible en caso de extinción del régimen y que son: a) los bienes adquiridos antes del inicio del régimen, b) las donaciones sucesiones, legados recibidos durante el régimen, c) los bienes adquiridos en sustitución de los bienes reservados, d) los bienes personales por naturaleza y e) los bienes adquiridos exclusivamente para la profesión de los esposos (Principio 4:19). Según los Principios quedan igualmente excluidos como ganancias las plusvalías reales o incrementos de valor especulativo pero solo de los bienes adquiridos por el cónyuge antes del inicio del régimen (a) o de los bienes adquiridos exclusivamente para su profesión (e) (*Reserved Property*) (Principio 4:19 (f)).

La exclusión del sobre-valor de estos bienes se justifica en los Principios al amparo de una correcta aplicación del principio de solidaridad familiar que conduce a la exclusión como ganancia repartible de cualquier incremento de valor del bien cuyo origen no resida en la contribución de los cónyuges<sup>64</sup>. En consecuencia, se consideraran repartibles las plusvalías referidas al incremento de valor de los bienes adquiridos por los esposos durante el régimen (patrimonio activo) y los incrementos de valor resultantes de las mejoras realizadas en estos. Ahora bien, en el supuesto de que se haya producido una inversión de un cónyuge no titular en la mejora de un bien del patrimonio reservado o *Reserved Property* del otro cónyuge, los principios prevén que el incremento de valor del bien resultado de dicha mejora sea considerado para determinar una compensación a favor del cónyuge que hizo la inversión (Principio 4:28)<sup>65</sup>.

## 8. CONCLUSIONES: CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN DE LA PLUSVALÍA REPARTIBLE

**Primera.**—El *nomen iuris* que proponemos para las plusvalías que hemos estudiado, puede ser el siguiente: «plusvalía repartible».

**Segunda.**—Definimos la plusvalía repartible como el plus-valor que aflora en la cuenta de liquidación patrimonial de cada cónyuge

<sup>64</sup> Vid. BOELE-WOELKI, Katharina/FERRAND, Frédérique/GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina/JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit/LOWE, Niegel/MARTYNI, Dieter/PINTENS, Walter; *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, Intersentia, Cambridge, 2013, p. 161.

<sup>65</sup> Vid. BOELE-WOELKI, Katharina/FERRAND, Frédérique/GONZÁLEZ BEILFUSS., Cristina/JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit/LOWE, Niegel/MARTYNI, Dieter/PINTENS, Walter; *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, Intersentia, Cambridge, 2013, p. 195 y ss.

como resultado del saldo positivo que arroja la diferencia existente entre el valor y estado del bien al principio y al final de dicho régimen.

**Tercera.**—Así considerada, la plusvalía comprende: la plusvalía real tanto si el incremento de su valor resulte de circunstancias coyunturales del mercado ajenas a una actividad productiva (especulativas) pero también si resulta de las transformaciones de estado del bien (mejoras).

**Cuarta.**—Estas plusvalías se generan en el marco legal del régimen matrimonial de participación en ganancias, y no tienen en nuestro derecho una tipicidad legal expresamente establecida.

**Quinta.**—La llamada plusvalía ficticia o incremento de valor del bien que resulta de la disminución del valor de la moneda por causas inflacionistas no tiene encaje en la noción conceptual de plusvalía repartible que proponemos, porque se refiere a un incremento de valor del bien que aflora en el propio PI como consecuencia de la falta de actualización del valor del bien según el valor real de la moneda en el momento de extinción del régimen, pero no es resultado de la diferencia de valoración del bien en dos momentos distintos que es el elemento esencial de la noción conceptual propuesta.

**Sexta.**—En nuestra opinión, al amparo de una correcta aplicación del principio de solidaridad familiar solo será repartible el incremento de valor del bien en el que el cónyuge haya intervenido. Consecuentemente quedaría excluida como repartible aquella plusvalía real especulativa que solo beneficiará al cónyuge propietario. Esta interpretación queda igualmente justificada como una consecuencia lógica de la remisión de este régimen a la disciplina positiva del régimen de separación de bienes durante la vigencia del matrimonio.

**Séptima.**—Cuando las plusvalías resultan de mejoras que han sido costeadas en su importe total con cargo al patrimonio de los cónyuges, el cónyuge no titular de la propiedad del bien mejorado tiene derecho a participar en el incremento de valor producido por dicha mejora.

**Octava.**—No hay que descartar la posibilidad futura de una regulación que admita que en los supuestos de aportación conyugal conjunta al pago del coste de la mejora, el computo de la participación se haga en proporción directa al importe del desembolso efectivamente realizado por cada cónyuge y en el caso de que el coste de la mejora hubiere sido financiado con los recursos pertenecientes a uno solo de los cónyuges, se excluirá de su cómputo en la aplicación del sistema de participación.

## BIBLIOGRAFÍA

- AHIJADO, M./AGUER, M.: *Diccionario de Economía y Empresa*, Pirámide, Madrid, 1996.
- ALGARRA PRATS, E.: *El régimen económico-matrimonial de participación*, La Ley, Madrid, 2000, p.185.
- ABERTURAS RAMOS, A.: «La valoración de los bienes inmuebles urbanos en los tributos cedidos a las Comunidades Autónomas. Métodos de comprobación del valor», *Catastro*, diciembre 2012, p. 17 y ss.
- BECKER, E.: «The Franco-German argreement on an elective «community of accrued gains» matrimonial property regime», *Directorate-General for Internal Policies, Policy Department citizens, righths and constitutional affairs*, 2010, pp 4-15.
- BEIGNER, Bernard: *Régimes Matrimoniaux Pacs Concubinage*, Lextenso, París, 2010.
- BOELE-WOELKI, K/FERRAND, F./GONZÁLEZ BEILFUSS, C./JÄNTERÄ-JAREBORG, M./LOWE, N./MARTYNI, D./PINTENS, W.: *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Betwen Spouses*, Intersentia, Cambridge, 2013.
- CASAS VALLÉS, R.: «Article 56»; en EGEA I FERNÁNDEZ, J/FERRER I RIBA, J.: *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*, Tecnos, Madrid, 2000.
- «Article 55», en CASANOVAS I MUSSONS, A/EGEA I FERNÁNDEZ, J./GETE-ALONSO y CALERA, M.<sup>a</sup> DEL C/MIRAMBELL I ABANCÓ, A.: *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona, 1995.
- CASAS VALLÉS, R.: «Artículos 232-13 a 232-24 CCC», en ROCA TRÍAS, E/ORTUÑO MUÑOZ, P.: *Persona y Familia: Libro II del Código Civil de Cataluña*, Sepin, Madrid, 2011.
- DE LOS MOZOS, J. L.: «Artículo 1411 a 1434», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVIII, vol. III, Edersa, Madrid, 1985, pp. 47-301.
- DE RICARDO, D.: *Principios de Economía política y tributación*, Ayuso, Barcelona, 1985.
- ECHAUDEMAISON, C. D.: *Diccionario de Economía*, Larousse, Barcelona, 1996.
- FLORENSA I TOMAS, C. E.: «Article 53», en AAVV.: *Comentari a la Modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1995, p. 270 y ss.
- FÖTSCHL, A.: «The COMPR of Germany and France: Epoch-Making in the Unification of Law», *European Review of Private Law*, n.º 4, 2010, pp. 881-889.
- FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *El nuevo régimen económico matrimonial franco-alemán de participación en las ganancias*, Bosch, Barcelona, 2013.
- GERNHUBER, J./COESTER-WALTJEN, D.: *FamilienRecht*, C. H. Beck, München, 2010.
- HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de Obligaciones*, t. III, Espasa-Calpe, Madrid, 1988.
- JOU MIRABENT, L.: «Artículo 49», en *Comentari a la Modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1995.

- JÜNERMANN, M.: «Der neue Güterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft: Familienrechtliche Grundlagen und erbrechtliche Wirkungen», *ZEV*, 2013, beck-online.
- KOCH, E.: «§ 1376 BGB»; *Münchener Kommentar zum BGB*, 6.<sup>a</sup> ed, beck-online, 2013, Rdnr. 38-47.
- «§ 1373 BGB»; *Münchener Kommentar zum BGB*, 6.<sup>a</sup> ed, beck-online, 2013, Rdnr. 7-8.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *El matrimonio y su economía*, Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2010.
- *Elementos del Derecho Civil*, t. IV, Dyckinson, Madrid, 2010.
- LEÓN ARCE, A.: *Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto: el régimen de participación*, Universidad de Oviedo, Oviedo 1984.
- MARX, Karl: *El Capital*, Alianza ed., Madrid, 2010.
- MEDINA DÁVILA-PONCE LEÓN, Emilio: *Valoración inmobiliaria*, Dyckinson, Madrid, 2003.
- MEYER, T.: «Der neue deutsch-französische Wahlgüterstand», *FamRZ*, 2010, Heft 8, pp. 612-617.
- MOCHON MORCILLO, F./ ISIDRO APARICIO, R.: *Diccionario de términos financieros y de inversión*, MacGraw-Hill, Madrid, 2001.
- MORAL GONZÁLEZ, Jesús: *Los bienes inmuebles. Aspectos jurídicos y económicos de su valoración*, Ariel, Barcelona, 1991.
- MORALES MORENO, A. M.: «Artículo 1411», en AAVV; *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 807 y ss.
- «Algunos rasgos caracterizadores del Régimen económico matrimonial de participación en ganancia de la Compilación de Cataluña», en AAVV, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menendez*, t. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 4963 y ss.
- «Artículo 1417-1434», *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, t. II, Tecnos, Madrid, 1984.
- NAVAS NAVARRO, S.: *El régimen de participación en las ganancias desde una perspectiva europea (Atención especial al Derecho catalán y sus recientes modificaciones en la materia)*, Dyckinson, Madrid, en prensa.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Madrid, 1989.
- PILLEBOUT, Jean-François: *La participation aux acquêts*, Lexis Nexis, París, 2005.
- PIÑOL ALENTÀ, M.<sup>a</sup> C.: *El règim de participació en els guanys en el dret civil català*, Lleida, 1998.
- PUIG FERRIOL, L.: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. II, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2005.
- QUÍLEZ ESTREMER, M. A.: «Cálculo convencional del crédito de participación (Art. 1429 del Código Civil)», *RDN*, abril-junio, 1982, p. 195 y ss.
- SAIZ, C.: «Artículo 1411» en *Código Civil comentado*, vol III, Thomson Reuters, Civitas, 2011, pp 1167-1173.
- SCHWAB, D.: *Familienrecht*, 17.<sup>a</sup> ed. CH Beck, Munich, 2009.
- STURM, F.: «La Zugewinnsgemeinschaft et les régimes conventionnels du droit allemand», en BONOMI, A/STEINER, M.: *Les Régimes Matromoniaux en Droit Comparé Droit International Privé*, Droz, Geneve, 2006.

# El complejo régimen que disciplina la responsabilidad civil por daños derivados del acoso escolar<sup>1</sup>

**ANA MARÍA PÉREZ VALLEJO\***  
Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad de Almería

## RESUMEN

*El acoso escolar en todas sus manifestaciones (directas e indirectas) encaja y puede ser penado conforme a diversos tipos delictivos que, además del reproche criminal que merecen, conforme a la legislación penal del menor, producen un daño efectivo, que nadie tiene obligación de soportar (menos un menor de edad); por lo que ese daño, injustamente causado, da lugar al nacimiento de la correspondiente responsabilidad civil. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico coexisten una pluralidad de regímenes jurídicos «injustificables» que disciplinan una misma realidad jurídica en materia de Derecho de daños. Nuestro trabajo analiza, el distinto régimen regulador de la responsabilidad civil, en función del tramo de edad del menor y en función de si la legislación a aplicar es la civil (menores de 14 años) o la derivada de la LORPM (14 a 18 años). Diferencias sustantivas y procesales también, en función de si el hecho ilícito causante del daño y en que se subsumen las conductas de acoso escolar o ciberacoso está o no tipificado penalmente (ilícito penal o ilícito civil). Lo que, como se ha dicho, dará lugar a la aplicación de regímenes jurídicos diferenciados y a órdenes jurisdiccionales distintos (civil, contencioso y jurisdicción de menores) para su enjuiciamiento; ya sea condenado el Centro docente (público, privado o concertado), la propia Administración Educativa o los padres del menor o menores infractores. De ello nos ocupamos para clarificar la cuestión aportando las soluciones que adoptan los Tribunales.*

---

\* amperez@ual.es

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D+I, del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad: «Análisis jurídico y cuantitativo de la violencia en la infancia y adolescencia: propuestas de intervención socio-legal» (DER2014-58084-R). Investigador Principal: Ana María Pérez Vallejo y Juan García García.

**PALABRAS CLAVE**

*Acoso escolar, ciberacoso, responsabilidad civil.*

**ABSTRACT**

*Bullying in all its forms (direct and indirect) fits and may be punishable under various criminal types, in addition to criminal deserve reproach, according to the criminal law of the child produce actual damage, no one is obliged to support (unless a minor); so that injury unjustly caused, gives rise to the corresponding civil liability. However, in our legal system coexist a plurality of «unjustifiable» legal regimes that regulate the same legal reality in the law of damages. This paper analyzes the different regulatory regime of liability depending on the age range of the child and depending on whether the law to be applied is the civil (under 14 years) or the derivative of the LORPM (14-18 years). Substantive and procedural differences also depending on whether the wrongful act caused the damage and that the school or cyberbullying behaviors are subsumed harassment is criminalized or not (criminal offense or civil wrong); which as stated above, will result in the application of distinct legal regimes and different jurisdictional areas (civil, and juvenile court litigation) for prosecution, whether teacher sentenced Center (public, private or subsidized); Educational Administration or the child's parents or young offenders. It we take care to clarify the issue by providing solutions that adopt the Courts.*

**KEY WORDS**

*Bullying, cyberbullyng, civil liability.*

**SUMARIO:** *Introducción: I. Identificación del acoso escolar y su proyección en los tribunales. A) Violencia entre iguales: de la co-ocurrencia entre los fenómenos bullying tradicional y cyberbullying. B) Silencios y actitudes omisivas ante las conductas de acoso.–II. Medidas a adoptar desde el centro educativo. repercusiones ante una eventual reclamación judicial. A) Medidas preventivas: la necesaria coeducación Familia y Centro escolar. B) Planes de Convivencia, Protocolos de actuación e implementación de Programas de mediación.–III. Tipos delictivos y responsabilidad del menor infractor. A) Del encaje del acoso escolar en tipos delictivos previstos en el Código penal. A.1) Delito contra la integridad moral. A.2) Concurso de delitos. B) Responsabilidad penal del menor agresor y medidas a adoptar (LORPM). B.1) Responsabilidad penal especial. B.2) Endurecimiento de las medidas.–IV. Regímenes legales injustificables que disciplinan una misma realidad jurídica en materia de daños por acoso escolar. A) El tercer sistema de responsabilidad civil que introduce la LORPM. B) La noción unitaria del daño resarcible por acoso escolar y el «quantum indemnizatorio». B.1) Daño moral. B.2) Difícil concreción y dispar valoración por los Tribunales.–V. Alumnos menores de 14 años y responsables civiles ex*

artículos 1902 y 1903 del código civil. A) Consideraciones generales y criterios de imputación. B) Padres, Centro docente y Administración Educativa negligentes y responsables. Derecho sustantivo aplicable y orden jurisdiccional competente. B.1) Responsabilidad civil de los padres en el orden jurisdiccional civil. B.2) Responsabilidad del Centro Docente ante la jurisdicción civil y contencioso-administrativa. Casuística judicial.–VI. *Alumnos menores de entre 14-18 años y «otros» responsables civiles que solidariamente responderán con él (ex art. 61.3 LORPM)*. A) Derecho sustantivo aplicable y cambio de jurisdicción dependiendo si hay o no reserva de la acción civil por parte del perjudicado. Casuística judicial. A.1) Reserva de acción civil en el proceso penal de menores. A.2) Ejercicio de la acción civil en el proceso penal de menores. B) La interpretación del inciso «por este orden» (ex art. 61.3 LORPM).–*Reflexiones finales*.

## INTRODUCCIÓN

En nuestra sociedad, la violencia protagonizada por menores y adolescentes en la escuela es motivo de creciente preocupación. Y aunque la violencia escolar ha estado presente desde siempre en este entorno, la Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado<sup>2</sup> ya señaló que «muchos de los actos encuadrables en el *acoso escolar* han sido –siguen siéndolo aún– frecuentemente considerados parte integrante de la experiencia escolar, inherentes a la dinámica propia del patio del colegio, como una lección más de la escuela en la que como anticipo de la vida, el menor tiene que aprender a resistir, a defenderse, a hacerse respetar e incluso a devolver el golpe».

A la fecha presente, no existen cifras oficiales al respecto. En nuestro país, la Memoria de la Fiscalía General del Estado (2013)<sup>3</sup> señala no poder facilitar «datos numéricos concretos», al componerse de un abanico de infracciones diversas que se registran como lesiones, amenazas o coacciones, faltas contra las personas, etc. Asimismo dicha Memoria refiere que «las Fiscalías Provinciales siguen coincidiendo en sus impresiones: desciende el número de denuncias». No obstante, uno de los estudios más fiables realizados en nuestro país, el Informe Cisneros X sobre «Acoso y Violencia Escolar» (Oñate y Piñuel, 2006)<sup>4</sup>, ya señaló que la incidencia del

<sup>2</sup> Vid. Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre el *tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil*.

<sup>3</sup> En el apartado relativo a la evolución de la criminalidad, referida a delitos en particular, es el apartado 6.2.2.7 el que viene a referirse de forma muy escueta a la «violencia en el ámbito escolar». Vid. Memoria de la Fiscalía General del Estado. Ed. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Madrid, 2013, p. 416.

<sup>4</sup> El Informe Cisneros se basa en las encuestas realizadas a 24.990 alumnos, con edades comprendidas entre 8 y 18 años, pertenecientes a 1.150 aulas completas, de Primaria, Secundaria y Bachillerato. Participan en el estudio escolares de 14 Comunidades Autónomas

«bullying» tenía unos resultados alarmantes. Más recientemente, a nivel europeo, se reitera que las cifras del acoso se han disparado. Cifras que se dan a conocer cuando miembros de la plataforma *Beat Bullying* han defendido en la sede del Parlamento Europeo la necesidad de prestar más atención al problema del acoso. Según la organización, siete de cada diez jóvenes han experimentado alguna forma de acoso o intimidación, ya sea en forma verbal, psicológica o física, algo que puede tener consecuencias para el resto de sus vidas<sup>5</sup>.

En nuestro país, la judicialización del acoso escolar es una realidad. A fecha de hoy son muchos los centros docentes condenados por omisión del deber de cuidado, en aquellos casos, en los que ha podido probarse que el personal docente y directores no actuaron con la diligencia debida para poner freno al acoso en su fase inicial. Pero también se abre una vía, en la que se imputa responsabilidad a los padres, particularmente en los casos de *ciberbullying*. La complejidad de este fenómeno exige que, la actuación ante el maltrato, adopte un carácter esencialmente preventivo-educativo; por lo que el trabajo e intervención realizado, por y desde el centro, ocupará una posición central, a la hora de dirimir esas posibles responsabilidades, en la medida en que sus silencios prolongados o actitudes omisivas, al no adoptar medida alguna (falta de diligencia), los coloca como responsables civiles de los daños producidos.

## I. IDENTIFICACIÓN DEL ACOSO ESCOLAR Y SU PROYECCIÓN EN LOS TRIBUNALES

### A) VIOLENCIA ENTRE IGUALES: DE LA CO-OCURRENCIA ENTRE LOS FENÓMENOS BULLYING TRADICIONAL Y CIBERBULLYING

El acoso escolar o violencia entre iguales<sup>6</sup> no es sinónimo de violencia en las aulas, aunque sí una forma más, en la que se mani-

---

Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla la Mancha, Castilla y León, Catalunya, Extremadura, Galicia, Madrid, Murcia, Navarra y País Vasco. Se utiliza el cuestionario AVE (Acoso y Violencia Escolar, 2006), que es administrado entre el 16 de mayo y el 20 de junio de 2006, bajo la supervisión de los tutores de cada clase. El error muestral es de +/- 0.94 % para un nivel de confianza del 99.7 % y n=p=0,50. El cuestionario AVE, incorpora nueve escalas clínicas: Ansiedad, Estrés postraumático, Distimia, Disminución de la autoestima, Flashbacks, Somatización, Autoimagen negativa y Autodesprecio.

<sup>5</sup> Vid. ABC Familia publicado el 27 de junio de 2013. Esta noticia también revela que «El año pasado en la UE, 1.712 niños y jóvenes se han quitado la vida para librarse del tormento del acoso», afirmó Niall Cowley, director internacional de Beat Bullying, unas muertes que consideró «evitables». Enlazar <http://www.abc.es/familia-padres-hijos/20130627/abci-ninos-acoso-201306271320.html> (Fecha de consulta (20-04-2014).

<sup>6</sup> Nótese que las relaciones que los niños y adolescentes mantienen entre sí son de carácter no jerárquico (simetría horizontal), de ahí la consideración de relaciones entre

fiesta ésta. El complejo fenómeno del llamado *bullying*<sup>7</sup> requiere algo más; pues no todo acto de agresión, desemboca en conductas que puedan calificarse de acoso, a efectos de generar las implicaciones jurídicas y responsabilidades que posteriormente se analizarán. Olweus<sup>8</sup> señala al respecto, que la situación de intimidación y la de su víctima quedaría definida en los siguientes términos: «Un alumno es agredido o se convierte en víctima cuando está expuesto, de forma repetida y durante un tiempo, a acciones negativas que lleva a cabo otro alumno o varios de ellos». En ese sentido, el acoso escolar, según refiere la Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado, comprende «un catálogo de conductas, en general permanentes o continuadas en el tiempo y desarrolladas por uno o más alumnos sobre otro, susceptibles de provocar en la víctima sentimientos de terror, de angustia e inferioridad idóneos para humillarle, envilecerle y quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral.». Estamos ante conductas de «hostigamiento» prolongado o mantenido en el tiempo de uno o varios menores, contra un compañero o compañera de clase.

Y es precisamente esta nota, la de la repetición y diferencia de poder —asimetría de la relación— que se establece entre la persona acosada y la acosadora, la que sitúa la barrera entre lo que se puede admitir como un comportamiento corriente inherente a la propia convivencia y los conflictos, frente a una situación de acoso (Gairín *et al.*, 2013)<sup>9</sup>. Partiendo de este dato diferencial, resulta esencial para identificarlo que concorra una situación repetida o reiterada en el tiempo y en condiciones de tal gravedad, que sea susceptible de llegar a generar un daño o menoscabo en la integri-

---

«iguales»; a diferencia de las que mantienen con los adultos (padres, profesorado, etc.) que son relaciones jerárquicas.

<sup>7</sup> En el ámbito de la sociología y la educación se usa el término anglosajón «bullying» que literalmente, significa intimidación o acoso y que deriva del sustantivo «bully» (matón) y del verbo «to bully» (meterse con alguien, intimidarle).

<sup>8</sup> OLWEUS habla en estos casos de «victimización» que define como «una conducta de persecución física y/o psicológica que realiza un alumno/a contra otro u otra, al que elige como víctima de varios ataques»; y que sitúa a las víctimas en posiciones de las que difícilmente pueden salir por sus propios medios. Destaca el autor que el acoso entre escolares se refiere «tanto a la situación en la que el individuo particular hostiga a otro, como aquella en la que el responsable de la agresión es todo un grupo». *Vid.* OLWEUS, D. (1993). *Conductas de acoso y amenaza entre escolares*. Ed. Morata, 2.<sup>a</sup> edición en castellano (reimpresión). Madrid, 2004, pp. 24, y 25.

<sup>9</sup> *Vid.* GAIRÍN SALLÁN, J., ARMENGOL ASPARÓ, C. y SILVA GARCÍA, Blanca P., «El «bullying» escolar. Consideraciones organizativas y estrategias para la intervención». *Educación XXI*. 16.1, 2013, p. 27. Esta investigación recoge los resultados del debate virtual continuado que durante tres meses realizó la Red Atenea de 37 directivos españoles voluntarios, situados a grandes distancias, que no se conocen ni se han visto. Conectándose a la plataforma media hora cada semana, son capaces de generar y difundir un producto completo sobre como conocer, diagnosticar y actuar respecto a algunos temas problemáticos (el «Bullying») y la contrastación de sus resultados con otros 16 directivos que formaron parte de un programa de formación para la dirección en el ámbito estatal.

dad física y moral del menor; produciéndose además dentro del ámbito escolar y en el ámbito de vigilancia y control, que todo centro educativo ha de prestar a sus alumnos.

Así se refleja en nuestros Tribunales:

– La SAP de Madrid de 15 de noviembre de 2010<sup>10</sup> incide en la necesidad de que se acredite cumplidamente la situación de acoso mantenido, definiendo el «*bullying*» como: «una conducta de persecución física y/o psicológica intencionada y reiterada o repetida por algún tiempo /.../ no es suficiente un incidente aislado, sino varias actuaciones mantenidas en el tiempo, esto es, una persistencia en la agresión, todo ello, presidido por la voluntad de causar un mal (daño o miedo) a la víctima y situarla en un plano de inferioridad respecto del agresor o de un grupo». En igual sentido, cabe citar como significativa, la SAP de Madrid de 11 de mayo de 2012<sup>11</sup>, que resuelve una situación extrema de *bullying* mantenido y prolongado *durante tres cursos escolares*<sup>12</sup>, sin que por parte del Colegio se adoptaran las debidas medidas de vigilancia y control.

– En sentido negativo y por no apreciarse estas circunstancias, la SAP de Madrid de 14 de octubre de 2013<sup>13</sup>, no estima la situación de acoso, al considerar que: «(...) aunque existieron episodios aislados de enfrentamiento y conflicto entre los alumnos e incluso grupos de padres, no se acredita que la situación fuese continuada, viniendo a configurar la concurrencia de un estado de acoso mantenido y prolongado (...)». Si se estima en cambio, en otros muchos pronunciamientos judiciales.

De forma paralela y aunque de más reciente aparición, esa situación de hostigamiento puede verse amplificada a través de las redes sociales, cuando se lleva a cabo utilizando la informática e internet. Con la particularidad de que lo que se conoce como la «Web 2.0» está hoy al alcance de cualquier menor. Así lo muestran las cifras más recientes referidas al año 2013. Según el Instituto

<sup>10</sup> Vid. SAP de Madrid núm. 611/2010 de 15 de noviembre (AC 2010/2140).

<sup>11</sup> Vid. SAP de Madrid (Sección 25.ª) Sentencia núm. 241/2012 de 11 mayo (AC/2012/384). Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Delgado Rodríguez.

<sup>12</sup> Consta probado que: «(...) El acoso se inicia en 2.º de Primaria (y según los especialistas puede ser incluso anterior), no habiendo podido apreciarse inicialmente en su gravedad por los padres, sino cuando se agravó en el curso siguiente (2008-2009 de 3.º de Primaria), culminando en el presente curso 2009-2010 (4.º de Primaria), antes de finalizar, concluyendo el curso el menor en otro centro. En un principio los padres pensaron que eran incidentes aislados, con cinco niños distintos, sin ser conscientes de que, como luego se verificó, se trataba de una actuación grupal y constante (...) pinchazos hasta en cuatro ocasiones con lápices, hasta el punto de dejar marca al niño en su pierna derecha (...) le desaparecen toda clase de objetos y útiles escolares (juguetes, gomas, lapiceros, tijeras, grapadoras, estuches, el baby) (...)» (FJ 3.º).

<sup>13</sup> Vid. SAP de Madrid (Sección 19.ª) Sentencia núm. 354/2013 de 14 octubre (AC/2013/2267). Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Lombardía del Pozo.

Nacional de Estadística (INE) y a propósito del uso de las Tecnologías de Información y Comunicación (en adelante TIC's)<sup>14</sup>, la proporción de su uso por la población infantil (de 10 a 15 años) es muy elevada. Así, el uso del ordenador es prácticamente universal (95,2%) y el 91,8% utiliza Internet. Por su parte, la disposición de teléfono móvil se incrementa significativamente a partir de los 10 años, hasta alcanzar el 90,2% en la población de 15 años. La evolución de los resultados según la edad sugiere que el uso de Internet y, sobre todo, del ordenador, es una práctica mayoritaria en edades anteriores a los 10 años.

Los datos anteriores referidos no resultarían preocupantes si la utilización de los medios de comunicación online se hiciera de forma responsable por parte de los niños y adolescentes. Por no ser las cosas así, se afirma que el ciberespacio es cada vez más utilizado por menores poco vigilados por sus padres y desde distintos sectores se advierte sobre el creciente uso de las redes sociales para ejercer la violencia entre iguales. En este caso estamos ante un tipo de acoso, el llamado *ciberacoso* o *ciberbullying*, dirigido a algún compañero o compañera de clase a través de medios tecnológicos, utilizando diversas formas de agresión: mensajes vejatorios, desagradables o dañinos a través de Whatsapp, Twitter u otra red social, llamadas acosadoras al móvil, etc. En el *ciberacoso* deben concurrir los tres elementos básicos del acoso escolar: intencionalidad, repetición y desequilibrio de poder, añadiendo la peculiaridad de que se produce a través de las TICs. Pero como señala *Save the Children* (España) en el Informe sobre «Acoso escolar y ciberacoso: propuestas para la acción» (Orjuela *et al.*, 2013)<sup>15</sup>, estas características tienen matices propios: «La repetición ya no consistiría en agredir a un niño o niña varias veces, basta con subir una sola vez una imagen indeseada a una red social y que la vean varias personas. La repetición se produciría cada vez que se vea esa imagen, se comparta o los comentarios abusivos que la pueden acompañar».

<sup>14</sup> Vid. Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares (TIC-H). Año 2013. Instituto Nacional de Estadística. Nota de prensa, p. 3. Enlazar en <http://www.ine.es/>. La Encuesta TIC-H 2013 también revela que el 63,0% de los menores dispone de teléfono móvil (2,8 puntos menos que el año 2012). Por sexo, las diferencias del uso de ordenador y de Internet no son muy significativas. En cambio, la disponibilidad de teléfono móvil en las niñas supera en más de ocho puntos a la de los niños.

<sup>15</sup> Vid. ORJUELA LÓPEZ, L.; BELKIS, F. CALMAESTRA VILLÉN, J.; MORA-MERCHÁN, J. A. y ORTEGA-RUIZ R., Informe sobre «Acoso escolar y ciberacoso: propuestas para la acción». (Save the Children). Madrid, octubre 2013, p. 22.

En este contexto, cabe traer a colación un reciente estudio que analiza cierta co-ocurrencia de los fenómenos *bullying* tradicional y *cyberbullying*. Los resultados de la investigación (Del Rey *et al.*, 2012)<sup>16</sup> constatan «la importante simultaneidad de los dos fenómenos y sugieren que, mientras la implicación en *cyberbullying* —*cybervictimización* y *cyberagresión*— puede ser predicha, en parte, a partir de la implicación en *bullying* tradicional, no ocurre lo mismo en dirección opuesta». Constatando también que la victimización previa es un factor de riesgo tanto en *bullying* tradicional como en *cyberbullying*. Esa co-ocurrencia entre ambos fenómenos empieza a tener reflejo en nuestros Tribunales. Cabe citar al respecto, los hechos objeto de enjuiciamiento que resuelve la SAP de las Palmas de 15 de noviembre de 2013<sup>17</sup>. En el caso de autos, fueron los once menores imputados, quienes «de forma reiterada y con ánimo de menoscabar la integridad moral de (...), compañero de clase, le sometieron a continuas burlas, poniéndole la menor (...) el apodo «Limpiabotas» (...) apodo éste que era utilizado pública e indistintamente por todos los menores imputados, mofándose y riéndose de la víctima, llamándole gay, maricón y loco (...)». Hasta aquí el *bullying* tradicional, pero aunque la sentencia no se refiere expresamente al *ciberbullying*, consta probado que: «(...) el acoso se magnificó al colgar (una de las menores) una fotografía de la víctima en el portal de Tuenti de Internet, sin el consentimiento del acosado y con la intención de ridiculizarle, intimidarle y aislarle. Foto que tituló «Limpiabotas» invitando a los compañeros a realizar comentarios sobre la misma, respondiendo éstos, en los días siguientes con expresiones despectivas y de mofa (...). «Lo que dio pie a comentarios ofensivos sobre su persona y generando toda la acción descrita en el mismo, un sentimiento de angustia, inferioridad y humillación (...)». Es evidente que la publicación de la citada fotografía en la red social (*ciberbullying*), puesta en relación con algunos de los crueles comentarios que la misma provocó entre varios de los menores acusados en Tuenti, corroboran objetivamente el agravamiento del *bullying* tradicional.

<sup>16</sup> La investigación se lleva a cabo con una muestra de 274 adolescentes, entre 12 y 18 años, pertenecientes a 2 centros educativos de Andalucía. Vid. DEL REY, R., ELIPE, P. y ORTEGA-RUIZ, R. en «Bullying and cyberbullying: Overlapping and predictive value of the co-occurrence». *Psicothema*. Vol. 24, n.º 4, 2012, pp. 608-613.

<sup>17</sup> Vid. SAP de Las Palmas (Sección 1.ª) Sentencia num. 209/2013 de 15 noviembre (JUR/2014/3749) Ponente: Illma. Sra. Inocencia Eugenia Cabello Díaz.

## B) SILENCIOS Y ACTITUDES OMISIVAS ANTE LAS CONDUCTAS DE ACOSO

Debe hacerse hincapié en que a las situaciones o conductas anteriormente descritas (*bullying* o *ciberbullying*), se une, generalmente, el silencio de las víctimas y de los testigos (espectadores u observadores); quienes, en ocasiones, por miedo, avalan, aprueban y acompañan con su presencia el acto de intimidación o acoso, convirtiéndose en cómplices de las mismas. Resultando, más grave aún, que «el silencio de los espectadores es aprovechado por los acosadores, que actúan con la seguridad de que no habrá resistencia por parte de los testigos de las agresiones» (Gairín *et al.*, 2013)<sup>18</sup>.

Igualmente pueden concurrir otros silencios o actitudes omisivas, con directas repercusiones e implicaciones jurídicas a efectos de responsabilidad, ante una eventual reclamación judicial.

– De un lado, el silencio de los propios padres de los menores agresores implicados, cuando no la negación de los hechos, como ya ocurriera en el caso Jokin, que marcó en España el punto de inflexión sobre el *bullying*. El chico de 14 años se quitó la vida arrojándose al vacío cerca de su casa, en Hondarribia. Llevaba un año siendo víctima de las burlas de sus compañeros de clase. En este caso, la SAP de Guipúzcoa de 15 de julio de 2005<sup>19</sup>, viene a referirse al *posicionamiento de la familia* ante los graves hechos cometidos por los menores y pone de manifiesto su falta de idoneidad actual para servir de ámbito de interiorización de la significación de la conducta protagonizada<sup>20</sup>.

– De forma paralela, se cuestiona y cabe someter a consideración el silencio, la negación o posicionamiento del centro escolar (público, privado o concertado) donde han tenido origen los hechos de acoso. Las más de las veces, según las sentencias consultadas, consta probado, que profesores, tutores y los propios directivos del centro, minimizan e incluso ignoran el problema en *pro* de no dañar la imagen del colegio. Al respecto, resultan significativos algunos pronunciamientos judiciales: a) La ya citada SAP de Madrid 11 de

<sup>18</sup> Vid. GAIRÍN SALLÁN, J., ARMENGOL ASPARÓ, C. y SILVA GARCÍA, B. P. *El «bullying» escolar...*, *ob. cit.*, p. 24.

<sup>19</sup> Vid. SAP de Guipúzcoa de 15 de julio de 2005, n.º de recurso 1009/2005 (Ref. La Ley Juris 579578/2005). Ponente Ilmo. Sr. Subijana Zunzunegui.

<sup>20</sup> «(...) Clarividente es al respecto el contenido del «Comunicado de los padres de los ocho adolescentes expulsados del Instituto Talaia por agresión a Jokin»; en el mismo se minimiza la importancia de la conducta de sus hijos y en definitiva cuestionan el propio comportamiento del menor y la propia familia («...si tal y como acusan a nuestros hijos de bullying ... ¿cómo la propia familia dejaba salir a Jokin con estos amigos, quedarse a dormir en casa de familiares de estos (...) cómo el propio Jokin aceptaría ir con ellos de colonias, a conciertos, salir todos los fines de semana, etc. ? (...)).»

mayo de 2012, viene a recoger las continuas negativas y negligentes omisiones del centro docente «Amor de Dios» a reconocer la situación. A pesar de la gravedad de los hechos acontecidos y por los que la sentencia dictada por el JPI de Madrid de fecha 25 de marzo de 2011<sup>21</sup> condenó al colegio (40.000 €), este fallo fue recurrido. La parte apelante (Congregación) siguió negando en esta alzada, que el menor, durante el tiempo que estuvo escolarizado en el centro, fuese objeto de acoso, humillación, vejación o agresión física alguna, por parte de otros alumnos; negando, asimismo, los trastornos psíquicos que hubiese podido ocasionarle al menor y de los que se la declarada responsable. b) En esta línea, más grave resulta constatar cómo, en otros supuestos, por parte del colegio, se imputa a los padres del menor, víctima de acoso, la falta de seguimiento de la situación de su hijo en el centro escolar y se intenta culpabilizar a los progenitores de unos hechos que ocurren fuera de su ámbito de control. Así ocurre en los casos enjuiciados por la SAP de Madrid de 18 de diciembre de 2008<sup>22</sup> que sin embargo, condena al colegio Suizo de Madrid a abonar en concepto de indemnización 30.000 €.

En función de lo anteriormente descrito, se confirma lo que años atrás ya señalara el Informe del Defensor del Pueblo (2000)<sup>23</sup>: «(...) este tipo de violencia, que resulta estar presente de manera constante en nuestros centros escolares, suele ser mal conocida —cuando no ignorada— por los adultos, hasta el extremo de que sus formas menos intensas (ciertos insultos, los motes ofensivos, la exclusión de juegos, etc.) gozan, si no de aceptación social, sí de un grado de permisividad e indiferencia desconocedor de las negativas consecuencias que estas conductas pueden llegar a tener en quienes las realizan y las padecen, y de que en ellas está, probablemente, el germen de otras conductas antisociales posteriores».

<sup>21</sup> *Vid.* Sentencia núm. 91/2011 de 25 de marzo del JPI n.º 44 de Madrid (AC/2011/466). Ponente: Ilma. Sra. M.ª José Lorena Ochoa Vizcaíno.

<sup>22</sup> «(...) Parece cuando menos ilógico, que por el Centro educativo se reproche a los padres la difusión de la grabación del hecho, con el fin de poner de manifiesto y llamar la atención ante la opinión pública, del mal trato que sufría su hijo de once años, y en cambio se tolere la grabación del ataque y burla al menor por parte de sus compañeros, y su divulgación posterior con el consiguiente aumento del sufrimiento del niño. Atendiendo respecto de esto último a lo razonado anteriormente, esto es que la profesora tuvo conocimiento del uso de una cámara, del altercado y de la alteración anímica que presentaban los alumnos, sin que pese a estos datos, se requiriera la grabación para comprobar su contenido, ni por dicha profesora, ni por la tutora, ni por la Dirección, y ello pese a que hoy en día existe una notoria sensibilización por el uso de estos medios con fines difamatorios, dada la extraordinaria relevancia que adquieren las imágenes por las nuevas tecnologías. *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) de 18 de diciembre de 2008 (AC/2009/124). Ponente: Sra. Ana M.ª Olalla Camarero.

<sup>23</sup> *Vid.* Informe del Defensor del Pueblo. Violencia escolar: El Maltrato entre Iguales en la Educación Secundaria Obligatoria. Madrid, 2000, p. 11. Enlazar en <http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Estudioviolencia.pdf>

Opinión que también sostiene Rojas Marcos<sup>24</sup> cuando señala que bastantes maestros son reacios a admitir que hay acoso en sus clases. «A unos les cuesta reconocer que ciertos niños pueden ser asombrosamente crueles. Otros temen ser tachados de inexpertos».

Puede colegirse que ese un cúmulo de silencios en cadena o comportamientos omisivos, han contribuido sobremanera al desconocimiento de la magnitud o alcance de la problemática que abordamos; y lo que es peor, a las drásticas consecuencias que llevan aparejadas estas conductas; principalmente a la víctima, pero también a todos los implicados, directa o indirectamente. Sabemos que el acoso escolar repercute y afecta de forma directa y severa a la salud física, psicológica y social de la víctima. A lo que se suma la situación de clara indefensión en la que se encuentra el menor, por parte de quién asume la posición de «guarda» en horario escolar, ante la minimización e incluso, la negación de los hechos. Pero, también sabemos, que el acoso escolar procura o genera, asimismo, efectos negativos indirectos al resto de los implicados. Esto es, los afectados no sólo son las víctimas o agredidos, sino también los agresores y testigos (espectadores u observadores) que conforman todos ellos lo que se denomina el «*triángulo de bullying*»<sup>25</sup>. La Fiscalía General del Estado en la citada Instrucción 10/2005, señala al respecto que: «La nocividad del acoso escolar alcanza incluso a los menores que como testigos mudos sin capacidad de reacción lo presencian, pues por un lado se crea un ambiente de terror en el que todos se ven afectados como víctimas en potencia, y por el otro, estos menores están expuestos al riesgo de asumir una permanente actitud vital de pasividad, cuando no de tolerancia, hacia la violencia y la injusticia».

## **II. MEDIDAS A ADOPTAR DESDE EL CENTRO EDUCATIVO. REPERCUSIONES ANTE UNA EVENTUAL RECLAMACIÓN JUDICIAL**

### **A) MEDIDAS PREVENTIVAS: LA NECESARIA COEDUCACIÓN FAMILIA Y CENTRO ESCOLAR**

El reciente Informe sobre «Acoso escolar y ciberacoso: propuestas para la acción» (2013) pone de relieve que las situaciones

<sup>24</sup> Vid. ROJAS MARCOS, L.: «Los estragos del acoso escolar». *El País* 2 de abril de 2005. Enlazar en [http://elpais.com/diario/2005/04/02/opinion/1112392807\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2005/04/02/opinion/1112392807_850215.html) (Fecha de consulta 20 de junio 2014)

<sup>25</sup> Vid. NORKA ARELLANO. «Violencia entre pares escolares (bullying) y su abordaje a través de la mediación escolar y los sistemas de convivencia». *Revista Informe de Investigaciones Educativas*. Vol. XXII, n.º 2, Número Especial, año 2008, p. 218.

menos graves de acoso escolar quedan invisibilizadas porque los mecanismos de denuncia y de actuación son insuficientes o no son conocidos por los niños, las niñas, sus familias y los y las docentes que los atienden<sup>26</sup>. Al respecto, se impone una primera observación. Y es que, ciertamente las conductas de bullying, pueden llegar a ser muy sutiles, muy difíciles de descubrir y muy fáciles de reforzar (García y Benito, 2002)<sup>27</sup>; especialmente, cuando el nivel de maltrato es bajo o medio-bajo y su forma de manifestarse relativamente sutil, que es prácticamente siempre (Gairín *et al.*, 2013)<sup>28</sup>. Según el referido Informe del Defensor del Pueblo, los datos aportados por todos los cuestionarios aplicados hasta el momento, indican que los adultos no se percatan de los hechos por diferentes razones. «Esto conlleva una dificultad añadida en términos de detección e intervención puesto que, cuando los casos salen a la luz, la escalada de las agresiones suele estar en niveles de mayor riesgo e intensidad para la víctima»<sup>29</sup>. Sin embargo, una segunda observación, nos lleva a afirmar que el centro docente, es garante de la seguridad psíquica y moral de los niños y adolescentes que están bajo su «guarda» en horario escolar en sustitución de sus padres. Por lo que les compete un deber general de vigilancia, que ha de ser extremo, ante aquéllos supuestos en que pueda percibirse signos de debilidad en el menor que hagan sospechar un indicio de acoso.

Ante este panorama resulta inaplazable afirmar que las perspectivas de futuro discurren o deben centrarse en un *primer estadio*, por la prevención. «A nuestra sociedad le interesa y urge prevenir la aparición de estas conductas violentas y disminuir sus consecuencias» (Gómez *et al.*, 2007)<sup>30</sup>. A tal efecto, debe seguirse en los

<sup>26</sup> Vid. ORJUELA LÓPEZ, L.; BELKIS, F.; CALMAESTRA VILLÉN, J.; MORA-MERCHÁN, J. A. y ORTEGA-RUIZ, R., *Informe sobre «Acoso escolar y ciberacoso: propuestas...»*, *ob. cit.*, p. 7.

<sup>27</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, A. y BENITO MARTÍNEZ, J., «Los conflictos escolares: causas y efectos sobre los menores», *Revista Española de Educación Comparada*, 8 (2002), p. 182.

<sup>28</sup> Vid. GAIRÍN SALLÁN, J.; ARMENGOL ASPARÓ, C. y SILVA GARCÍA, B. P., *El «bullying» escolar...*, *ob. cit.*, p. 27.

<sup>29</sup> Vid. Informe del Defensor del Pueblo. Violencia escolar: El Maltrato entre Iguales en la Educación Secundaria Obligatoria. *Ob. cit.*, p. 20.

<sup>30</sup> En este estudio los autores proponen unas sugerencias prácticas para la prevención: «Talleres de preparación para padres», programas de formación y asesoramiento para padres desde Ayuntamientos, AMPAs, preparación técnica y psicosocial del profesorado (entrenamiento en habilidades sociales, en gestión de conflictos, etc. Potenciar la función del tutor, incrementar el número de orientadores en los centros escolares, Implementar los medios para que las consecuencias de los actos violentos recaigan sobre quienes los realizan y, en ningún caso, sobre las víctimas; de modo que no sean éstas quienes tengan que cambiar de centro escolar. etc. Estas son algunas de las medidas y su puesta en práctica dependerá de su idoneidad en cada ámbito, de los recursos disponibles y de la voluntad política para implementarlas. Vid. GÓMEZ, F. J.; GALA, M.; LUPIANI, A.; BERNALTE, M. T.; MIRET, S.; LUPIANI y M. C. BARRETO, El «bullying» y otras formas de violencia adolescente». *Cuad Med Forense*, 13 (48-49), abril-julio 2007, pp.175 y 176.

Colegios las directrices de la primera Conferencia de la Comisión Europea sobre Seguridad en la Escuela, que tuvo lugar en Utrecht en febrero de 1997, que ya ratificó como necesario y urgente, que en los centros educativos europeos se implementen y lleven cabo medidas de prevención de la violencia escolar. Sobre el particular, Díaz Aguado destaca como componentes clave para la prevención: el desarrollo de la cooperación a múltiples niveles y el currículum de la no-violencia<sup>31</sup>. Al respecto, la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación<sup>32</sup>, señala en relación a los principios de educación, la transmisión de aquellos valores que favorecen la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia, que constituyen la base de la vida en común (art. 1, apartado c). Asimismo, refiere el ejercicio de la tolerancia y de la libertad, dentro de los principios democráticos de convivencia, y «la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos, así como la no violencia en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social, y *en especial en el del acoso escolar*» (art. 1, apartado k). Y es precisamente, este apartado k) el que se ha visto modificado por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, de Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE)<sup>33</sup>, para incluir expresamente este fenómeno o patología. Es evidente que las políticas y estrategias de prevención deben partir de un replanteamiento general a propósito de los valores que han de inculcarse a menores y adolescentes en la familia, la escuela y los medios de comunicación. No es posible que los niños alcancen un pleno desarrollo de sus competencias intelectuales y emocionales si no es desde la coeducación familia-escuela.

Sin olvidar de otra parte, que la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modifica la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, incluyendo deberes del menor en el ámbito familiar, escolar y social. El nuevo art. 9 *quáter*, bajo la

<sup>31</sup> Vid. DÍAZ-AGUADO, M. J. (2005). «La violencia entre iguales en la adolescencia y su prevención desde la escuela». *Psicothema*, vol. 17, n.º 4, 2005, pp. 549-558. En este estudio se analizan, los principales resultados obtenidos en las investigaciones sobre violencia entre adolescentes: incidencia, características de agresores y víctimas, diferencias en función de la edad y el género. Los resultados obtenidos en el programa evaluado con 783 adolescentes confirman la eficacia y viabilidad de los componentes referidos.

<sup>32</sup> Vid. Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (RCL 2006/910). BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2006, pp. 17158 y ss.

<sup>33</sup> Vid. Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. En su apartado uno da nueva redacción, entre otros, al apartado k) del artículo 1 en el sentido expuesto. Véase la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, de mejora de la calidad educativa. Reforma el sistema educativo para mejorar la calidad del sistema educativo, elevar los niveles de educación actuales y reducir el abandono escolar (RCL 2013/1771). Jefatura del Estado, BOE de 10 de diciembre de 2013, núm. 295, p. 97858.

rúbrica «Deberes relativos al ámbito escolar» señala en su apartado segundo que «Los menores tienen que respetar a los profesores y otros empleados de los centros escolares, así como al resto de sus compañeros, *evitando situaciones de conflicto y el acoso escolar en cualquiera de sus formas, incluyendo el ciberacoso*». Y en su apartado tercero, a efectos de prevención, indica que «A través del sistema educativo se implantará el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos, incluyendo entre los mismos aquellos que se generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente de las Tecnologías de la Información y Comunicación». De forma paralela, el nuevo art. 9 *quinquies*, relativo a los deberes en el ámbito social, destaca en particular, el deber de «Respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que se relacionen con independencia de su edad, nacionalidad, origen racial o étnico, religión, sexo, orientación e identidad sexual, discapacidad, características físicas o sociales o pertenencia a determinados grupos sociales, o cualquier otra circunstancia personal o social» (apartado 2 a). En esta línea, la Ley 26/2015 también modifica el art. 11 de la LO 1/1996 y se introduce como principio rector de la actuación administrativa la protección de los menores contra cualquier forma de violencia, incluyendo el acoso escolar (art. 11.2 apartado i).

## B) PLANES DE CONVIVENCIA, PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS DE MEDIACIÓN

Una vez detectada la conducta de acoso, un *segundo estadio* pasa por la adopción de distintas medidas desde el propio ámbito educativo, que, en muchos casos, sin lugar a dudas, resultarán suficientes para poner freno al problema. Muchas CCAA en virtud de las competencias que tienen transferidas en materia educativa y que les confiere la LO 2/2006, han creado Protocolos para la identificación y tratamiento del *bullying* y *ciberbullying*. A título de ejemplo, cabe citar que en Andalucía, la Orden de 20 de junio de 2011<sup>34</sup> tiene establecido un «Protocolo de Actuación en supues-

<sup>34</sup> Publicado en el BOJA n.º 132, de 7 de julio de 2011. El artículo 14 de la Orden (2011), en su Sección 3.ª, relativa a los Protocolos de actuación viene a referirse a la actuación e intervención en los casos de acoso escolar, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 del Decreto 19/2007, de 23 de enero. Este Protocolo de actuación se recoge en el Anexo I. Nótese que a los Centros docentes concertados privados se aplicará lo establecido en la presente Orden, adecuándolo a sus características específicas de organización y funcionamiento y a la estructura de cargos directivos y de coordinación docente de que dispongan. (Disposición adicional segunda).

tos de Acoso Escolar» altamente estructurado. Y es que, actuar tempranamente cuando se den los primeros indicadores que hagan sospechar una posible situación de acoso, erradicará, o cuanto menos, minimizarán sus consecuencias.

En este contexto, se afirma con razón, que la lucha contra el acoso escolar se sitúa en los centros educativos, auspiciada por profesores implicados, la comunidad escolar y la insustituible colaboración de las familias, por ser ellas quienes pueden, principalmente, identificar los primeros síntomas. Algunos indicadores pueden ayudar a detectar que un menor está sufriendo acoso en el colegio. Así lo ratifican los directivos que participan en la investigación llevada a cabo por (Gairín *et al.*, 2013)<sup>35</sup>. Síntomas o indicadores que, como describe la citada SAP de Madrid de 11 de mayo de 2012<sup>36</sup>, fueron tardíamente identificados, incluso por los propios padres, agravando drásticamente la situación.

Por su parte, profesores, tutores y la propia Dirección del centro, en su deber/obligación de prevenir, deben actuar decididamente ante la sospecha de una situación de posible acoso en el alumno. Se insiste en la conveniencia de tener establecido un claro conjunto de medidas destinadas a frenar y paliar la situación. Cada centro, al elaborar su propio Plan de Convivencia, que será aprobado por el Consejo Escolar, podrá establecer previsiones al respecto y normas que garanticen su cumplimiento. El Centro decidirá, en su caso, las medidas educativas, disciplinarias o correctoras a aplicar al presunto acosador<sup>37</sup>; y especialmente, adoptará medidas adecuadas para proteger al menor acosado.

---

<sup>35</sup> Señalan como indicadores de la posible víctima los siguientes: a) Si la persona se vuelve retraída y habla menos, deja de salir con los amigos, pasa mucho tiempo sola, está sensible y llora o se enfada con facilidad, o si se producen cambios en el apetito y come menos o sin hambre. b) Si duerme muchas horas o se desvela por la noche o si descuida su aspecto personal o disminuye su rendimiento sacando peores notas; también, si presenta signos externos como posibles golpes, moratones, arañazos o prendas de vestir rotas. c) Si la persona rehúsa ir al colegio sin motivo aparente o, al insistir, finge o padece todo tipo de malestar (males de cabeza, dolores de estómago, vómitos, problemas visuales, dolores en brazos y piernas, hiperventilación) y argumenta antes que reconocer el verdadero problema que le preocupa. *Vid.* GAIRÍN SALLÁN, J.; ARMENGOL ASPARÓ, C. y SILVA GARCÍA, B. P., *El «bullying» escolar...*, *ob. cit.*, p. 28.

<sup>36</sup> «Comienza así (...) a manifestar no querer ir a clase, evidenciándose tics, como toses nerviosas, sensación de ahogo, terrores nocturnos y hábitos alimenticios compulsivos, manifestando que no puede comer por opresión en el pecho o arderle la garganta, ignorando los padres en ese momento el hostigamiento». *Vid.* FJ 3.º de la SAP de Madrid (Sección 25.ª) Sentencia núm. 241/2012 de 11 mayo (AC/2012/384).

<sup>37</sup> Por ejemplo, amonestación, participación en un proceso de mediación, petición de disculpas a la víctima, realización de trabajos en horario no lectivo relacionados con el daño causado o con la mejora de la convivencia en el centro, participación en cursos o programas de habilidades sociales en horario no lectivo, cambio de grupo de los agresores, suspensión del derecho a participar en actividades extraescolares, apertura de expediente disciplinario, expulsión del centro por un determinado plazo, etc. Estas medidas deben tener como objetivo la reeducación de los agresores y la readaptación al centro.

Además de estas medidas, se afirma que la implementación de *programas de mediación* en el centro, se muestran como una herramienta útil para la prevención de la violencia escolar. Desde un enfoque estratégico de prevención y gestión constructiva de los conflictos presentes en el ámbito educativo, casi todas las CC.AA. incluyen esta nueva metodología entre sus normas o Planes de convivencia. Que la mediación posee un enorme componente y potencial educativo o pedagógico, es opinión unánime en la doctrina<sup>38</sup>. En este ámbito, «la mediación se concibe como uno de los programas que más efectividad tienen en la mejora de la convivencia, ya que todos los elementos (gestión democrática de la convivencia, el afrontamiento del conflicto y la educación en emociones y valores) están presentes en los programas de mediación (Ortega, R., Del Rey, R. 2006)<sup>39</sup>. Como señala Villagrasa, con este procedimiento se aprende el ejercicio democrático y responsable de los derechos<sup>40</sup>.

La mediación podría estructurarse a través de la creación, dentro del propio Centro educativo, de un equipo de mediadores que puede estar integrado por el propio profesorado o por personal no docente, incluso padres, que pueden trabajar individualmente o de forma colegiada (co-mediación); e incluso por mediadores del propio alumnado. Bien es cierto, que en todos los casos se requiere una formación específica en resolución de conflictos que la normativa ya contempla. No obstante, y a pesar de las virtudes preventivas que ofrece la mediación, en éste y otros campos, debemos reparar en una cuestión fundamental. La mediación requiere que exista igualdad entre las partes; y como se ha visto, el acoso escolar o el maltrato entre iguales supone el establecimiento de una relación desigual en la que uno de los sujetos no está en condiciones de hacer valer sus derechos y por lo tanto «se sitúa en un plano de

<sup>38</sup> Vid. entre otros, CASTELLANO, E. «Prevención de la violencia en los centros escolares: el mediador escolar como recurso» en *La mediación escolar: una estrategia para abordar el conflicto*. Ed. Graó. Barcelona, 2005, p. 22. PÉREZ MARTELL, R., «El bullying (acoso escolar) y el cyberbullying: prevención y soluciones desde la vía judicial y las extrajudiciales». *Diario La Ley*, n.º 7978, Sección Doctrina, 4 Dic. 2012 (LA LEY 18144/2012). VIANA ORTA, M.ª I., «Características de la mediación escolar en España. Estudio comparado entre Comunidades Autónomas». *Revista Cuestiones Pedagógicas*, n.º 22, 2012/213, p. 378 y 394. GORBEÑA ETXEVARRÍA, L., «La mediación en educación infantil y primaria», en *Gestión positiva de conflictos y mediación en contextos educativos*. (Coord. Sánchez-García Arista, M.ª L.). Ed. Reus, Madrid, 2013, p. 107.

<sup>39</sup> Vid. ORTEGA, R., DEL REY, R., «La mediación escolar en el marco de la construcción de la convivencia y la prevención de la violencia». *Revista Avances de Supervisión Educativa*, 2006, n.º 2 de enero de 2006). Enlazar en 2006 [http://adide.org/revista/index.php?option=com\\_content&task=view&id=75&Itemid=29](http://adide.org/revista/index.php?option=com_content&task=view&id=75&Itemid=29) (Fecha de consulta: 20 de abril de 2014).

<sup>40</sup> Vid. VILLAGRASA ALCAIDE, C., «La mediación como medio de resolución de conflictos para menores de edad», en *La capacidad de obrar del menor: Nuevas perspectivas jurídicas* (Coord. por María Paz Pous de la Flor, M.ª P.; Leonseguí Guillot, R. A. y Yáñez Vivero, F.) Exlibris, Madrid, 2009. pp. 19 y ss.

inferioridad»<sup>41</sup>. Por lo que, cuando la situación de acoso ha alcanzado un determinado nivel, no es posible llevar a cabo una mediación al no estar garantizado el equilibrio de poder entre las partes. De «gran error» lo califican Ortega y Del Rey<sup>42</sup>.

Debe repararse en que la previsión y adopción de estas y otras medidas, desde y por el centro, pueden resultar adecuadas o suficientes para prevenir o cuanto menos, minimizar las drásticas consecuencias del acoso escolar. Precisamente, la Memoria de la Fiscalía General del Estado (2013)<sup>43</sup> refiere un «continuo descenso» de los casos de acoso escolar gracias a las actuaciones preventivas de los colegios y a la vigilancia de la violencia en el ámbito escolar.

Llegados a este punto, el *último estadio* estaría reservado para casos muy graves e intensos o ya cronificados, que pueden ser constitutivos de un posible hecho delictivo. Nótese en este caso, que el Centro Docente, tiene la obligación de poner los hechos en conocimiento de la autoridad o agentes más próximos (arts. 262 LECr. y art. 13 LOPJM)<sup>44</sup>. Por lo que puede haber denuncia del propio Colegio, y evidentemente de los padres del menor, víctima de acoso. Sobre el particular cabe reseñar las consideraciones que aporta al respecto la ya citada Instrucción 10/2005 de 6 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil. En la Conclusión 5 se señala que: «Cuando los hechos que lleguen a conocimiento del Fiscal tengan indiciariamente como autores a menores de 14 años, procederá a remitir testimonio de lo actuado a la dirección del centro en cuyo ámbito se estén produciendo los abusos, para que dentro de sus atribuciones adopte las medidas procedentes a la protección de víctimas y en relación con los victimarios». Y en la

<sup>41</sup> Vid. Informe del Defensor del Pueblo Andaluz al Parlamento de Andalucía sobre la gestión realizada durante 2013 (Educación). Apartado 2. 1. 4. 1. Alumnado: Convivencia en los centros escolares, pp. 71 a 75.

<sup>42</sup> Señalan las autoras que «utilizar la mediación para, por ejemplo, problemas de violencia interpersonal es un gran error». Vid. ORTEGA R, DEL REY, R., La mediación escolar en el marco de la construcción de la convivencia y la prevención de la violencia, *Revista Avances de Supervisión Educativa*, 2006, n.º 2 enero 2006 [http://adide.org/revista/index.php?option=com\\_content&task=view&id=75&Itemid=29](http://adide.org/revista/index.php?option=com_content&task=view&id=75&Itemid=29)

<sup>43</sup> Vid. Memoria Fiscalía General del Estado, Apartado relativo a la evolución de la criminalidad, referida a delitos en particular. El Apartado 6. 2.2.7 viene a referirse a la «violencia en el ámbito escolar». *Ob. cit.*, p. 416.

<sup>44</sup> El artículo 262 LECr. prevé que «los que por razón de su cargo, profesión u oficios tuvieran noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, Tribunal competente, Juez de Instrucción y, en su defecto, al funcionario de policía más próximo». También el art. 13 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del menor, bajo la rúbrica «Obligaciones de los ciudadanos y deber de reserva» en su nueva redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, señala que «Toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de *maltrato*, de riesgo o de posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.» (art. 13.1).

Conclusión 12: «En los supuestos en que pese a poder ser encuadrados los hechos en el concepto social amplio de acoso no puedan los mismos subsumirse en ningún tipo penal, habrá de remitirse copia de lo actuado a la dirección del centro docente de los menores implicados para que adopte las iniciativas oportunas».

En este estadio, debemos significar el papel relevante que se otorga al centro docente en esta fase de intervención, donde las conductas de acoso no son imputables penalmente al menor de 14 años y en caso de mayores de 14 a 18 años, no llegan a subsumirse como delito en el Código Penal. De todo lo actuado se dará cuenta al Centro escolar para que adopte medidas oportunas para el tratamiento de estas conductas que, en algunos casos, requerirá un procedimiento altamente estructurado para asegurar el fin de los actos de maltrato, la protección y seguridad de la víctima. Este nivel trata de minimizar el impacto en situaciones de acoso escolar ya consolidadas. Pero si hay condena penal del menor (14 a 18 años), la respuesta debe venir dada por la jurisdicción de menores y la estricta aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM). Esta Ley ha sido reformada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre<sup>45</sup> que, como se verá, viene a endurecer ciertas medidas a adoptar<sup>46</sup>.

### III. TIPOS DELICTIVOS Y RESPONSABILIDAD DEL MENOR INFRACTOR

#### A) DEL ENCAJE DEL ACOSO ESCOLAR EN TIPOS DELICTIVOS PREVISTOS EN EL CÓDIGO PENAL

Las conductas de acoso escolar tal y como hemos descrito, no están tipificadas específicamente en el CP; así lo ha previsto el legislador y esta postura parece razonable para la doctrina (Moreno Martínez, 2007)<sup>47</sup>; y es que, con los tipos penales existentes, se

<sup>45</sup> Publicada en el BOE núm. 290, de fecha 4 de diciembre de 2006, con entrada en vigor el 5 de febrero de 2007.

<sup>46</sup> La jurisdicción de menores actuará protegiendo a la víctima con cese inmediato del acoso, adoptando incluso medidas cautelares (por ej. el internamiento del *bullies*, ofreciendo respuestas educativas sancionadoras hacia el agresor (libertad vigilada, orden de alejamiento); e incluso, en los casos menos graves, el acosador puede intentar una conciliación a través de la disculpa con la víctima, el compromiso de reparación o asumiendo una actividad educativa.

<sup>47</sup> *Vid.* MORENO MARTÍNEZ, J. A., «Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección», en *La Responsabilidad civil y su problemática actual* (Coord. Moreno Martínez, J. A.) Ed. Dykinson Madrid, 2007, p. 780.

entiende que existe una debida cobertura legal para estas conductas. En consecuencia, el acoso escolar, en todas sus manifestaciones, encajaría y puede ser penado conforme a distintos tipos delictivos. Repárese en que el día 1 de julio ha entrado en vigor la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que suprime el Título III «De las faltas». Ello no comporta la despenalización de todas las conductas anteriormente calificadas como tales y en las que se subsumen algunas conductas de acoso escolar; sino que se mantienen, reubicando su contenido y se califican como «delito leve».

#### A.1) **Delito contra la integridad moral**

Cuando la conducta de hostigamiento se ha revelado muy grave, encajaría en el tipo penal del artículo 173.1 CP, que castiga al que «infrinja a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral». Jurisprudencia y doctrina, aún reconociendo las dificultades de interpretación que presenta el artículo 173.1 CP, señalan que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona. El tipo exigiría que el autor o autores de la conducta de acoso inflijan a un compañero/a de clase un *trato degradante*, entendiéndose por tal «aquél que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral»<sup>48</sup>.

El bien jurídico protegido por el delito contra la integridad moral es, según refiere la STS de 4 de mayo de 2012<sup>49</sup>: «El derecho a ser tratado como persona y no como cosa, refiriéndose a la sensación de envilecimiento, humillación, vejación e indignidad y a padecimientos físicos o psíquicos infligidos de un modo vejatorio para quien los sufre y con una voluntad de doblegar la del sujeto paciente» (FJ 2.º). Así podemos concluir que lo esencial, a efectos de cumplimiento del tipo, es someter a la víctima o agredido, de forma intencionada, «a una situación degradante de humillación e indigna para la persona» con la consiguiente lesión de su integridad moral y de su dignidad como ser humano. La STS de 8 de mayo de 2002<sup>50</sup> señala como elementos identificadores: a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo

<sup>48</sup> Vid. STS de 29 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7370). Doctrina que se reitera en otras posteriores como en las SSTS (Sala 2.ª) de 27 de enero de 2011 (recurso núm. 10755/2010) y la STS n.º 255/2011, de 6 de abril de 2011.

<sup>49</sup> Vid. STS (Sala 2.ª) n.º 331/2012, de 4 de mayo de 2012 (FJ 2.º).

<sup>50</sup> Vid. STS de 8 de mayo de 2002 (RJ 2002/6709).

del delito; b) un padecimiento, físico o psíquico, en dicho sujeto; y, c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito».

Elementos de este ilícito penal, que se dan y encajan, en la mayoría de los casos enjuiciados por acoso escolar; aunque según refiere la Memoria del Fiscalía General del Estado (2013) «la mayor parte de los casos se resuelven mediante soluciones extrajudiciales; y son contados los hechos que, por su gravedad, se califican como delitos contra la integridad moral (art. 173.1 CP) y dan lugar a la celebración de audiencia»<sup>51</sup>. No obstante, sin desmerecer esta afirmación, cabe citar al respecto algunos pronunciamientos, en los que las conductas de acoso se subsumen en el tipo:

– Así ocurre en el resuelto por la SAP de Castellón, de 21 de octubre de 2010<sup>52</sup>, que admite como probados una serie de hechos prolongados en el tiempo que se identifican con el acoso escolar e integran el tipo delictivo (art 173.1 CP) imputable a dos menores<sup>53</sup>.

– También, el ya referido y resuelto por la SAP de Las Palmas, de 15 de noviembre de 2013<sup>54</sup>, donde de los once menores imputados, sólo algunos fueron absueltos del delito contra la integridad moral (art. 173.1 CP). En el caso de autos, queda probado, respecto a los condenados, que de forma reiterada y con ánimo de menoscabar la integridad moral del compañero le sometieron a continuas

<sup>51</sup> Vid. Memoria Fiscalía General del Estado, *ob. cit.*, p. 416.

<sup>52</sup> Vid. SAP de Castellón de 21 de octubre de 2010 (JUR/2011/65648). Ponente Carlos Domínguez. Esta sentencia confirma la dictada el 30 de marzo de 2010 por el Juzgado de Menores. Se condena a los menores (...) como responsable directamente en concepto de autor de un delito contra la integridad moral del artículo 173 del CP. En ambos casos se les condena a la medida de libertad vigilada (ocho meses) con el contenido que determine la entidad pública y mejor se ajuste a sus necesidades. Además en concepto de responsabilidad civil (...) indemnizará a (...) en la suma de 300 € por los días de sanidad derivados de la falta de lesiones, y a (...) de forma solidaria indemnizarán a (...) en la suma de 600 € como daño moral derivada del delito de integridad moral. Todo ello con la responsabilidad civil directa de los respectivos padres de los dos menores.»

<sup>53</sup> Al menor (...) en los pasillos o en el patio del centro escolar, le insultaban con expresiones tales como «gilipollas» o «imbécil», se burlaban de su forma de vestir y con el hecho de que su padre hubiese fallecido, empujándole continuamente en los pasillos, empujando incluso en el comedor del centro escolar a otros amigos para que cayeran encima de él. Llegando uno de ellos a escupirle en varias ocasiones, repitiéndose estos hechos prácticamente a diario (...) Incluso (...) llegaron a incitar a los niños más pequeños del colegio para que insultasen y se burlasen de él. Por último durante el último curso escolar en el que coincidieron en dicho IES, el día 15/04/08 sobre las 15:00 horas, mientras (...) estaba en su clase se acercaron (...) y dos amigos menores de 14 años, y comenzaron a insultarle, llamándole «tonto» y burlándose del fallecimiento de su padre al decirle «yo al menos tengo padre, tu padre se ha muerto». Es evidente pues que tan continuado comportamiento, supuso un trato degradante, que hubo de humillar a la víctima y causarle un indudable sufrimiento psíquico, con entidad suficiente para ser calificada como constitutiva de un delito contra la integridad moral de la víctima, del artículo 173 del CP, por implicar, sin la menor duda, un menoscabo grave de la integridad moral de la misma (FJ 1.º).

<sup>54</sup> Vid. SAP de Las Palmas (Sección 1.ª) Sentencia num. 209/2013 de 15 noviembre (JUR/2014/3749). Ponente: Illma. Sra. Inocencia Eugenia Cabello Díaz.

burlas «integrando la conducta típica tanto las actitudes burlescas continuadas como las risas derivadas de las actitudes de carácter vejatorio, humillante o degradante ejecutadas por otros; en la medida en que, con las risas, no sólo se refrendan dichas actitudes, sino que, además, se contribuye a reforzar sus efectos y a potenciar ese tipo de comportamientos».

## A.2) Concurso de delitos

Debe tenerse presente, asimismo, que en las conductas de acoso escolar, será preciso constatar, si además de un daño a la inviolabilidad e integridad moral de la persona, se produce lesión de otros bienes jurídicos personales de la víctima (vida, integridad física, libertad, etc.). Supuesto éste en que, como apunta Pérez Ferrer<sup>55</sup> «al convivir injustos penales de significación autónoma e independiente, se producirá un concurso de delitos». Debe recordarse que el artículo 177 CP<sup>56</sup> adopta el criterio de la acumulación respecto a la punición de las infracciones que, no obstante, dejará de aplicarse, en caso de que el atentado en cuestión se halle específicamente penado por la ley; dato éste, que no ocurre con las conductas de acoso escolar, al no existir un tipo específico como ya hemos indicado.

Por lo que, a los efectos pretendidos, es útil diferenciar, como ya lo hiciera Olweus<sup>57</sup>, entre el *acoso directo* con ataques relativamente abiertos a la víctima; y el *acoso indirecto*, en forma de aislamiento social y de exclusión deliberada de un grupo, siendo esta segunda forma de acoso menos evidente. Por tanto, vale cualquier tipo de agresión, ya sea *verbal* (poner mote, amenazar, hacer burlas, insultar, despreciar, provocar); *físicas* (golpear, empujar, dar una patada a otro, arrojar cosas, robar, romper o esconder utensilios escolares, hacer gestos de desprecio); *sociales* (excluir a alguien, difundir rumores, aislar, ignorar, humillar); e incluso *sexuales*: (molestar, hacer tocamientos sin consentimiento, hacer burlas del cuerpo, la intimidad o la orientación sexual de otro)».

<sup>55</sup> PÉREZ FERRER, F. «La respuesta penal al acoso escolar», en *Derecho y educación*. (Coords. Mena, P.; Pérez Ferrer, F.; Herrera de las Heras, R. y Martínez Ruano, P.) Ed. Universidad de Almería, 2010, p. 108.

<sup>56</sup> El artículo 177 CP, modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, establece la siguiente regla concursal: «Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjera lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigaran los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley».

<sup>57</sup> Vid. OLWEUS, D., *Conductas de acoso y amenaza entre escolares (...)*, ob. cit., p. 26.

De todas estas conductas de hostigamiento (directas e indirectas) tenemos fiel reflejo en las distintas sentencias consultadas. En consecuencia, el acoso escolar, en todas sus manifestaciones, encargaría y puede ser penado conforme a otros tipos delictivos. Antes del 1 de julio de 2015 en que entra en vigor la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP, las conductas de acoso se subsumían en el delito o falta de lesiones físicas y psíquicas del art. 147 CP; hoy se mantienen como delito de lesiones (art. 147.1 CP) y como «delito leve», las lesiones de menor entidad, en el art. 147.2 CP. También en la falta de maltrato de obra del viejo art. 617 CP, hoy calificadas como delito leve de maltrato de obra en el art. 147.3 CP. Igualmente el acosador o acosadores podían incurrir en una falta de vejación injusta del art. 620 2º CP, hoy calificadas como delito de vejaciones injustas de carácter leve en el art. 173.4 CP; e incluso, en un delito de amenazas del art. 169 y en un delito leve de amenazas y coacciones del vigente art. 171.7 y 172.3 CP, respectivamente. Y por último, el supuesto más grave viene referido al delito de inducción al suicidio del art. 143.1 CP. Tipos penales que en ocasiones, como se verá, pueden entrar en *concurso* con el delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP, de mayor significación en los supuestos de acoso escolar.

Sobre el particular, de nuevo, cabe traer a colación, el tristemente célebre caso Jokin Ceberio, que da cuenta de la concurrencia de varios de los referidos tipos delictivos. «Consta probado que Jokin fue objeto no solo de violencia verbal a través del hostigamiento, sino también de exclusión por parte de su grupo y bloqueo social frente al resto de sus compañeros. Lo anterior estuvo acompañado de agresiones físicas como empujones, puñetazos en la cara, cachetes en la cabeza, patadas en las piernas y en la espalda, golpes en los hombros y abdomen». El Juzgado de Menores de Donostia-San Sebastián, del 12 de mayo de 2005<sup>58</sup>, condenó a 8 de los menores imputados por un delito contra la integridad moral (art. 173.1 CP) cuyo contenido se refleja en el FJ 9.º de la sentencia; y a los otros cuatro imputados, a una falta de lesiones. El Juzgado no estimó la aplicación del tipo del artículo 143.1 CP (inducción al suicidio) por considerar que la actuación de los menores en su comportamiento hacia la víctima, basado en insultos, agresiones y vejaciones, nunca estuvo guiada a este objetivo; faltando pues el dolo directo de los acosadores que nunca pensaron que Jokin «iba a tomar esta trágica decisión»

<sup>58</sup> Vid. Sentencia del Juzgado de menores de 12 de mayo de 2005, número de recurso 310/2004 (Ref. La Ley Juris 575049/2005). Ponente Ilmo. Sr. Uranga Mutuberría.

(FJ 4.º). Todos los menores contaban con 15 años de edad, excepto uno que tenía 16 años.

La referida sentencia fue apelada ante la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, cuyo fallo en Sentencia de 15 de julio de 2005<sup>59</sup>, se pronuncia sobre la cuestión del concurso de delitos. En los autos se entra a analizar, si la conducta de los menores condenados había ocasionado, además del delito contra la integridad moral, un delito de lesiones psíquicas a Jokin. La defensa de los padres del menor, solicitan la revocación de la sentencia anterior y el pronunciamiento de otra, por la que se condene a los menores como autores de un delito contra la integridad moral y como autores de un delito de lesiones psíquicas del artículo 147.1 CP, a modo de *concurso real* (art. 177 CP). No recurren respecto al pronunciamiento absolutorio referido al delito de inducción al suicidio, por lo que en esta sentencia no hay pronunciamiento sobre este particular. Denuncian un error en la apreciación de la prueba a la luz de los informes periciales (hasta 3); por lo que la Audiencia estima admitir como hecho probado que «como consecuencia de las agresiones físicas y psíquicas inferidas a Jokin, éste sufrió además, una enfermedad mental o psíquica, consistente en un trastorno depresivo agudo». La Sentencia de la Audiencia estima el concurso de delitos contra la integridad moral y lesiones cometidos por 7 de los imputados, señalando al respecto que: «...a consecuencia de la conducta de los menores acusados –«*crueldad de su comportamiento*»– «Jokin sufrió un trastorno disociativo, que provocó una reacción depresiva aguda. Se trata de una lesión psíquica que fundamenta la aplicación del concurso de delitos contra la integridad moral y lesiones cometidos por 7 de los menores imputados.

## B) RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR AGRESOR Y MEDIDAS A ADOPTAR (LORPM)

El autor o autores de conductas de acoso encuadrables en los tipos delictivos señalados ¿responden penalmente? Para dar respuesta a esta pregunta hay que hacer algunas precisiones según la edad del menor infractor; pero reparando en que la edad, vendrá referida al momento de la comisión de los hechos delictivos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5.3 LORPM.

<sup>59</sup> Vid. SAP de Guipúzcoa de 15 de julio de 2005, número de recurso 1009/2005. (Ref. La Ley Juris 579578/2005), Ponente Ilmo. Sr. Subijana Zunzunegui.

### B.1) Responsabilidad penal especial

Los alumnos menores de 14 años son inimputables penalmente conforme a lo dispuesto en el artículo 3 LORPM: «Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá la responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes». Pero los alumnos mayores de 14 años y menores de 18 años son penalmente imputables y civilmente también. El artículo 19 CP aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, fija la mayoría de edad penal en los 18 años. La responsabilidad penal (especial) que afecta a estos menores se encuentra regulada en la Ley Orgánica 5/2000 (LORPM) reformada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre. El artículo 1.1 señala que: «Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas (hoy suprimidas) en el Código Penal o las leyes penales especiales».

En consecuencia, la LORPM convierte a los menores infractores, incluidos en esta franja de edad (14 a 18 años), en responsables criminales por sus conductas de acoso. Sin perjuicio, no obstante, de dulcificar o atemperar los términos, al configurarla como una responsabilidad distinta de la responsabilidad penal de los adultos. Por lo que, aún siendo una *responsabilidad formalmente penal*, permite una intervención sancionadora–educativa, aunque, desde luego, de especial intensidad.

Un último apunte nos lleva a señalar que puede ocurrir que las conductas de acoso se hayan cometido por un *menor de entre 14 y 18 años*, y un *mayor de edad*. Así sucede en un caso reciente, en el que los hechos delictivos se cometen por un menor (17 años) alumno de FP y un mayor de edad<sup>60</sup>. En este caso, el procedimien-

---

<sup>60</sup> «Un menor acosa a un compañero de colegio y roba en su casa. La víctima presentó denuncia por las múltiples heridas durante la investigación.. La víctima, de 17 años, residente en Bilbao, teme encontrarse de nuevo con su verdugo porque comparten pupitre en un centro de FP de Leioa (Bizkaia), a donde no ha vuelto. Alberto, nombre ficticio, es el mayor de tres hermanos. De carácter retraído, ha venido sufriendo permanentes vejaciones en el centro donde estudia. Y siempre propinadas por la misma persona. Un compañero de su misma edad le ha venido intimidando desde hace meses, ante los ojos, incluso, del personal docente, según fuentes conocedoras de este caso de acoso escolar. Pero nunca lo denunció. ... sustraía las llaves de su compañero, consumaba el robo y al día siguiente reponía las llaves en la mochila.... Antes de que practicaran la doble detención, la víctima había tenido que acudir al ambulatorio para ser tratado de nuevas heridas provocadas por su agresor permanente, para entonces muy nervioso. En el parte médico se le apreció el labio partido y magulladuras en el cuello, pero nadie evitó previamente este hostigamiento. El agresor, acogido en un centro de internamiento de la Diputación de Bizkaia, nunca fue expulsado del colegio durante este proceso, al igual que su cómplice, mayor de edad. *Vid.*

to a seguir y las medidas a adoptar para el primero, serán las previstas en la LORPM; y para el *acosador* mayor de edad, la conducta de acoso encajaría en varios de los tipos delictivos vistos. Lo que llevaría a este mayor de edad, a que se le aplique estrictamente el Código Penal. La Ley Orgánica 8/2006, por la que se modifica la Ley Penal del Menor deja vacío de contenido el artículo 4 LORPM<sup>61</sup>, y por tanto, la posibilidad anteriormente contemplada de que si el Juez de Instrucción lo estimaba oportuno, podría aplicar a los «jóvenes» de entre 18 a 21 años, los artículos 61 y ss. LORPM. En consecuencia ya no es posible evitar el ingreso en prisión de los jóvenes comprendidos en esa franja de edad, que antes si estaba contemplada y era posible.

## B.2) Endurecimiento de las medidas

Tras la reforma de la LORPM operada por la Ley Orgánica 8/2006, algunos autores<sup>62</sup> consideran que se ha desnaturalizado la Ley Penal del Menor, para transformarse en una Ley Penal cada vez más parecida, en lo negativo, a la de los adultos. Argumento que justifican en que bajo el pretexto de la proporcionalidad, se aumentan los índices de punición (la duración de las medidas), y la retribución en el castigo al hecho cometido. Por lo que no se observa el «interés superior del menor».

En efecto, el modificado artículo 9 LORPM establece la posibilidad de aplicar la *libertad vigilada*, no solo en los casos de delito, sino también cuando la infracción cometida sea falta. Al respecto señala que: «Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada, hasta un máximo de seis meses». Nótese que aunque la LO 1/2015, de 30 de marzo, suprime las faltas, el artículo 9 no se ha modificado. Se entiende que ahora vendrá referido a delitos leves. En la

---

*El País* bajo el título «La Fiscalía de Menores deja libre al agresor de un compañero al que robó» País Vasco (26.03.2014). Columna a cargo de Juan Mari Gastaca.

<sup>61</sup> Este artículo 4 bajo la rúbrica «Régimen de los mayores de dieciocho años» señalaba que «De conformidad con lo establecido en el artículo 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la presente Ley (LORPM) se aplicará a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno imputadas en la comisión de hechos delictivos, cuando el Juez de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico a que se refiere el artículo 27 de esta Ley, así lo declare expresamente mediante auto».

<sup>62</sup> *Vid.* en este sentido a LANDROVE DÍAZ, G. (2006), «Réquiem por la Ley Penal del Menor», *Diario La Ley*, Año XXVII, núm. 6505, de 15 de junio. GUTIÉRREZ ALBENTOSA, J. M., «Modelo de política criminal en la jurisdicción de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *Diario La Ley*, n.º 6687, Sección Doctrina, 5 de abril de 2007, año XXVIII, Ref. D-82, La Ley 1392/2007.

misma línea de endurecimiento, el también modificado artículo 10 LORPM, eleva a un año más la *medida de internamiento*. Este precepto, bajo la rúbrica «Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas» señala dos supuestos: a) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere entre 14 y 16 años de edad, la medida podrá alcanzar «tres años de duración» (antes dos); b) Si al tiempo de cometer los hechos el menor hubiere cumplido la edad de 16 años, la duración máxima de la medida será «de seis años» (antes cinco). En este supuesto, cuando el hecho revista extrema gravedad, el Juez deberá imponer una medida de *internamiento en régimen cerrado* de uno a «seis años» (antes cinco).

Respecto a las anteriores medidas, cabe traer a colación, como la ya citada Sentencia de 15 de julio de 2005<sup>63</sup>, aplicó en su día a los menores imputados (Caso Jokin) la medida del internamiento en régimen abierto de dos años (la máxima antes de la LO 8/2006). El primer año llevarían a cabo actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el Centro como domicilio habitual; y durante el segundo, los menores estarán en régimen de libertad vigilada. Medidas cuya ejecución quedó suspendida en virtud del Auto del Juzgado de menores de 15 de septiembre de 2005. Los padres de Jokin interpusieron Recurso de apelación que fue estimado y en el Auto de la AP de Guipúzcoa, de 11 de octubre de 2005, quedó revocado el Auto del Juzgado de Menores y se acordó la ejecución de las medidas impuestas<sup>64</sup>.

De forma paralela, la LO 8/2006, introduce como novedad en la legislación penal de menores, la *medida de alejamiento*. Medida que se materializa en dos momentos: uno, como medida judicial definitiva [art. 7.1.i) LORPM]; y otro, como medida cautelar (art. 28 LORPM). Resultando de suma relevancia para los casos de condena por acoso escolar, al suponer el alejamiento del agresor del círculo personal y educativo del agredido o víctima. Medida que consideramos muy positiva, en el sentido de que busca una mayor protección de la víctima (pues trata de conseguir una mejor protección), principalmente en este ámbito, el acoso escolar o *bullying*<sup>65</sup>. La ejecución de las referidas medidas judicialmente impuestas corresponderá a las entidades públicas de protección y reforma de menores de las Comunidades Autónomas, bajo el inexcusable control del Juez de Menores.

<sup>63</sup> Vid. SAP de Guipúzcoa de 15 de julio de 2005, n.º de recurso 1009/2005 (Ref. La Ley Juris 579578/2005), Ponente Sr. Subijana Zunzunegui.

<sup>64</sup> Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 de octubre de 2005, número de recurso 1013/2005 (Ref. La Ley Juris 591340/2005).

<sup>65</sup> En el mismo sentido se pronuncia GUTIÉRREZ ALBENTOSA, J. M., *Modelo de política criminal en la jurisdicción de menores (...)*, ob. cit. (La Ley 1392/2007).

#### **IV. REGÍMENES LEGALES INJUSTIFICABLES QUE DISCIPLINAN UNA MISMA REALIDAD JURÍDICA EN MATERIA DE DAÑOS POR ACOSO ESCOLAR**

##### **A) EL TERCER SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL QUE INTRODUCE LA LORPM**

Un breve apunte para clarificar la cuestión nos lleva a señalar que coexisten en nuestro ordenamiento jurídico dos regímenes legales distintos para regular la responsabilidad civil derivada de hechos antijurídicos, dependiendo de si los mismos son o no típicos penalmente. Esta duplicidad, antes de la entrada en vigor de la LORPM, se deduce de los artículos 1092 y 1093 del CC. El artículo 1092 CC señala que «Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal». Y conforme al artículo 1093 CC «Las obligaciones que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del Título XVI de este Libro» (arts. 1902 a 1910 CC). Conforme a estos preceptos, se observa que las obligaciones derivadas del *ilícito civil* se regirán por los artículos 1902 y ss. del Código civil (responsabilidad civil extracontractual); y las derivadas del *ilícito penal* por el Código Penal. Estas disposiciones son las contenidas en el Título V del Libro primero en los artículos 109 a 122 CP, modificados por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en lo relativo al término «faltas» ya suprimidas.<sup>66</sup>

<sup>66</sup> El capítulo primero, bajo la rúbrica «De la responsabilidad civil y su extensión» viene a señalar que la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en la Leyes, los daños y perjuicios por él causados; pudiendo optar el perjudicado por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil (art. 109 CP); La responsabilidad civil *ex delicto* comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización por perjuicios causados (art. 110 CP). Paralelamente el capítulo II «De las personas civilmente responsables» señala en su artículo 116, modificado por la Ley Orgánica 1/2015, que «toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivan daños y perjuicios...». Pero además, conforme al artículo 120 CP son también responsables civiles, en defecto de los que lo sean criminalmente 1.º Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia. 3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción. Y el artículo 121 CP establece la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o

Sobre el particular se imponen dos observaciones:

a) La primera, apunta a señalar que, sólo razones históricas<sup>67</sup> justifican la duplicidad o dualidad de regulación en materia de responsabilidad civil, según que la obligación de indemnizar surja de un ilícito civil o penal; y ello, a pesar de que las diferencias entre ambos ilícitos no se extienden a la cuestión indemnizatoria como se verá. Como señala Llamas, del delito deriva responsabilidad penal y sólo responsabilidad penal. Cuestión diferente es que esa conducta que, en el marco del Derecho penal, merece un determinado reproche criminal, además cause un daño, en cuyo caso dará lugar también a la oportuna responsabilidad civil, que por ello no deriva del delito, sino del daño reparable injustamente causado, como toda responsabilidad civil<sup>68</sup>. Por ello, tradicionalmente y desde distintos sectores de la doctrina, se ha instado la unificación del sistema de responsabilidad civil extracontractual y de la responsabilidad civil *ex delicto*.

b) La segunda, nos lleva a señalar que dicha unificación, no solo, no se ha producido, manteniéndose esa dualidad; sino que, por lo que ahora nos interesa, la LORPM introduce un *tercer sistema de responsabilidad civil* (Albert Pérez, 2007)<sup>69</sup>; o cuanto menos, una responsabilidad civil especial, por ser distinta de la prevista en el Código penal y en el Código Civil. En este contexto, solo reseñar por el momento que, cuando las conductas de acoso cometido por alumnos menores (14 a 18 años) son penalmente típicas, conforme a los delitos anteriormente expuestos, además de la responsabilidad penal, hay una responsabilidad civil derivada del

---

funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

<sup>67</sup> Vid. el análisis histórico de la cuestión en DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los menores sometidos a patria potestad o tutela», en *Anuario de Derecho civil*, junio-septiembre de 1987, pp. 795-894. MIR PUIG, C., «Sobre el problema de la naturaleza de la Responsabilidad civil extracontractual», *Actualidad Civil*, n.º 7 (febrero de 1991), pp. 101 a 107. También DE ÁNGEL YAQÜEZ, R., *Tratado de Responsabilidad Civil*. Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 80 y 81; y PANTALEÓN, F., «Comentario al artículo 1902 CC», en el *Código Civil Comentado*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993, p. 1971-2003.

<sup>68</sup> LLAMAS POMBO, E. «Otro despropósito: la responsabilidad penal del menor, culpa in educando de sus padres». *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 75, Sección Editorial, octubre 2009 (la Ley 18750/2009).

<sup>69</sup> Vid. ALBERT PÉREZ, S. *Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad*. Ed. Comares. Colección Estudios de Derecho procesal penal n.º 20. Granada 2007, p.156. Sobre un análisis doctrinal de la cuestión puede consultarse a PAÑOS PÉREZ, A., *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, Madrid, 2010, pp. 11-42.

ilícito penal, cuya regulación cuenta con disposiciones específicas en la propia Ley penal del menor (arts. 61 a 64 de la LORPM)<sup>70</sup>.

En consecuencia, la nueva regulación de la responsabilidad civil de los menores infractores, ha venido a añadir, mayor «complejidad» en la materia (Moreno Martínez)<sup>71</sup> y se insiste en denunciar la pluralidad de regímenes jurídicos «injustificables» presentes el derecho español de daños (Carrera Domenech)<sup>72</sup>; más palpables aún, cuando ahora, a las reglas tradicionales de los Códigos Civil y Penal y del Derecho administrativo, han venido añadirse las previstas para los padres y otros titulares de funciones de guarda en el artículo 61.3 LORPM. Esta Ley configura la responsabilidad solidaria del menor con sus padres o representantes legales y acogedores o guardadores, si bien permitiendo la moderación; responsabilidad civil que es distinta a la contenida en el artículo 1903 CC (responsabilidad civil por hecho ajeno). La propia exposición de motivos de la LORPM reconoce la novedad de establecer la responsabilidad civil del menor de manera directa y solidaria con la de sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho «por este orden»; ampliando el elenco de figuras responsables con respecto a la regulación del Código civil y penal. Insistimos en que este modelo de responsabilidad civil será aplicable a los daños derivados de las conductas de acoso escolar constitutivas de ilícito penal causado por mayores de 14 años y menores de 18 (art. 1.1 LORPM).

## B) LA NOCIÓN UNITARIA DEL DAÑO RESARCIBLE POR ACOSO ESCOLAR Y EL «QUANTUM INDEMNIZATORIO»

### B.1) Daño moral

El daño es pieza esencial para que surja responsabilidad; no habrá responsabilidad si no hay daño. Pero hay que reseñar que el concepto jurídico de daño civil resarcible es unitario y no hay un daño civil *ex delicto* y un daño civil no *ex delicto*<sup>73</sup>. A menos que se

<sup>70</sup> Una vez más, como apunta Llamas, se cumple la secular tradición por la que todas nuestras leyes penales tienen forzosamente que regular una (inexistente) responsabilidad civil mal llamada derivada del ilícito penal. Vid. LLAMAS POMBO, E., «Otro despropósito: la responsabilidad penal del menor, culpa in educando de sus padres». *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 75, Sección Editorial, Octubre 2009 (La Ley 18750/2009).

<sup>71</sup> Vid. MORENO MARTÍNEZ, J. A., *Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección*, ob. cit., p. 770.

<sup>72</sup> Vid. CARRERA DOMÉNECH, Jordi, «¿Por este orden? Comentario a la SAP de Cantabria, sec.4.ª, 23 de diciembre de 2003». En *InDret*, 3/2004, www.indret.com

<sup>73</sup> Vid. por todas la STS de 14 de marzo de 2003 (RJ 2003/2263).

cuestione que el concepto de daño civil es único en el ordenamiento o que la deuda de reparar el daño sea de la misma naturaleza que la de reparar el daño ex artículo 1092; cuando lo cierto es que tienen la misma *causa efficiens* (el daño civil) y *causa finalis* (el interés en la reparación); y además desempeñan la misma función<sup>74</sup>. Según reiterada jurisprudencia<sup>75</sup>, en nuestro ordenamiento «la acción civil *ex delicto* no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en el proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitorio en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil (art. 110 y 111 de la LECr y 109.2.º CP). Las obligaciones civiles *ex delicto* no nacen propiamente del delito (aunque es necesario la declaración de su existencia), sino de los hechos que lo configuran, en cuanto originadores de la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios».

Sobre el particular, merece una atención especial reseñar qué daños son resarcibles o compensables en los casos de acoso escolar, ya deriven de un ilícito civil o de un ilícito penal. Sabemos que los daños materiales y patrimoniales son resarcibles, pero estos rara vez concurren en las conductas de acoso, y solo suelen existir daños físicos/psíquicos y particularmente, daños morales; y aunque el Código Civil no se refiere expresamente a éstos, de especial significación en los casos de acoso escolar, Jurisprudencia y doctrina los entienden contemplados en el artículo 1902 CC y ss. como resarcibles<sup>76</sup>. Pero asimismo debe repararse en que el Derecho, no resarce cualquier dolor, padecimiento, envilecimiento o aflicción, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el que la víctima tiene un interés jurídicamente reconocido. El daño moral, según puso de relieve Zannoni, es «el menoscabo o lesión de intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico»<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> Vid. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.ª B., *La obligación civil nacida de delito o falta* (Tesis Doctoral, 1996). De la misma autora, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*. Ed. Comares, Granada, 1997 y *El ilícito civil en el Código Penal*, Ed. Comares, Granada, 1997. Más recientemente SAINZ-CANTERO y PÉREZ VALLEJO, A. M.ª, *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*. Ed. Comares, Colección Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2012, pp. 13 y 14.

<sup>75</sup> Vid. STS de 14 de marzo de 2003 (RJ 2003/2263).

<sup>76</sup> Destacan en esta evolución las resoluciones las SSTs de 29 de junio de 1987 (RJ 1987/5018), 16 de mayo de 1988, 26 de septiembre (RJ 2003/7204) y 20 de octubre de 2003 (RJ 2003/7509)]. En la doctrina, entre otros, GARCÍA SERRANO «*El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*», en *Anuario de Derecho Civil*, 1972, p: 815.

<sup>77</sup> Vid. ZANNONI, E. A., *El Daño en la Responsabilidad Civil*. Ed. Astrea, 2.ª ed. Buenos Aires, 1987, p. 287.

En este contexto, es un dato constatado que el acoso escolar repercute y afecta de forma directa y severa a la salud física, psicológica y social de la víctima. Y no admite matices, que tales comportamientos de hostigamiento sobre un menor, son susceptibles de generar un daño moral resarcible o compensable. La penosidad e incluso la crueldad que deriva de las conductas de acoso, destruyen –de inicio– la autoestima de quien lo sufre y le producen secuelas de especial intensidad que pueden marcar toda su vida. Recientes estudios revelan que los efectos negativos del acoso en las víctimas se pueden «acumular y empeorar con el tiempo». Afirma Laura Bogart que cuanto más largo y peor haya sido ese acoso, más grave y duradero será el impacto en la salud de un niño<sup>78</sup>. En la misma línea, otro estudio de la Universidad de Duke (EE.UU.), que se publica en «The Proceedings of the National Academy of Sciences» (PNAS) revela que los acosados sufren además de secuelas emocionales, un mayor riesgo de ansiedad y depresión, también más dolor y predisposición a otras enfermedades<sup>79</sup>.

Daños morales derivados de las conductas de acoso, que corresponde compensar, no sólo por el sufrimiento personal de las víctimas, sino especialmente, por el sentimiento de la dignidad lastimada o vejada, el daño psicológico, la perturbación en el normal desarrollo de la personalidad, y un largo etcétera de padecimientos que ningún ser humano tiene obligación de soportar, menos aún, cuando hablamos de niños. Al respecto cabe citar la STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de fecha 22 de febrero 2001, que se invoca en muchos pronunciamientos judiciales, a propósito de la admisión del daño moral resarcible derivado de las conductas de acoso escolar. Dice la sen-

<sup>78</sup> Así lo muestra un reciente trabajo del Hospital Infantil de Boston (EE.UU.) publicado en «Pediatrics» Las secuelas del «bullying» se prolongan durante la vida de la persona acosada. El equipo de Bogart ha analizado los datos de 4.297 niños y adolescentes. Los investigadores entrevistaron a los niños periódicamente acerca de su salud mental y física y sus experiencias con el acoso escolar. *Vid.* Esta noticia publicada el 17 de febrero de 2014 en ABC Salud bajo el titular «El acoso escolar daña la salud física y mental a largo plazo». Enlazar en <http://www.abc.es/salud/noticias/20140217/abci-acoso-escolar-salud-201402171229.html> (Fecha de consulta 19 de marzo de 2014).

<sup>79</sup> El trabajo publicado en «The Proceedings of the National Academy of Sciences» (PNAS) constata las «consecuencias biológicas de la intimidación» identificadas a través de un marcador físico, como es la inflamación. Según el coordinador del trabajo, William E. Copeland, «cuantificar la inflamación nos ofrece un mecanismo de cómo la violencia infantil puede afectar al funcionamiento de la salud a largo plazo». Se trataba, apunta Copeland, de «comprender» cómo el acoso escolar puede tener un «impacto más tangible» sobre la salud de sus víctimas cuando sean adultos. Para ello, los investigadores emplearon los datos del «Great Smoky Mountains Study», un estudio poblacional con información de 1.420 personas obtenido durante más de 20 años. Los sujetos fueron seleccionados al azar para participar en el análisis prospectivo, por lo que no tenían un mayor riesgo de enfermedad mental o de haber sufrido acoso. *Vid.* ABC Salud bajo el titular «El acoso escolar «pasa factura» a largo plazo sobre la salud de las víctimas» publicado el 14 de mayo de 2014. Enlazar en <http://www.abc.es/salud/noticias/20140513/abci-acoso-escolar-inflamacion-201405121817.html> (Fecha de consulta 24 de mayo de 2014).

tencia que: «del daño moral existe ya un campo de doctrina y jurisprudencia que lo integra por todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado –o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales–, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica (...). Y puede en esa línea entenderse como daño moral en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales porque éstos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su «quantum» económico, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque éstos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico...».

## B.2) Dificil concreción y dispar valoración por los Tribunales

Todas las sentencias que condenan por conductas de acoso escolar, la indemnización viene referida al daño moral sufrido por el menor víctima. No obstante, ya puso de relieve Díez-Picazo que resulta imposible compensar en sentido estricto el daño moral, por lo que «el ordenamiento se conforma con permitir al dañado o perjudicado que obtenga sensaciones agradables que equilibren las *desagradables*»<sup>80</sup>. Y en el contexto que nos ocupa, el único remedio es procurar una compensación (gratificación económica) al daño sufrido por el menor. Pero ¿cuánto «vale» el dolor, padecimiento, o aflicción de un niño o adolescente víctima de bullying o cyberbullying? ¿Cómo calibrar y cuantificar ese sufrimiento? Su difícil concreción, así como su dispar valoración, se refleja con meridiana claridad en las distintas sentencias consultadas:

— La SAP de Cantabria, de 23 de diciembre de 2003, dictada en el marco de la jurisdicción penal de menores, declara la responsabilidad solidaria junto al menor, de sus padres y del centro docente. La Sala condena solidariamente al menor, a sus padres y al colegio Altamira, a abonar al menor víctima la cantidad de 174 € (frente a los 750 € reclamados), en concepto de indemnización del daño moral, atendidas la gravedad de la infracción y las circunstan-

<sup>80</sup> Vid. Díez-PICAZO, Luis. *El escándalo del daño moral*, Ed. Cívitas. Colección Cuadernos Cívitas Madrid, 2008, p. 96.

cias de hecho y del propio menor, víctima ya en otras ocasiones del acoso de alumnos del anterior colegio.

– La SAP de Castellón, de 2 febrero de 2010<sup>81</sup>, declara probado el acoso crónico sufrido por un alumno de 2.º de ESO que le comportó una humillación afectando a su dignidad humana. La Sala declara la responsabilidad solidaria del dos menores implicados y sus padres que indemnizarán a (...) en la suma de 1.200 € como daño moral.

– La SAP de Álava, de 27 de mayo de 2005<sup>82</sup>, entendió comprendidos en el concepto de dolor moral de la víctima de acoso escolar: «Toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos...»; considerando que «el problema del daño moral transitará hacia la realidad económica de la responsabilidad civil, por lo que habrá de ser –en lo posible– objeto de la debida probanza, demostración o acreditamiento por parte del perjudicado, aclarándose, ante la posible equivocidad derivada del anterior estudio, que si bien dentro del campo en que se subsume este daño moral, inicialmente, en la responsabilidad extracontractual, la carga de la prueba incumbe al dañador o causante del ilícito, que ha de acreditar su conducta exonerativa o que el ilícito no se ha producido por una conducta responsable...» En este caso el centro Ikastola debe abonar en concepto de daños morales la cantidad de 12.000 €.

– La SAP de Madrid, de 18 de diciembre de 2008<sup>83</sup>, alude a los estudios científicos realizados sobre el «bullying» y señala que los acosados se sienten avergonzados y su autoestima se destruye, generando en la víctima sentimientos de culpabilidad. Para la Sala, se configura una situación que, sin duda, puede encuadrarse en el concepto de daño moral. Además, con cita del Informe Psicológico, admite como probado, que el menor (11 años) sufrió daños psíquicos con sobrecarga emotiva, inseguridad y baja estima, encontrándose solo, rechazado, amenazado e indefenso; presentando además, malestar ante las relaciones interpersonales y a su capacidad para afrontarlas, con un patrón de conducta tensional. «Es decir, presenta una inadaptación social y personal, mostrándose como un niño afectado interiormente, con miedo, infravalorado y con dificultades de ajuste social. El daño moral padecido por el hijo de los actores, es perfectamente deducible de lo acaecido y de lo ya razonado en esta resolución, pero, además, como exige el TS, está plenamente acreditado en este caso concreto a través de las

<sup>81</sup> Vid. SAP de Castellón de 2 febrero de 2010 Sentencia núm. 32/2010 de 2 febrero. (ARP 2010/643) Ponente: Sr. D Esteban Solaz Solaz.

<sup>82</sup> Vid. SAP de Álava (sec. 1.ª), de 27 de mayo de 2005 (JUR 2006/168355).

<sup>83</sup> Vid. SAP de Madrid de 18 de diciembre de 2008 (AC/2009/124). Ponente: D.ª Ana M.ª Olalla Camarero.

conclusiones de los informes periciales». El daño moral padecido se cuantifica en 30.000€ declarando responsable al colegio Suizo de Madrid (centro docente privado).

– La SAP de Jaén, de 30 junio de 2010<sup>84</sup>, confirma la dictada por el JPI núm. 3 de Jaén, de 16 de octubre de 2009 y declaró como responsables civiles solidarios a los padres, sin que se apreciaran circunstancias para la moderación de la responsabilidad que prevé el artículo 61.3 LORPM. La cuantía de la indemnización por daños morales fue 11.185,62 €.

– La STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 30 septiembre de 2009<sup>85</sup>, estima la indemnización por daños físicos y psíquicos que sufrió un alumno de segundo de ESO, del IES Puig-Reig (centro docente público) a consecuencia de maltrato recibido por parte de diversos alumnos del centro. Daños que según la prueba obrante en autos constan acreditados<sup>86</sup> y que cabe imputar a la actuación insuficiente de la Administración educativa demandada (Departament D'educacio y de la Compañía de Seguros codemandada Zurich por responsabilidad patrimonial). La Sala fija en 8.000 € el quantum indemnizatorio por los daños efectivos causados y que están íntimamente relacionados con un acontecimiento vital desencadenante, el maltrato entre pares.

– La SAP de Madrid, de 11 de mayo de 2012<sup>87</sup>, declara responsable al centro docente concertado Congregación Hermanas del Amor de Dios por la insoportable actividad de acoso (bullying), vejaciones y agresiones físicas de que fue objeto el menor nacido en el año 2000; por lo que contaba con 8 años de edad cuando se iniciaron los hechos en el curso 2007-2008 (2.º de Primaria) y cul-

<sup>84</sup> Vid. SAP de Jaén (Sección 2.ª) Sentencia núm. 154/2010 de 30 junio (JUR/2010/370378). Ponente: Jose Antonio Córdoba García.

<sup>85</sup> Vid. STSJ de Cataluña (Sala de lo contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). Sentencia num. 750/2009 de 30 septiembre (JUR/2009/498172) Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.ª M.ª Fernanda Navarro de Zuloaga.

<sup>86</sup> El informe médico del servicio de psiquiatría y psicología clínica del centro de salud mental (...) constata un trastorno adaptativo mixto con síntomas ansioso-depresivo severo, diagnóstico que confirma que los síntomas actuales están íntimamente relacionados con un acontecimiento vital desencadenante (maltrato entre pares). Finaliza señalando que Obdulio deberá iniciar tratamiento con antidepresivos y ansiolíticos, sugiriendo a la familia la necesidad de vigilancia constante dado el riesgo de actuaciones que puedan afectar su propia integridad física. Se sugiere en la medida de las posibilidades que permanezca alejado de la situación de conflicto hasta objetivarse médicamente una reducción significativa de la sintomatología, añadiendo que debería objetivarse la posibilidad de un cambio de su entorno escolar (aula o colegio) ya que se muestra muy temeroso de volver a enfrentarse a la misma situación, que ha generado un importante nivel de desestabilidad en su estado emocional (...) La prueba pericial, practicada por psicólogo del Instituto de Medicina Legal de Catalunya constata un cuadro sintomático de carácter depresivo ansioso reactivo a una experiencia o situación vivida, y por tanto, añade que no tiene porque tener un carácter persistente en el tiempo (...) considera dicha sintomatología de carácter moderado.

<sup>87</sup> Vid. FJ 3.º de la SAP de Madrid (Sección 25.ª) Sentencia núm. 241/2012 de 11 mayo (AC/2012/384) Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Delgado Rodríguez.

minaron en febrero de 2010 cuando abandonó el colegio de forma precipitada. Revoca parcialmente la sentencia dictada por el JPI núm. 44 de Madrid de 25 de Marzo de 2011 (40.000€) y se rebaja la cuantía a 32.125,51 €.

– La SAP de Las Palmas, de 15 de noviembre de 2013, consta acreditado, que las conductas de bullying tradicional y cyberbullying, presentes en el caso enjuiciado, generaron en el menor «un trastorno adaptativo mixto, con sintomatología ansioso-depresiva de carácter crónico, autoestima devaluada, sentimientos de indefensión, miedo intenso a determinados estímulos, aislamiento social y nivel de dependencia hacia su familia, no acorde con su edad»<sup>88</sup>. La indemnización por el daño moral sufrido por el menor se cifra en la cantidad de 6.000 €, declarando la responsabilidad solidaria de la menor implicada y sus respectivos padres. Del pago de la referida suma responderá de manera *subsidiaria* el centro, colegio San Martín de Porres.

Puede colegirse que el llamado *pecunia doloris* o «*pretium doloris*», compensatorio del daño moral generado por conductas de acoso es unitario. Como se ha expuesto, resulta independiente que derive de un ilícito penal o civil; y es ajeno a si la legislación a aplicar es la civil, ex artículos 1902 y 1903 CC (menores de 14 años) o la prevista en el artículo 61.3 LORPM (menores de 14 a 18 años). Nuestro trabajo analiza en las líneas siguientes, el derecho sustantivo aplicable y los distintos órdenes jurisdiccionales competentes (civil, contencioso y jurisdicción de menores) para conocer de la responsabilidad civil derivada del bullying y cyberbullying. Partiendo de su difícil concreción, nos ocupamos a continuación para clarificar la cuestión aportando las soluciones que adoptan los Tribunales.

## V. ALUMNOS MENORES DE 14 AÑOS Y RESPONSABLES CIVILES EX ARTS. 1902 Y 1903 DEL CÓDIGO CIVIL

Los alumnos menores de 14 años son inimputables penalmente, pero ¿lo son también civilmente? Dos observaciones previas se imponen al respecto: a) La primera, nos lleva a señalar la importancia de este tramo de edad. Y es que, según el Informe del Defensor

<sup>88</sup> Vid. SAP de Las Palmas (Sección 1.ª) Sentencia num. 209/2013 de 15 noviembre (JUR/2014/3749) Ponente: Ilma. Sra. Inocencia Eugenia Cabello Díaz.

del Pueblo (1999-2006)<sup>89</sup>, el comportamiento de acoso es más importante en la educación primaria y va descendiendo desde un 43% en segundo curso de esta etapa, hasta un 6% en segundo curso de bachillerato. De forma paralela, los datos extraídos del Informe Cisneros X sobre «Acoso y Violencia Escolar» (Oñate y Piñuel, 2006), constatan que en España, un 23,4% de los alumnos matriculados entre segundo de primaria y primero de bachillerato eran víctimas de *bullying* y señala como edades más conflictivas, la de los 11 a los 14 años, disminuyendo a partir de esta edad. b) Por lo que una edad acorde con estas cifras indica —como segunda observación— que existe una importante franja de alumnos menores de 14 años, a los que no se le exigirá responsabilidad penal, ni tampoco la responsabilidad civil derivada de sus actos con arreglo a la LORPM; sino que la reparación de los daños derivados de sus conductas de acoso, estén o no tipificadas penalmente (art. 3 LORPM) se regirá por las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual: responsabilidad directa o por hecho propio (arts. 1902 CC) y responsabilidad civil por hecho ajeno (art. 1903 CC).

#### A) CONSIDERACIONES GENERALES Y CRITERIOS DE IMPUTACIÓN

Descartada la responsabilidad penal del menor de 14 años, queda pendiente determinar si este menor, autor de las conductas de acoso, puede ser declarado responsable civil directo conforme al artículo 1902 CC: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»<sup>90</sup>. Cabe significar al respecto que, el que pueda o no, apreciarse en un alumno menor de esta franja de edad «culpa civil» admitiría matices según la edad. Y es que, el régimen vigente en nuestro ordenamiento jurídico, se limita a establecer que la imputabilidad del daño exige, bien la capacidad de culpa (propia de los adultos); o cuando menos, capacidad de discernimiento para comprender el alcance de los propios actos. Esto es, una mínima madu-

<sup>89</sup> Vid. Informe del Defensor del Pueblo. *Violencia escolar: El Maltrato entre Iguales en la Educación Secundaria Obligatoria (1999-2006)*. Nuevo estudio y actualización del Informe 2000. Madrid, 2006, p. 94. Este nuevo informe realiza un estudio comparativo entre los resultados que se obtuvieron en 2000, ahora con una muestra de 600 centros públicos, privados y concertados de todo el territorio nacional.

Enlazar en <http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Estudioviolencia.pdf>

<sup>90</sup> Este precepto consagra el principio general de la responsabilidad subjetiva o por culpa, cuyos pilares básicos son: la concurrencia de una acción u omisión culposa por parte del sujeto, la existencia de un resultado lesivo (daño) y la relación de causalidad entre la acción y el resultado.

rez intelectual y volitiva. Capacidad de discernimiento que sí se les presupone a los menores de edad desde que cumplen los 14 años conforme a la LORPM. Pero respecto de los alumnos menores de esa edad, pero mayores de 7 años, ha de valorarse, caso por caso.

En la jurisprudencia menor, aunque no referida expresamente a supuestos de acoso, se aprecia culpa, si bien con un estándar atenuado, en algunos supuestos de daños causados por menores de entre los 7 y los 12-13 años de edad. Y desde los 13 o 14 años, ese estándar es variable según la edad, pero muy cercana a la de los adultos. No obstante, en nuestra opinión, difícilmente un alumno menor de 14 años tiene «capacidad de culpa civil»<sup>91</sup>, que sería presupuesto necesario para atribuirle responsabilidad directa por los daños causados por sus conductas de acoso escolar. Y aún en el caso de apreciarle capacidad de discernimiento, por lo que cabría co-demandarle junto al Centro Docente o junto a sus padres (ex art. 1903 CC), en razón a su presumible insolvencia, estas demandas suelen tener carácter excepcional o residual<sup>92</sup>.

Hecha esta precisión, entraría en juego la aplicación del artículo 1903 CC que consagra la responsabilidad civil por hecho ajeno: «La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder». Esta responsabilidad contempla el traslado de la obligación de indemnizar, que pasa, del agente productor del daño derivado del acoso o ciberacoso, a «otras personas», que responderán por él. Estamos ante una responsabilidad indirecta o por hecho de otro, pero por culpa propia. Y no una culpa cualquiera, como apunta Llamas, sino «una culpa o unas culpas perfectamente definidas (...) y que, para más inri, se presumen»<sup>93</sup>. El precepto señala expresamente, a los padres, tutores y personas o entidades que sean titulares de un centro docente enseñanza no superior, como posibles responsables por los hechos causados por sus hijos, tutelados o alumnos, respectivamente.

Debemos significar que la obligación de reparar este daño anti-jurídico, nacería para estos responsables, si les resulta imputable objetiva y subjetivamente. De las reglas de la llamada «imputación objetiva» (alcance de la responsabilidad) se ocupa ampliamente Pantaleón<sup>94</sup>; y conforme a ellas, se trata de determinar los daños de

<sup>91</sup> En este sentido, GARCÍA RUBIO, M.ª Paz, «La responsabilidad civil del menor infractor», *Revista Jurídica Galega*, n.º 38, 2003, p. 40.

<sup>92</sup> En sentido parecido, MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, *Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos ...*, *ob. cit.*, pp. 796 y 797.

<sup>93</sup> Vid. LLAMAS POMBO, Eugenio, «Padres y colegios: responsables y negligentes», *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 45, Sección Editorial, enero 2007 (La Ley 4473/2006).

<sup>94</sup> Vid. PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código civil (1889-1989)*. Tomo II, Ed. Centro de Estu-

los que se debe responder. Como señala el autor, mientras la causalidad (teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*) descubre qué daños están ligados a la conducta de un sujeto; la imputación objetiva señala cuales de esos daños deben ser puestos a cargo de ese sujeto. De otra parte, los criterios de imputación subjetiva, se asientan en nuestro ordenamiento jurídico, principalmente, en la culpa (falta de diligencia), el defectuoso control de actividades peligrosas (el riesgo) y en la sola ostentación de una determinada condición descrita por el ordenamiento<sup>95</sup>. En este contexto, interesa señalar, que la «imputación subjetiva» del daño por acoso escolar, se reconduce con carácter general a la «culpa». De tal suerte que la obligación de reparar el daño causado con un comportamiento (acción u omisión) solo nace si éste ha sido negligente. Y será la víctima (menor acosado) que pretende la reparación, la que ha de probar, no solo el daño, sino la culpa y la relación de causalidad. Sobre la cuestión resulta esclarecedora la citada SAP de Madrid de 18 de diciembre de 2008 cuando señala que: «... concurre el nexo causal entre este daño moral causado al menor y la omisión de la diligencia debida por parte del Centro, por falta de atención, vigilancia, cuidado y respuesta inmediata y contundente (...). Por lo que además de una imputación subjetiva, natural, ante el resultado producido, el daño moral, este resulta imputable objetivamente a la falta de cuidado, vigilancia por parte del centro».

Pero dicho esto, también es sabido que desde finales del siglo XIX, en el «Derecho de la responsabilidad Civil», o el «Derecho de Daños» se viene operando, por el incremento de actividades peligrosas y el deseo de asegurar la reparación de los daños «*pro damnato*», la crítica y superación de la teoría de la culpa. Ello se manifiesta, primero, en lo que se ha dado en llamar la redefinición del concepto de culpa civil; y segundo, en la consagración normativa de la responsabilidad objetiva y por riesgo. La objetivación de la responsabilidad por culpa afecta particularmente a la responsabilidad por hecho ajeno (art. 1903 CC) que ahora tratamos. Esta responsabilidad viene a configurarse como una responsabilidad cuasi-objetiva, pues existe una presunción de culpa en quien debe

dios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1565 y ss. Más recientemente, PEÑA LÓPEZ, F., en *Dogma y realidad del Derecho de Daños: Imputación objetiva, causalidad y culpa en el Sistema Español y en los PETL*. Ed. Aranzadi, 2011, pp. 64 y ss.

<sup>95</sup> Criterios de imputación subjetiva que coinciden con los que los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (en adelante PETL) llaman «fundamentos de la responsabilidad». Vid. MARTÍN CASALS, Miquel «La «modernización» del Derecho de la responsabilidad extracontractual», en *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad civil*. Asociación de Profesores de Derecho civil (APDC) Ed. Universidad de Murcia, 2011. pp. 48 y ss.

responder por hecho ajeno (culpa presunta) y que también parece estar presente en Italia *ex* artículos 2047 y 2048 Code Civile. En consecuencia, la responsabilidad civil por daños derivados del acoso escolar imputable a padres, tutores y personas o entidades que sean titulares de un Centro docente, es una responsabilidad por culpa presunta (*in educando o in vigilando*) que cesará (art. 1903 *in fine* CC) cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia. En igual sentido y conforme a la formulación general del principio culpabilístico se pronuncia el artículo 6:101 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL)<sup>96</sup>.

#### B) PADRES, CENTRO DOCENTE Y ADMINISTRACIÓN EDUCATIVA NEGLIGENTES Y RESPONSABLES. DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE Y ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE

Cuando los autores de actos o conductas de acoso escolar (estén o no tipificados penalmente), son *menores de 14 años*, así como cuando los hechos no revistan entidad para calificarse de ilícito penal, pero sí civil y sus autores cuentan entre 14 a 18 años, se aplicarán las reglas generales de la responsabilidad civil (arts. 1902 y 1903 CC). La acción de responsabilidad civil por daños derivados de acoso escolar se entablará bien, ante la jurisdicción civil, cuando se demande a los padres del acosador (*culpa in educando o in vigilando*) o al Centro docente privado o concertado (*culpa in vigilando*); o a ambos a la vez; o bien, ante la jurisdicción contenciosa cuando el menor está bajo la guarda de la Administración Pública (Centro docente público); aplicándose también en esta sede jurisdiccional las reglas generales civiles, junto a las establecidas en los artículos 139 ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAP) modificada por Ley 4/1999.

<sup>96</sup> Así, la responsabilidad por hecho de los menores o discapacitados psíquicos reside formalmente en la culpa o negligencia de la persona que los tiene a su cargo. El artículo 6:101 (PETL) declara que: «La persona que tiene a su cargo otra persona que es menor o sufre discapacidad psíquica responde por el daño causado por esa otra persona a menos que demuestre que ella cumplió con el estándar de conducta que le era exigible en su supervisión». Responsabilidad subjetiva o por culpa y «estándar de conducta exigible» que como señala el artículo 4:102-1 PETL viene referido: «al de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias, y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos».

### B.1) Responsabilidad civil de los padres en el orden jurisdiccional civil

La aplicación del artículo 1903.2 CC encuentra su fundamento en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, por no ejercitar de manera correcta las obligaciones que la ley impone a los padres de vigilar las actividades de los menores. Nótese que para que los padres respondan conforme al artículo 1903.2 CC es preciso que los hijos se encuentren bajo su «guarda»<sup>97</sup>. Se trata de culpa propia de los progenitores por omisión de los necesarios deberes de vigilancia y control de sus hijos menores de edad que están bajo su guarda. Sin embargo, la más reciente línea jurisprudencial omite el término «guarda» y la califica como una responsabilidad por semi-riesgo, con proyección de cuasi-objetiva (STS 8 de marzo de 2006)<sup>98</sup>, que procede aunque los padres no estén presentes en el momento de cometerse el hecho. Sobre el particular, cabe traer a colación que, cuando son demandados los padres del menor acosador, es muy común que se alegue falta de legitimación pasiva *ad causam* o, subsidiariamente, falta de litisconsorcio pasivo necesario, porque los hechos se producen en el ámbito escolar. Y en estos casos, el control y vigilancia de los menores están transferidos al centro educativo. Por lo que no resultaría procedente imputarles responsabilidad, pues al encontrarse fuera de su control, se alega que nada pudieron hacer para prevenir el daño.

Y en líneas generales, ciertamente sería así. Pero el acoso escolar presenta matices: a) En algunas ocasiones, las conductas de hostigamiento no se desarrollan de forma exclusiva en el centro escolar, tal y como sucede en los casos de *ciberbullying*. b) En otras, los padres de los presuntos acosadores tienen conocimiento de los hechos por parte del colegio en su fase inicial. Por lo que resultaría relevante a efectos de responsabilidad, su posicionamiento o pasividad, al no poner freno a las conductas antisociales de sus hijos. En estos casos, es evidente que responderán cuando pueda probarse que con su propio comportamiento omisivo o negligente han contribuido (indirectamente) a la definitiva producción del daño causado (directamente) por el hijo<sup>99</sup>. En consecuencia, en estos supuestos, responderán por hecho ajeno pero por culpa propia (pre-

<sup>97</sup> Vid. por todos Díez-PICAZO, L., «Fundamentos del Derecho civil patrimonial V». *La responsabilidad civil extracontractual*. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 381 y 382.

<sup>98</sup> Vid. STS de 8 de marzo de 2006 (ROJ: STS 1059/2006), Sentencia: 226/2006, Recurso: 2586/1999, Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

<sup>99</sup> La responsabilidad de los padres a pesar de en rigor una responsabilidad indirecta (por hecho ajeno), es común admitir en la jurisprudencia que se trata de una responsabilidad directa y no subsidiaria de la del causante material del daño. Vid. STS de 28 de julio de 1997 (RJ 1997/5810).

sunta). Presunción *iuris tantum* de la que podrán exonerarse probando (inversión de la carga de la prueba) su actuación diligente, que dicho sea de paso, es prácticamente casi imposible. Al respecto, apunta Martín Casals que si los padres no pudieren probar su diligencia como ocurre en Italia y más claramente en España, estaríamos ante una responsabilidad vicaria, por tratarse de un tipo de responsabilidad que si bien prescinde de toda consideración respecto a la culpa de los padres, todavía requiere un actuar culposo o, como mínimo, objetivamente negligente, por parte del menor<sup>100</sup>.

Cabe citar, por su excepcionalidad, la condena a los padres de un menor en un caso de acoso escolar. La reciente SAP de 14 marzo de 2014<sup>101</sup>, confirma la dictada en el JPI n.º 6 de Paterna. En aplicación del artículo 1903.2 CC condena a los padres de la menor (autora de las conductas de acoso) a abonar la cantidad de 28.383,56 €<sup>102</sup>. El centro escolar «Colegio Fundación San Vicente Ferrer» no fue demandado. En el caso de autos, consta acreditado que «no nos hallamos ante una pelea de dos menores, como un hecho aislado, sino ante una situación de acoso, de molestias continuas contra la menor (...) que se han desarrollado tanto en el colegio como fuera de él». Así se desprende de los relatos plasmados en la red social «tuenti» y por la llamada telefónica realizada desde la casa de una tercera menor. En este caso, la situación permanente de acoso moral comienza en 2009 y se prolonga hasta 2011. Tratos degradantes, que tenían lugar, sobre todo, en el ámbito escolar, pero no exclusivamente en él. Por todo ello, la sentencia afirma que los padres se hallan legitimados pasivamente para soportar esta acción. En el FJ 6.º se afirma, en base al artículo 1903. 2 CC que «la responsabilidad de los progenitores es cuasi objetiva y que producido el daño por la menor, rige la presunción de culpa de los padres». Lo que lleva a estimar en el caso de autos el acoso, que el mismo ha generado un daño y que los padres no han destruido la presunción de culpa que sobre ellos recae. «*Culpa que se ha visto corroborada no solamente por los hechos aquí analizados, sino también por otros ocurridos respecto de otras meno-*

<sup>100</sup> Vid. MARTÍN CASALS, Miquel, «La responsabilidad por hecho ajeno en los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”» (PETL). En *La Responsabilidad civil y su problemática actual* (Coord. Moreno Martínez, J. A.). Ed. Dykinson Madrid, 2007, p. 498.

<sup>101</sup> Vid. SAP de Valencia (Sección 7.ª) Sentencia num. 107/2014 de 14 marzo (JUR/2014/165222). Ponente: Ilma. Sra. María del Carmen Escrig Orenga.

<sup>102</sup> Dicha cantidad se distribuyen de la siguiente forma: 17.498,30 € para la menor víctima de acoso y la cantidad de 5.100,46 € para su madre. Y es que consta acreditado que debido a la situación por la que ha atravesado la hija, igualmente se ha visto afectada por una situación de estrés, ansiedad y depresión. Además la cantidad de 5.784,80 € en concepto de gastos acreditados (Abogados, etc.) mas los intereses legales desde la interposición judicial.

*res y, si bien no es objeto de este procedimiento, también nos sirve para valorar el comportamiento de los padres, la actitud de la madre de (...) ante los hechos, puesto que ha sido condenada por una falta de vejaciones injustas contra la menor (...) y su madre, al encontrarse con ellas en una oficina bancaria, y llamar zorra a la menor, y hacerles un corte de manga (...)*».

## **B.2) Responsabilidad del centro docente ante la jurisdicción civil y contencioso-administrativa. Casuística judicial**

Particular atención merece la responsabilidad civil en que incurre el Centro escolar (público, privado o concertado) por ser hasta ahora, la más común en los casos de acoso escolar. Su regulación cuenta con la profunda reforma operada por la Ley 1/1991, de 7 de enero, de modificación de los Códigos Civil y Penal en materia de Responsabilidad Civil del profesorado<sup>103</sup>. El vigente artículo 1903.5 CC señala que «Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán de los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se encuentren bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias». En consecuencia, la responsabilidad por daños causados por acoso escolar debe asumirla el centro docente, y no el profesorado, aunque cabrá el derecho de repetición en el caso de apreciarse dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño (art. 1904 párrafo segundo CC). El último apartado del artículo 1903 CC completa esta regulación, señalando que la responsabilidad de que trata este artículo *cesará* cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Este precepto es de especial significación ante las conductas de acoso escolar.

Las sentencias consultadas revelan la tendencia progresiva a responsabilizar principalmente al centro docente, en base al artículo 1903.5 CC. Debe repararse en que la Circular 9/2011 de 16 de noviembre de la Fiscalía General del Estado señala que «en los

<sup>103</sup> Antes de operarse la reforma, quien respondía por los daños causados por el alumnado era el *maestro*, al que se le presumía culpa, aunque, no obstante, admitía prueba en contrario. La propia Exposición de Motivos de la Ley 1/1991, refiere que este sistema de responsabilidad ya no era apto a la nueva realidad social. Al respecto declara que: «El régimen de responsabilidad que para los profesores y maestros establecen los artículos 22 del Código Penal y 1.903 del Código Civil no se ajusta a la realidad social de nuestros días. Se trata de normas con fundamento en la llamada «culpa in vigilando», concebidas en momentos en que existía una relación de sujeción del alumno al profesor, en términos que hoy no se producen en el discurrir diario de la vida docente».

supuestos de acoso escolar la exigencia de responsabilidad civil a los centros docentes, de conformidad con las pautas establecidas en la Instrucción 10/2005 es esencialmente aconsejable, tanto desde el punto de vista de protección a las víctimas como por razones de prevención general positiva<sup>104</sup>. Excedería del objetivo marcado en este trabajo, plantearnos si la responsabilidad civil y la consiguiente obligación de indemnizar, debe responder a esa finalidad preventiva de las conductas generadoras de daños por acoso escolar. Un breve apunte, nos lleva a reseñar que la obligación de indemnizar no responde a esa finalidad de prevención; la negación de las funciones preventiva y punitiva de la responsabilidad civil extracontractual ha sido la postura tradicional de la doctrina española (Pantaleón)<sup>105</sup>. Más recientemente, apunta Llamas<sup>106</sup> que «a las pretendidas funciones que exceden a la meramente reparadora o resarcitoria y particularmente en contra de la finalidad preventiva de la responsabilidad civil se oponen serias objeciones y argumentos».

Pero dicho esto, lo cierto es que, a fecha de hoy, son cada vez más los centros docentes, los que han sido declarados responsables civiles por las conductas de acoso, al no haberse podido acreditar de contrario, que emplearon toda la diligencia de *un buen padre de familia* para prevenir el daño. Esta diligencia viene referida, a la de la persona normal o media tenida socialmente como prudente en esta esfera de actividad, y cuya infracción ha venido determinando lo que en nuestro derecho histórico se denomina culpa leve «in abstracto». Pero según nuestro parecer, el patrón o nivel de diligencia que han de adoptar los titulares de un centro docente ante los primeros indicios de acoso, ha de ser extremo, para prevenir y evitar el daño. Y es que, el artículo 1903.5 CC determina la responsabilidad de tales *guardadores* en base al criterio de imputación subjetiva (culpa presunta) pero como se observa en los Tribunales «*con un grado adicional de exigencia si cabe, que llega casi a convertirse en*

<sup>104</sup> Vid. Circular 9/2011 de 16 de noviembre de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, p. 68.

<sup>105</sup> Vid. por todos, PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario al artículo 1902 CC, ob. cit.*, pp. 1971-1972.

<sup>106</sup> Si bien, apunta el autor que «admitida la necesidad de un instrumento preventivo de los daños dentro del ordenamiento jurídico privado y rechazada la bondad del (indirecto y amenazante) mecanismo indemnizatorio para conseguirlo, es preciso establecer un camino que, de manera directa, permita impedir las conductas dañosas y promover los comportamientos minoradores de los efectos de los daños». En este contexto apunta LLAMAS que esa vía no puede ser otra que la llamada tutela civil inhibitoria aplicada al daño. Camino distinto de la responsabilidad civil, para la que reservamos su genuina función reparadora, pero que puede ser incardinado perfectamente dentro del moderno Derecho de daños». Vid. LLAMAS POMBO, E., «Prevención y reparación, las dos caras del Derecho de daños», en *La Responsabilidad civil y su problemática actual* (Coord. Moreno Martínez, J. A.) Ed. Dykinson Madrid, 2007, p. 455.

*una responsabilidad objetiva*»<sup>107</sup>. Lo que no significa admitir tajantemente que se trate de una nítida responsabilidad objetiva; esto es, la simple atribución del deber resarcitorio por razón de la producción de un daño susceptible de indemnización. Esta presunción de culpa no es desde luego *iuis et de iure*. Su ámbito de operatividad se centra, como se verá, en el marco probatorio; y para que opere debe existir al menos «un indicio de culpa».

En consecuencia, para que el centro docente pueda exonerarse de su responsabilidad (presunta) debe acreditar que extremó los deberes de control, vigilancia y cuidado. Deberes que son consustanciales a la propia actividad educativa y que en estos casos, vendrán acentuados por la especial vulnerabilidad de los menores «víctimas» de acoso. Y a mayor abundamiento, porque la situación de hostigamiento sobre un menor no es un hecho puntual, sino que se manifiesta y prolonga en el tiempo con signos visibles; incluso en muchos casos, puestos en conocimiento del colegio por la propia familia. La presunción de culpa en las personas o entidades titulares del centro docente, implica que es a éstas, a quienes corresponde la prueba de la ausencia de su negligencia. Inversión de la carga de la prueba, que, como apunta García Cantero, no afecta al principio subjetivo de la culpa, sino que únicamente facilita su prueba al actor, obligando al presunto responsable a demostrar cumplidamente ante el juez que su conducta fue diligente<sup>108</sup>.

Así se constata en las sentencias que reseñamos a continuación dictadas en el orden jurisdiccional civil (centro docente privado o concertado); y en el contencioso-administrativo, cuando el centro docente es público; nótese que a los centros concertados se les aplica el mismo régimen que a los privados<sup>109</sup>. En todas ellas, además, los alumnos autores de las conductas de acoso, contaban con menos de 14 años de edad.

a) Condena al centro docente en el orden jurisdiccional civil.

– Se aplica el artículo 1903. 5 CC en el orden jurisdiccional civil con condena para el colegio, ante los hechos de acoso a que fue sometido un niño de 11 años por sus compañeros de clase; siendo el criterio de imputación la falta de diligencia del centro demandado en la vigilancia, atención, cuidado del menor bajo su

<sup>107</sup> Vid. FJ 3.º de la SAP de Madrid (Sección 25.ª) Sentencia núm. 241/2012 de 11 mayo (AC/2012/384). Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Delgado Rodríguez.

<sup>108</sup> Vid. GARCÍA CANTERO, G., «Relectura del artículo 1902 del CC visto desde el siglo XXI». *Actualidad Civil*. Año 2007 (R1120).

<sup>109</sup> En este sentido, así lo señala ATIENZA NAVARRO, M.ª L., *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*. Ed. Comares. Granada 2000, pp. 34 y 35. Igualmente lo corroboran las distintas sentencias consultadas.

guarda. Así como por las omisiones injustificables, ante la falta de respuesta inmediata y contundente al hostigamiento de que era objeto el menor. La SAP de Madrid, de 18 de diciembre de 2008<sup>110</sup>, que resuelve el caso, revoca la dictada por el JPI n.º 1 de Alcobendas, de 7 de noviembre de 2007<sup>111</sup>, y declara responsable al colegio Suizo de Madrid (centro docente privado) a abonar 30.000 € por los daños y perjuicios generados por el acoso escolar que padeció el menor. Más aún, «en esta edad (11 años), en la que tan necesaria es para la formación de la propia estima, la seguridad que proporcionan las relaciones con los amigos y compañeros del colegio, y la tutela de aquéllos que asumen la dirección de su formación». A mayor abundamiento, la Audiencia indica que «*la falta de diligencia del centro demandado es palpable y manifiesta, al igual que en el resto de la situación de maltrato, que en el contexto escolar padecía (...)*». En el caso de autos, en modo alguno, pudo acreditar el centro haber agotado todas las medidas de vigilancia y precaución tendentes a evitar la agresión; tampoco adoptó medida ninguna al respecto, ni siquiera con posterioridad; pues, incluso, después de ver la grabación que se hizo, la situación no tuvo como respuesta castigo alguno, sino tan solo un *ultimatum* exigiéndoles respeto so pena de expulsión. Así consta probado en la sentencia<sup>112</sup>. La

<sup>110</sup> Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) de 18 de diciembre de 2008 (AC/2009/124). Ponente: Sra. Ana M.ª Olalla Camarero.

<sup>111</sup> La sentencia del JPI n.º 1 de Alcobendas, de 7 de noviembre de 2007 (AC/2007/1903) basó su desestimación en los siguientes razonamientos: «1.º «no ha quedado acreditado que el menor fuera objeto de burlas y ataques desde 4.º de primaria, ni que el colegio conociera estos incidentes o por lo menos que existían problemas de relación o interacción social...». 2.º «...ni tampoco que los padres de (...) hablaran con la tutora (...). 3.º De «las declaraciones del Director del colegio, de la tutora, y de la profesora de matemáticas, se desprende que el colegio no tenía conocimiento de que hubiera ningún problema de adaptación de (...) con la clase». 4.º «Ocurrido el incidente en horario escolar dentro del aula, y sin la vigilancia de un profesor, el suceso era inevitable e imprevisible (...) por lo que puede concluirse que las medidas de vigilancia adoptadas fueron absolutamente suficientes y acordes con las circunstancias concurrentes, por lo que no se puede hablar de *culpa in vigilando* por parte del centro, siendo absolutamente imprevisible que dos alumnos del centro agredieran a un compañero de la clase, no existiendo ningún elemento o indicio que permitiese prever que iba a ocurrir, lo que después sucedió, que fue de forma imprevista y de gran rapidez, pese a lo cual una vez llegó la profesora al aula, reaccionó adecuadamente. Por otro lado la actuación del centro una vez se destaparon los hechos fue rápida, ya que se incoa el oportuno expediente, en los que se adoptó la sanción de *ultimatum* para los tres alumnos agresores.... 5.º «Todo lo expuesto permite concluir la ausencia de conducta culposa alguna imputable al centro escolar, que obró en todo momento con la debida diligencia, es decir, con la diligencia exigible a un buen padre de familia...».

<sup>112</sup> El acoso del menor era conocido en el Colegio y los informes del Expediente del Defensor del Menor y de la Psicóloga, llevaron al Tribunal a concluir que el menor venía padeciendo una situación de bullying, que estaba siendo ignorada o minimizada por el Colegio. «(...) no fue diligente la reacción de los agentes escolares intervinientes, ante el suceso acaecido el día 26 de junio de 2006. Si como manifestó la profesora de Matemáticas al entrar en la clase se dio cuenta del grado de alteración y excitación de los niños, y éstos hablaban de un incidente en el que se habían tirado gomas, y que había una grabación con una cámara (...). La profesora no exigió la cámara al alumno que había hecho uso de la misma, en un horario lectivo, y comprobó su contenido (...). La denuncia del uso de la

Sentencia señala que «aun siendo difícil una concreción económica, la suma peticionada como indemnización no era excesiva y cumplía la función reparadora del daño causado».

– También se declara responsable al centro docente Congregación Hermanas del Amor de Dios (centro docente concertado), en la SAP de Madrid de 11 de mayo de 2012. Este caso, resuelto en el orden jurisdiccional civil, consta probado la insoportable actividad de acoso, vejaciones y agresiones físicas de que estaba siendo objeto el menor (8 años), cuando se iniciaron los hechos en el curso 2007-2008 (2.º de Primaria); y culminaron en febrero de 2010, cuando abandonó el colegio de forma precipitada. Comienza un progresivo aislamiento del niño, al no sentarse, ni jugar nadie con él, dejándole solo en clase de informática y en las excursiones; y aunque el menor se lo cuenta a la profesora, ésta le contesta; «*más vale solo que mal acompañado*». Posteriormente, los profesores, atendiendo a las peticiones de la madre del menor, trataron de comprobar la situación de acoso y hostigamiento que la misma denunciaba, sin que, sorprendentemente, nadie pudiese percibir indicio o sintomatología alguna de ello. Al inicio del curso 2008-2009 el niño se muestra triste y ansioso, y aunque los padres visitan asiduamente a la profesora, por situaciones análogas a las del curso anterior, *la profesora les recomienda tranquilidad y que le compre un balón para que los demás jueguen con él*. Por su parte *la directora manifiesta a la madre que es una situación a la que el niño debe hacer frente por sí mismo, descartando el cambio de clase de los hostigadores*. De estos y otros hechos que se narran en el FJ 3.º de la sentencia se desprende, con absoluta claridad, las continuas negativas y la falta de adopción de medida alguna por parte del centro<sup>113</sup>. Por lo que la sentencia aplica los artícu-

cámara, aparecía unida a las acusaciones de un enfrentamiento y a un grado de excitación del alumnado, que según ella era claramente perceptible. *Circunstancias que, en lógica, la tendrían que haber llevado a extremar el celo, respecto a la razón de la utilización de una cámara*. De hecho tal estado de los alumnos motivó, que según su propia declaración se volviera a ausentar de la clase para hablar con la tutora. Ausencia que resultó también incomprensible pues se produjo, pese a la alteración que constataba en el ambiente de tal clase. *Según el testimonio de dicha profesora, procedió a comunicar a la tutora y al Director lo sucedido, sin que se justificase que éstos tampoco tomaran decisión alguna en orden a proceder a requerir la cámara a efectos de comprobar su contenido o a hablar con los alumnos implicados*. Ante tal suerte de omisiones, no era de extrañar la desesperación del menor que podía prever la exhibición de las imágenes en las que se le humillaba, golpeaba con un estuche, levemente sí, pero golpes al fin, y se le insultaba, difundiéndolo entre otros niños del colegio o fuera de él, aumentando de ese modo el grado de deterioro de su imagen y el rechazo generalizado hacia su persona (...).

<sup>113</sup> «(...) La primera vez que sucedió fue la madre a hablar con la profesora que manifestó haber hablado con la madre del agresor (...). A (...) le desaparecen toda clase de objetos y útiles escolares (...) la profesora que hace caso omiso, alegando descuido del niño, pese a que una de las veces encuentra el baby la profesora delante de toda la clase en la cartera de (...), sin adoptar medida alguna (...) Le esconden de forma sistemática para

los 1903.5 CC en relación con el artículo 1902 del CC e impone a tales guardadores la responsabilidad establecida en dichos preceptos. La Audiencia revoca parcialmente la sentencia dictada por el JPI n.º 44 de Madrid de 25 de Marzo de 2011 que condenó al colegio a abonar 40.000 € y rebaja la cuantía a 32.125,51 €.

– Mas recientemente, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cerdanyola dictó el 26 de mayo de 2014 una sentencia pionera en la que condena al colegio concertado Nuestra Señora de Montserrat a pagar 50.770 €, por no haber tomado las medidas de control y vigilancia necesarias para evitar el acoso escolar. El fallo es contundente: «Se puede afirmar que la situación vivida por el menor durante el periodo que cursó estudios en el centro, se ajusta a los parámetros que se definen como acoso escolar». El menor estuvo 897 días en tratamiento por un trastorno adaptativo, con ansiedad y depresión. La resolución, actualmente recurrida por el colegio, argumenta que el centro escolar disponía de información suficiente y que «podría haber permitido prevenir y corregir» los comportamientos de acoso<sup>114</sup>.

b) Ya en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, contamos con supuestos en los que se demanda a la Administración educativa en base a la responsabilidad patrimonial.

La responsabilidad derivada del funcionamiento de los servicios públicos, surge cuando la Administración causa daños que el administrado no tiene obligación de soportar. Estaríamos –con las reservas que ahora se dirán– ante una responsabilidad *directa y objetiva*. Este orden jurisdiccional aplicará los artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y supletoriamente, las normas de

---

reírse de él, la cartera y el abrigo, ocasionando nerviosismo al niño que sale siempre de clase tarde, al buscarlos. Comienza así (...) a manifestar no querer ir a clase, evidenciándose tics, como toses nerviosas, sensación de ahogo, terrores nocturnos y hábitos alimenticios compulsivos, manifestando que no puede comer por opresión en el pecho o arderle la garganta, ignorando los padres en ese momento el hostigamiento (...). Es en marzo de 2009 cuando refiere que los niños de siempre le han robado el monopatin, lo que los padres comunican a la profesora, recuperándolo por su intervención. En mayo, el menor refiere que desde el principio de curso los cinco niños no le llaman por su nombre sino «Marian» o «Maricón» y prohíben a los otros jugar con él, con amenaza de excluirlos a ellos del juego. Cuenta que le persiguen por el patio durante el recreo y si para de correr le cogen y le pegan en un rincón entre todos, percatándose los padres de las desapariciones de juguetes y material escolar, con constantes protestas de los padres (...) *Ante la queja de la madre admite también la psicóloga que no han actuado castigando a los hostigadores, ni llamando a sus padres, solo han hablado con ellos, y lo han admitido, comprendiendo que la madre pida que se les castigue a nivel del centro* (FJ 3.<sup>º</sup>).

<sup>114</sup> Vid. el País Cataluña bajo el titular «Una escuela condenada por el acoso a un alumno homosexual». Columna a cargo de IVANNA VALLESPÍN. Enlazar en: [http://ccaa.elpais.com/ccaa/2014/06/16/catalunya/1402933404\\_239105.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2014/06/16/catalunya/1402933404_239105.html) (Fecha de consulta 30 de junio de 2014).

Derecho Civil<sup>115</sup>. Pero para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Educativa, por daños derivados de acoso escolar y de los que deba responder, al haberse producido en un Centro educativo público, son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación– de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Que no se de fuerza mayor. Y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Sin embargo, aunque se tilde de responsabilidad objetiva (sin culpa) comprobamos cómo muchos pronunciamientos judiciales acaban mirando a ésta; esto es, entran a analizar si hubo o no actuación negligente por parte del centro docente público.

– Así ocurre en la STJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 15 abril 2010<sup>116</sup>, cuando el Tribunal entra a valorar si, en el caso de autos, hubo o no, falta de diligencia por parte del Colegio (culpa); que, no obstante, considera no acreditada suficientemente, si se atiende a las manifestaciones de la familia del menor sobre la «pasividad» o «negligencia» que se les achaca. La familia manifiesta que el colegio tenía «pleno conocimiento de lo que le estaba sucediendo a (...)» y mostraron «su total falta de diligencia requerida en estos casos». Por el contrario, la sentencia estima que las actuaciones llevadas a cabo, una vez se comunicó al Equipo Directivo el acoso sufrido por el menor, son consideradas como «*las medidas más oportunas que dio tiempo a realizar y que no fueron pocas*»<sup>117</sup>. Por lo que no estando

<sup>115</sup> La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas tiene su base en el artículo 106.2 CE y artículo 139 y ss. LRJAP. El artículo 106. 2 CE señala que «Los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»; y de los artículos 139, apartados 1 y 2 (LRJAP) y 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, que determinan el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. El daño ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

<sup>116</sup> Vid. STJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª). Sentencia de 15 de abril de 2010 (JUR/2010/259508). Ponente: Ilmo. Sr. D. Victoriano Valpuesta Bermúdez.

<sup>117</sup> «(...) el caso se había tratado con anterioridad en clase como cada vez que surge un conflicto de convivencia, comentando su importancia y analizándolo desde varias direcciones: El máximo respeto que nos debemos unos a otros; lo arriesgado de hacer juicios de valor previos sobre las personas; la no-discriminación bajo ninguna razón; (...) “Después

desacreditadas de adverso las pruebas de la diligencia empleada en el centro (ausencia de culpa), el Tribunal desestima el recurso, al no constar que se diera la necesaria relación de con-causalidad entre la actuación del profesorado del menor y demás responsables del colegio, y el daño a éste ocasionado. Considerando que sólo habría responsabilidad, si los profesores o directivos del Centro hubieran intervenido de algún modo, por acción u omisión, en la producción del hecho lesivo: «No es acorde con el sistema de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, aun de forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido, aquí inapreciable».

– Por el contrario, sí se declara responsable a la Administración demandada Departament D'educacio y de la compañía de seguros codemandada Zurich (responsabilidad patrimonial), en la STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 septiembre de 2009<sup>118</sup>. Los padres del menor reclaman una indemnización por causa de daños físicos y psíquicos que declaran haber sufrido su hijo, *alumno de segundo de ESO* (menor de 14 años) del IES Puig-Reig (Centro docente público). Daños que según la prueba obrante en autos, constan acreditados<sup>119</sup> y cabe imputar a la actuación insuficiente de la Administración educativa, probada la

---

de esta primera acción se observó una mejor convivencia durante un tiempo” (...) “posteriormente se intervino por este motivo en dos o tres ocasiones más, cada vez que su madre avisaba que las acciones habían vuelto a repetirse (...)” en estas intervenciones se comentaba además de lo anteriormente expuesto otros aspectos, como la necesidad de los otros, el valor de los demás y se hicieron juegos de reforzamiento de la autoestima con ocasión del día de la paz (Programa de Manos Unidas) (...) «la última ocasión fue antes de las vacaciones de Semana Santa, en ella los niños comentaron que era una práctica habitual, que todos se metían unos con otros, pero que en realidad con algunos era más insistente y además no había motivo» (...) «ante mi enfado, ya que se había hablado varias veces, en las que parecía que no iba a repetirse, se estableció un compromiso muy serio, el cual no podía romperse o se hablaría con los padres de aquellos alumnos que continuaran con esa práctica» (FJ 4.º).

<sup>118</sup> Vid. STSJ de Cataluña (Sala de lo contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), Sentencia num. 750/2009 de 30 de septiembre (JUR/2009/498172). Ponente la Ilma. Sra. M.ª Fernanda Navarro de Zuloaga.

<sup>119</sup> El informe médico del servicio de psiquiatría y psicología clínica del centro de salud mental (...) constata un trastorno adaptativo mixto con síntomas ansioso-depresivo severo, diagnóstico que confirma que los síntomas actuales están íntimamente relacionados con un acontecimiento vital desencadenante (*maltrato entre pares*). El menor deberá iniciar tratamiento con antidepresivos y ansiolíticos, *sugiriendo a la familia la necesidad de vigilancia constante dado el riesgo de actuaciones que puedan afectar su propia integridad física*. Se sugiere que permanezca alejado de la situación de conflicto hasta objetivarse médicamente una reducción significativa de la sintomatología, añadiendo que debería objetivarse la posibilidad de un cambio de su entorno escolar (aula o colegio) ya que se muestra muy temeroso de volver a enfrentarse a la misma situación, que ha generado un importante nivel de desestabilidad en su estado emocional (...) La prueba pericial, practicada por psicólogo del Instituto de Medicina Legal de Catalunya constata un cuadro sintomático de carácter depresivo ansioso reactivo a una experiencia o situación vivida, y por

existencia de relación de causalidad entre el daño y la actuación de la Administración: «(...) del testimonio mayoritario del profesorado que tenía a su cargo el menor, se desprende que tenía conocimiento de las incidencias con el menor, pero que no las valoró, ni adecuada ni suficientemente, en el ejercicio de la función educadora y al tiempo como responsables de la guardia y custodia del menor desde el momento que los padres confían su hijo al centro». La Sala fija en 8.000 € el quantum indemnizatorio por los daños efectivos causados.

## VI. ALUMNOS MENORES DE ENTRE 14-18 AÑOS Y «OTROS» RESPONSABLES CIVILES QUE SOLIDARIAMENTE RESPONDERÁN CON ÉL (EX ART. 61.3 LORPM)

La responsabilidad civil *ex delicto* derivada de actos de acoso cometidos por los menores en esta franja de edad, se regula en el Código civil, en el Código Penal y en la LORPM (arts. 61 a 64), con una serie de reenvíos muy complejos que dará lugar a un derecho sustantivo aplicable distinto y a órdenes jurisdiccionales diferentes para su enjuiciamiento. El CC (art. 1092 CC) reenvía al CP (arts. 109 a 120 CP) modificados por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en el sentido de suprimir la referencia a las faltas; y a su vez el artículo 19 CP, reenvía a la LORPM. Por su parte, la LORPM realiza un doble reenvío: a) Por un lado, remite al CP para la regulación de la extensión de la responsabilidad civil, en aplicación de aquél como supletorio<sup>120</sup>, y más específicamente, el artículo 62 LORPM<sup>121</sup>. El artículo 63 LORPM prácticamente reproduce el artículo 117 CP, y el artículo 61.4 LORPM, recoge una previsión que se aproxima al artículo 121 CP con relación a las responsabilidades de las Administraciones Públicas<sup>122</sup>. En base a estas consideraciones, sería

tanto, añade que no tiene porque tener un carácter persistente en el tiempo. (...) considera dicha sintomatología de carácter moderado.

<sup>120</sup> *Vid.* Disposición adicional primera de la LORPM.

<sup>121</sup> Precepto que remite al capítulo I del Título V del Libro I del CP (arts. 109 a 115 CP).

<sup>122</sup> Nótese que la remisión específica de la LORPM al Código Penal de ciertas normas que regulan la Pieza de responsabilidad civil, junto con la consideración de derecho supletorio del Código Penal permite concluir que: «(...) todos los preceptos del Código Penal que normativizan la responsabilidad civil derivada del delito son aplicables en la subjurisdicción penal de menores, y concretamente, sería posible aplicar sin ninguna dificultad, la responsabilidad contemplada en el artículo 120 CP, y específicamente la prevista en el apartado tercero, que prevé una responsabilidad de las personas jurídicas en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares» Véase al respecto la SAP de Álava de 27 de mayo de 2005 (AC/2005/1062). Ponente: Ilmo. Sr. D. José Jaime Tapia Parreño.

posible ejercitar en la Pieza de responsabilidad civil una acción contra el menor responsable y sus padres, como responsables directos y solidarios; y contra un Centro educativo privado o público como responsable civil subsidiario, al amparo de los artículos 120.3 y 121 CP<sup>123</sup>. b) Por otro lado, el segundo reenvío que hace la LORPM, es al Código civil y a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, para regular todo lo relativo a la responsabilidad civil cuando el perjudicado se reserve la acción civil (art. 61.1 LORPM) y no la ejercite ante el Juez de Menores.

Como ya vimos, con la entrada en vigor de la LORPM se introduce un tercer sistema de responsabilidad civil de padres y «guardadores», distinto a los contenidos en los Códigos Civil y Penal<sup>124</sup>. El precepto clave es artículo 61.3 LORPM: «cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de 18 años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el juez según los casos».

Antes de entrar en el análisis de este precepto, cabe traer a colación una cuestión referida a las dudas suscitadas sobre la responsabilidad civil de padres y tutores, cuando el menor infractor está *emancipado*. Si bien, en el caso de acoso escolar, no se ha planteado en ninguna de las sentencias consultadas. No obstante, de darse, puede repercutir en el régimen de responsabilidad solidaria instaurado en el artículo 61.3 LORPM y también, en el régimen de responsabilidad de los padres y tutores prevista en el artículo 1903 CC. La Circular 9/2011 de 16 de noviembre de la Fiscalía General del Estado, viene a dar respuesta a la cuestión, distinguiendo dos supuestos. a) Cuando el menor emancipado lo está por vida independiente consentida por los padres (*emancipación tácita* prevista en el art. 319 CC), «en tanto no se extingue la patria potestad, no debiera tampoco eximir a los padres de responsabilidad. Además de este fundamento, podría argumentarse que precisamente la comisión del delito generador de responsabilidad civil, pone de manifiesto que el menor no estaba debidamente preparado para vivir independientemente de sus padres, debiendo éstos, como consentidores de esa emancipación de facto, responder solidariamente con el menor»<sup>125</sup>. b) En cambio, en los casos de *emancipación*

<sup>123</sup> Esta es una posición que mantienen ciertos autores al considerar que dentro de la mención de «guardadores» que se recoge en el artículo 61.3 LORPM también se incluye al Centro docente, puesto que durante la jornada lectiva ejerce funciones de guarda.

<sup>124</sup> Véase lo expuesto *ut supra* (IV, apartado A).

<sup>125</sup> A mayor abundamiento la Fiscalía señala que «esta responsabilidad podría eventualmente considerarse agravada por una especialmente intensa infracción de los deberes *in vigilando e in educando*, si se permitió al menor vivir independientemente cuando aún

*formal* del menor (art. 314 CC modificado por la Ley 15/2015, de la Jurisdicción voluntaria)<sup>126</sup> cesaría la responsabilidad de sus padres respecto de los hechos cometidos con posterioridad. También quedaría sin efecto la responsabilidad del tutor en el supuesto del menor tutelado que obtuviere el beneficio de la mayor edad (art. 321 CC).<sup>127</sup> Concluyendo, por lo que ahora nos interesa, que sin necesidad de entrar en disquisiciones sobre la obligación de guarda y su repercusión en la responsabilidad civil la emancipación es una causa de extinción de la patria potestad (art. 169 CC).

A) DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE Y CAMBIO DE JURISDICCIÓN DEPENDIENDO SI HAY O NO RESERVA DE LA ACCIÓN CIVIL POR PARTE DEL PERJUDICADO. CASUÍSTICA JUDICIAL

La LO 8/2006, que modifica la LORPM, introdujo en la jurisdicción de menores el sistema de ejercicio conjunto de la acción civil y penal a través del expediente penal de reforma<sup>128</sup>. Pero desde un punto de vista procesal el ejercicio conjunto de las acciones no ha supuesto la desaparición de la obligada tramitación de la pieza separada de responsabilidad civil. El artículo 61.1 LORPM dice: «La acción para exigir la responsabilidad civil en el procedimiento regulado en esta Ley se ejercitará por el Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

no estaba preparado para ello, excluyéndose las posibilidades de moderación que brinda el artículo 61.3 *in fine* LORPM».

<sup>126</sup> El art. 314 CC señala que la emancipación tiene lugar: 1.º Por la mayor edad. 2.º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad. 3.º Por concesión judicial. Precepto que suprime el antiguo ordinal 2º «Por matrimonio del menor», en su nueva redacción dada por el apartado cincuenta y cinco de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE de 3 de julio), en vigor desde el 23 de julio de 2015.

<sup>127</sup> *Vid.* Circular 9/2011 de 16 de noviembre de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, p. 62.

<sup>128</sup> Tras la reforma 8/2006 el artículo 39 LORPM apartado primero párrafo 2.º dispone que en la misma sentencia se resolverá sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta (hoy suprimidas), con el contenido indicado en el artículo 115 del Código Penal. La remisión al artículo 115 CP también implica aplicar en el proceso penal de menores la regla que establece que los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución.

En consecuencia el precepto presentan dos posibilidades para exigir la responsabilidad civil: a) *La primera*, es seguir el procedimiento regulado por dicha ley, según el cual se ejercitará por el Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado renuncie a ella o la ejercite por sí mismo en el plazo que fija el precepto; teniendo en cuenta que se tramitará con carácter general una pieza separada de responsabilidad civil por cada uno de los hechos imputados. Tras la reforma de la LORPM por la LO 8/2006, la Circular 1/2007 sobre criterios interpretativos tras la Reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006 y la ya citada Circular 9/2011, la ejecución de las disposiciones relativas a la responsabilidad civil debe desarrollarse de oficio por el Juzgado, como derivación del principio *pro damnato*<sup>129</sup>. b) *La segunda*, es que el perjudicado se reserve la acción para ejecutarla ante la jurisdicción civil conforme al Código Civil y a la LEC. Nótese en que esta última referencia es incompleta<sup>130</sup>, pues se omite a la jurisdicción contenciosa que también será competente como se verá.

Por tanto, de la dicción literal del artículo 61.1 LORPM se desprende un derecho regulador distinto de la referida responsabilidad, que viene conformado por un cambio de jurisdicción, dependiendo de si hay o no reserva de la acción civil por parte del perjudicado.

#### **A.1 ) Reserva de acción civil en el proceso penal de menores**

Cuando el perjudicado se reserva la acción de responsabilidad civil, ésta puede ejercitarse ante la jurisdicción civil (que es a la que alude el precepto) y también, ante la contenciosa, aunque en este caso lo omite. Veamos cómo se articula:

– El orden jurisdiccional civil será el competente cuando sean demandados los padres del menor acosador o cuando la demanda se dirija al Centro docente privado donde tuvieron lugar los hechos delictivos en los que se subsumen las conductas de acoso. Y en cuanto al derecho sustantivo aplicable, surge un problema ¿deberá sustanciarse por lo previsto en el artículo 61.3 LORPM o habrá que acudir al artículo 1903 CC? En la doctrina hay opiniones divididas<sup>131</sup>

<sup>129</sup> Circular 9/2011 de 16 de noviembre de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, p. 65.

<sup>130</sup> Vid. GARCÍA RUBIO, M.ª Paz, *La responsabilidad civil del menor infractor*, ob. cit., p. 43.

<sup>131</sup> MORENO MARTÍNEZ, entiende que se sustanciará conforme a los artículos 1902 y 1903 CC. En «Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección», en *La Responsabilidad civil y su problemática actual*, ob. cit., p. 790. En contra, GARCÍA RUBIO cuando señala que el juez civil «tendrá que aplicar las normas materiales (no así las procesales) contenidas en el Ley Penal del Menor y no las recogidas en el Código civil». En *La responsabilidad civil del menor infractor*, ob. cit., p. 49.

y también en la jurisprudencia menor. No obstante, consideramos que atendiendo al tenor literal de la norma, el juez civil debe aplicar los artículos 1902 y 1903 CC<sup>132</sup>. Por tanto, aunque los hechos sean constitutivos de delito y así se declare en la sentencia en el proceso penal de menores, si el perjudicado se reserva la acción civil para ejercerlas en la jurisdicción civil, serán aplicables las normas del CC.

– El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será competente, cuando el centro docente es público o se demande a la propia Administración educativa. También cuando se reclame la responsabilidad civil del tutor, guardador o acogedor, y estemos en una situación de tutela o guarda administrativa o automática. Lo que llevaría a una eventual responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (arts. 139 y ss. LRJAP); En ambos casos se atenderá a los criterios de imputación anteriormente referidos.

Para clarificar la cuestión, recurrimos a la casuística judicial que refleja cómo, en unos casos, se demanda a los padres de los menores autores de las conductas de acoso y en otros, al centro docente; reparando en el distinto orden jurisdiccional que conoce de los hechos (civil o contencioso) y en el derecho sustantivo aplicable, que no siempre es uniforme. En unos casos se recurre al artículo 61.3 LORPM y en otros el artículo 1903.5 CC:

Hubo reserva de acción civil en el proceso penal de menores y demanda ante el órgano jurisdiccional civil, contra los padres de varios menores, en el supuesto de acoso enjuiciado en la SAP de Jaén, de 30 junio de 2010<sup>133</sup>.

En este caso, y como es habitual, se alega por los padres, que al tratarse de un supuesto de acoso escolar no es procedente responsabilizarles porque no pudieron hacer nada para prevenir el daño. No obstante, la Sala acude a aplicar como derecho sustantivo el artículo 61.3 LORPM, en lugar de acudir a las reglas generales de la responsabilidad civil (art. 1903.2 CC); y señala que la acción ejercitada por la actora es una acción de responsabilidad directa, distinta de la responsabilidad extracontractual recogida en el artículo 1902 del CC. En base a ello, nos recuerda, que el artículo 61.3 LORPM establece la responsabilidad solidaria de los padres si el autor es

<sup>132</sup> Nótese que en estos casos la acción prescribe al año, según el artículo 1968.2 CC pero el *dies a quo* no es el del acto ilícito, sino aquél en que el perjudicado definitivamente ha optado por el ejercicio de la acción en el orden civil y conforme al Código Civil.

<sup>133</sup> Vid. SAP de Jaén (Sección 2.ª) Sentencia num. 154/2010 de 30 junio (JUR/2010/370378). Ponente: Jose Antonio Córdoba García.

menor de 18 años, que es directa y objetiva, considerando al respecto que: «(...) no es factible como pretende la representación apelante exonerar a los padres de la responsabilidad por los hechos cometidos por sus hijos menores de 18 años, al venir impuesta la misma por disposición legal, sin que por otra parte esté acreditado que los hechos se desarrollaran exclusivamente en el centro escolar, tal y como se hace constar en los hechos probados de la sentencia del Juzgado de Menores y así se refleja en la sentencia de instancia». Por lo que dicho motivo no puede ser estimado (FJ 2.º y 3.º). La sentencia confirma la dictada por el JPI n.º 3 de Jaén, de 16 de octubre de 2009 y declaró como responsables civiles solidarios a los padres sin que se apreciaran circunstancias para la moderación de la responsabilidad que prevé el artículo 61.3 LORPM. La cuantía de la indemnización por daños morales fue 11.185,62 €.

Hubo también reserva de acciones en el proceso penal de menores, para ejercerlas en el orden jurisdiccional civil, contra el centro docente, en el caso resuelto por la SAP de Álava, de 27 de mayo de 2005<sup>134</sup>.

Ahora la demanda de responsabilidad civil se dirige contra el Centro Educativo Ikastola (en este caso privado) y el Tribunal aplica correctamente como derecho sustantivo el artículo 1903.5 CC. La Sala utiliza como criterio de imputación la culpa o negligencia del centro. Consta probado que el colegio «no desplegó un comportamiento diligente, que fuera inmediato y contundente, para evitar la persistencia en el abuso por parte de los compañeros de la niña». Más aún, cuando la propia niña objeto de hostigamiento, había puesto en conocimiento de la tutora en varias ocasiones los tratos vejatorios y agresiones de todo tipo que estaba sufriendo; y ésta (la tutora) no actuó con la diligencia debida<sup>135</sup>. El fallo confirma íntegramente la Sentencia dictada en el JPI n.º 2 de Vitoria de

<sup>134</sup> Vid. SAP de Álava (Sección 1.ª) de 27 de mayo de 2005 (AC/2005/1062). Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jaime Tapia Parreño.

<sup>135</sup> Dice la Sala que: « (...) no se puede asumir que los órganos educativos y directivos actuaran con la diligencia e inmediatez que requería la gravedad de las acciones que estaba sufriendo la hija de los actores. El expediente disciplinario y la denuncia ante la Fiscalía o ante la Delegación de Educación tienen lugar meses después de que ocurrieran los hechos, cuando ya se habían consumado, y aunque sea asumible que la Ikastola presentó la denuncia unos días antes que los padres de la niña, lo relevante no es esa fase final sino qué *hizo o más bien qué no hizo la entidad recurrente* durante un prolongado tiempo durante el curso escolar 2001-2002 más exactamente desde noviembre de 2001, época en que comienzan los actos de acoso moral contra la niña por parte de varios alumnos, según se señala en la sentencia dictada por el Juzgado de Menores (dato fáctico este con fuerza de cosa juzgada, según el artículo 64.10.ª LORPM) ... y el mes de junio, cuando se inician las actuaciones por parte del Centro educativo demandado..., la tutora y no actuó con la diligencia debida, considerando la gravedad inherente a esos comportamientos plurales y prolongados en el tiempo, para no sólo intentar erradicarlos, sino para lisa y llanamente evitarlos de manera absoluta y definitiva» (FJ 2.º).

fecha 1 de febrero de 2005<sup>136</sup> y condena al centro Ikastola a abonar en concepto de daños morales la cantidad de 12.000 €, por lo que *hizo, o más bien qué no hizo, la entidad recurrente.*

Por último, resulta de interés traer a colación y citar nuevamente el caso Jokin. Después de todos los pronunciamientos que en vía penal si dictaron con condena para los menores, los padres ejercitan en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la acción responsabilidad patrimonial frente a la Administración Pública; demandando también en esta vía, a los padres de los agresores conforme al artículo 1903 CC.

De una parte, con respecto al colegio público ÍES Talaia BHI, se adopta como criterio de imputación la culpa (*in vigilando, in eligendo o in organizando*). La Sala entra a valorar, si fueron o no adoptadas todas las medidas conducentes a la evitación de un daño tan grave como fue el suicidio; siendo la causa que lo motivó el acoso escolar a que fue sometido el menor; e igualmente analiza si se dio o no, la exigible relación de causalidad en la falta de atención o vigilancia de los menores por parte del personal educativo y el trágico final producido. La Sentencia del TSJ del País Vasco, de 8 de febrero de 2011<sup>137</sup>, considera que la actuación de los responsables del centro fue *absolutamente diligente* y en consecuencia no declara su responsabilidad<sup>138</sup>.

De otra parte y en cuanto a la solicitud de condena de los padres de los menores implicados, en primer lugar, se analiza la competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo para su enjuici-

<sup>136</sup> En la SJPI n.º 2 Vitoria 1.2.2005 (AC 2005/152) consta probado que las agresiones físicas y psíquicas de la menor por varios compañeros de clase durante los intervalos de tiempo que mediaban entre clase y clase. Se declara probado que los hechos se produjeron en horas escolares, dentro del centro, siendo los agresores y la agredida alumnos del Colegio. Todo ello determina una actuación negligente en el control de los alumnos, debiendo ser el centro educativo el que acredite que agotó el deber de diligencia que le es exigible. Se condena al centro educativo al pago de una indemnización de 12.000 € por daño moral, con base en la edad de la víctima, los hechos prolongados en el tiempo, la conducta desarrollada por los agresores, y que se ha visto obligada a cambiar de ambiente.

<sup>137</sup> Recurso contencioso-administrativo n.º 557/07. Sentencia núm. 93/11, de 8 de febrero de 2011, de la Sala de Contencioso Administrativo (Sección 3.ª) del TSJ del País Vasco. Ponente el Ilmo. Sr. D. Luis ángel Garrido Bengoetxea.

<sup>138</sup> «A efectos de valorar las conductas susceptibles de determinar responsabilidades por negligencia, es decir, «culpa in vigilando, in eligendo o in organizando», por parte del ÍES Talaia BHI (Equipo Directivo, Profesores de 4.º de la ESO y Profesores de Guardia), hemos de partir, en base a los hechos recogidos anteriormente derivados de decisiones de la jurisdicción penal, de que cuando (...) fue agredido en el interior del Instituto, las mismas tuvieron lugar fundamentalmente en los intervalos de clase, es decir, con ausencia de profesores en el aula, no siendo testigo de ello ningún profesor ni de forma directa ni indirecta, sin que nadie lo revelara (...) Con ello, ha de concluirse que desde el primer suceso (el día 13 de septiembre) hasta que se produce la reacción, lógica, de la Jefa de Estudios, apenas transcurren 4 días y tal actuación comienza desde el mismo momento que se tiene noticias del problema (...) De ahí que la Sala considere totalmente diligente la actuación del centro escolar (FJ 6.º).

ciamiento. Al respecto y en base al artículo 2.e) de la Ley 29/1998<sup>139</sup>, cuyo objeto es evitar el denominado «peregrinaje de jurisdicciones», la Sala declara competente a este órgano jurisdiccional. Por lo que, se pronuncia sobre la posible responsabilidad de los padres y adopta el mismo criterio de imputación: la culpa (*ex arts. 1902 y 1903.2 CC*). En base a estos preceptos declara e imputa a los padres los daños causados a Jokin, pero no todos los daños; como ya vimos, en el proceso penal, los menores implicados fueron absueltos del delito de inducción al suicidio. De ahí que los padres sean condenados civilmente por la gravedad de los hechos y el acoso sufrido por Jokin, pero no por el resultado final de suicidio. La Sala considera prudencial la suma de 10.000 € por cada uno de los menores implicados, en concepto de daño moral. Indemnización que en este triste suceso percibirán los padres de aquél, como sus herederos.

## A.2) Ejercicio de la acción civil en el proceso penal de menores

Cuando no hay reserva de acción civil y se ejercita la acción ante el Juez de Menores, bien por el Ministerio Fiscal o por el propio perjudicado (art. 61.1.º LORPM), la regla básica y el derecho sustantivo aplicable a la responsabilidad civil *ex delicto* es el referido en el artículo 61. 3.º LORPM. De su tenor literal resulta que los obligados por la responsabilidad civil, son: a) En primer lugar el menor (14 a 18 años) condenado como autor por las conductas de acoso conforme a los tipos delictivos vistos. Por lo que es responsable penal y civil también; b) En segundo lugar, la regla establece que responderán *solidariamente* con él, sus «padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden». La propia exposición de motivos de la LORPM no duda en calificar de «revolucionario» el sistema de responsabilidad civil que incluye en su articulado<sup>140</sup>. Aunque García Rubio, no ve ninguna novedad en

<sup>139</sup> El del artículo 2 e) de la Ley 29/98 establece la competencia de este orden jurisdiccional para conocer de: «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación del que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo, aún cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad».

<sup>140</sup> La LORPM introduce el principio en cierto modo «revolucionario» de la responsabilidad solidaria con el menor responsable de los hechos de sus padres, tutores, acogedores o guardadores, si bien permitiendo la moderación judicial de la misma y recordando expresamente la aplicabilidad en su caso de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Exposición de Motivos Apartado II, 8 (LORPM).

esta regla de la solidaridad del menor infractor como responsable directo y los responsables indirectos<sup>141</sup>.

Debe repararse en que, curiosamente, el artículo 61.3.º LORPM no menciona como responsable civil al Centro docente, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 1903.5 CC. Nótese que al mencionar sólo a los «padres, tutores acogedores o guardadores», se ha cuestionado doctrinalmente si los Centros escolares pueden ser demandados (en la pieza separada de responsabilidad civil) en esta sede especial de la jurisdicción de menores. Al respecto, cabe plantearse si esta omisión responde a un olvido del legislador o a una aparente laguna legal. Cuestión que ha sido resuelta por la doctrina en sentido negativo. Moreno Martínez con base a los debates parlamentarios de la LORPM señala que «en modo alguno», pues la intención del legislador fue la de incluirlos, aunque sin mayores precisiones, dentro de la denominación *guardadores de hecho*. Si bien, entendida ésta, no en un sentido técnico, sino vulgar por ser quienes en ese momento ejercen funciones de guarda por delegación de sus padres y tutores<sup>142</sup>. Compartimos plenamente estas consideraciones, que de otra parte, es la opinión mayoritaria en la doctrina<sup>143</sup> y así vino también a corroborarla la Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado<sup>144</sup>.

<sup>141</sup> Como señala la autora «en el ámbito civil, de existir responsabilidad directa del menor en virtud del artículo 1902 CC, no cabe duda que, solidariamente con ella, existirá la responsabilidad civil indirecta de las personas mencionadas en el artículo 1903 CC. Vid. GARCÍA RUBIO, M.ª Paz, en *La responsabilidad civil del menor infractor*, ob. cit., pp. 43 y 44.

<sup>142</sup> Vid. MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, «Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (al amparo de la Ley Penal del Menor y últimas reformas administrativas), en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (Coord. Moreno Martínez). Ed. Dykinson, Madrid, 2000 p. 420, nota a pie n.º 31. Del mismo autor, en igual sentido, *Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección*, ob. cit., p.792.

<sup>143</sup> Entre otros, DÍAZ-ALABART, Silvia, «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad», en *Responsabilidad de la Administración en la Sanidad y en la enseñanza*, de Silvia Díaz Alabart y Clara Asúa González, ed. Montecorvo, Madrid, 2000, op. cit., p. 43. También RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, Carlos, *La responsabilidad civil derivada del bullying y otros delitos de los menores de edad*. Ed. Laberinto. Madrid, 2007, p. 41. Y BERROCAL LANZAROT, Ana. Isabel, «La comunidad educativa ante el acoso escolar o bullying. La responsabilidad civil de los centros docentes», *Diario La Ley*, n.º 7359, Sección Doctrina, 10 de marzo de 2010, Año XXXI, Ref. D-79 (La Ley 354/2010).

<sup>144</sup> Así señala la Instrucción 10/2005 que «La omisión de la LORPM no debe interpretarse en el sentido de que se reserve la acción civil para su ejercicio en exclusiva contra las personas expresamente señaladas en el precepto. Con el fin de evitar el siempre odioso peregrinaje de jurisdicciones y conforme al principio de economía procesal –que exigiría que todos los eventuales responsables pudiesen ser demandados en un mismo proceso– de acuerdo con el principio de protección de la víctima, la interpretación que deberán defender los Sres. Fiscales es la de que *los Centros docentes también pueden ser demandados con tal carácter en la pieza separada de la LORPM*. A estos efectos puede fundamentarse la petición en la figura del guardador del artículo 61.3 de la LORPM, en la que puede incluirse también al centro docente, por ser quien en esos momentos está ejerciendo funciones de guarda (...) También cabrá anclar la reclamación dirigida contra el centro educa-

Paralelamente y para señalar otra diferencia más con respecto a la regulación contenida en el artículo 1903.5 CC, el artículo 61.3 LORPM refiere una responsabilidad solidaria (de los mencionados y de los omitidos) que «*responderán solidariamente con él*». Lo que sin duda tiene reflejo en el establecimiento de un régimen más estricto que el previsto en el CC mediante la responsabilidad cuasi objetiva, solidaria y directa, junto al menor, de sus padres y guardadores. Así lo refiere la Circular 9/2011 de 16 de noviembre de la Fiscalía General del Estado<sup>145</sup>. Lo que significa, que ahora, el Centro docente pasaría del régimen de responsabilidad subsidiaria a una solidaria (Díaz-Alabart)<sup>146</sup>.

Responsabilidad solidaria que, no obstante, *podrá ser moderada por el Juez* según los casos, cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave. Repárese que, por el contrario, el artículo 1903.5 CC señala que dicha responsabilidad «*cesará*» (no se moderará) «*cuando prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*». Para Rodríguez Amunátegui, la moderación a la que alude el precepto no es la mejor de las posibles: desnaturaliza la figura de la responsabilidad objetiva e introduce un elemento de inseguridad jurídica al operador jurídico<sup>147</sup>. Sobre el particular, cabe citar la SAP de Asturias (176/2003) de 19 de junio, que según Carrera Domenech<sup>148</sup> inicia una línea de argumentación más sólida basada en un estudio que parte del carácter autónomo y diferenciado de las reglas de responsabilidad civil de la LO 5/2000 respecto de aquellas otras contenidas en el CC y en el CP. Dice la sentencia que «*Sobre este nuevo modelo se ha sostenido la tesis de que se trata de una responsabilidad por culpa cuasi-objetiva por la implicación que estas personas, según los casos, han de tener en el proceso del desarrollo personal del*

---

tivo en el artículo 1903.5 CC, pues no debe, a este respecto, olvidarse la cláusula general de supletoriedad contenida en el artículo 4.3 del Título Preliminar del Código Civil... Alternativamente podría articularse la reclamación civil en la responsabilidad subsidiaria del centro conforme a lo dispuesto en el artículo 120.3.º CP, teniendo en cuenta la supletoriedad del Código Penal en virtud de la disposición final primera LORPM...».

<sup>145</sup> Circular 9/2011 de 16 de noviembre de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, p. 64.

<sup>146</sup> Vid. DÍAZ-ALABART, Silvia, *La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad*, ob. cit., pp. 43, 44, y 102. La autora nos apunta cómo en los debates parlamentarios una las cuestiones esenciales fue la de determinar si el carácter de la responsabilidad de los mencionados en el artículo 61.3 LORPM debía revestir el carácter de solidaria o subsidiaria, dejando en un claro segundo plano otras cuestiones con importantes repercusiones.

<sup>147</sup> RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, Carlos, *La responsabilidad civil derivada del bullying y otros delitos de los menores de edad*, ob. cit., p. 9.

<sup>148</sup> Vid. CARRERA DOMÉNECH, Jordi, *Estudio de la doctrina de las Audiencias Provinciales relativa al artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000*. Publicación: Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num.14/2004 parte Comentario (BIB 2004/1730).

menor, con lo que todo esto puede ayudar para intentar evitar la dejadez en la educación, como la actitud de protección y de justificación de la conducta del niño. Por el contrario parece, más convincente la tesis de quienes opinen que se trata de una responsabilidad objetiva para quienes responden por hecho ajeno. Ello es así porque se prescinde totalmente de los criterios de imputación subjetivos, los cuales sólo se tienen en cuenta para dejar al arbitrio del juzgador la moderación de la responsabilidad, en el sentido de que podrá graduarse la cuantía de la indemnización, pero no suprimirla, «cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave» (art. 61.3 LORPM).

En este contexto, para que exista relación de causalidad entre la conducta de cualquiera de los sujetos contemplados en el artículo 61.3 LORPM y el daño sufrido por la víctima de acoso, habrá que buscar un criterio de imputación objetiva que permita atribuir el daño a la conducta del responsable solidario. Este criterio no puede ser otro que el ejercicio del deber de guarda que tendrá que ser atendido en el momento de la determinación de los sujetos responsables. El criterio de imputación que utiliza el artículo 61.3 LORPM para estos otros responsables es el de la responsabilidad cuasi-objetiva con la finalidad de dar satisfacción efectiva a las víctimas. Y por lo que ahora nos ocupa, para que las víctimas de los daños derivados del acoso escolar no queden sin resarcimiento.

## B) LA INTERPRETACIÓN DEL INCISO «POR ESTE ORDEN» (EX ART. 61.3 LORPM)

Una última observación, no por ello menos importante, es la relativa a referencia que hace el artículo 61.3 LORPM, cuando señala que los mencionados como posibles responsables (padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho) responderán «*por este orden*». La inclusión de este inciso se presenta confuso y ciertamente desafortunado. La aplicación de esta norma, de desafortunada factura, dice Carrera Domenech<sup>149</sup>, plantea y seguirá planteando en el futuro numerosos problemas. La doctrina aborda

<sup>149</sup> Vid. CARRERA DOMÉNECH, Jordi, «Estudio de la doctrina de las Audiencias Provinciales relativa al artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000». Publicación: Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num.14/2004 parte Comentario (BIB 2004/1730). En parecido sentido señala RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, que la redacción es desafortunada y redacción es manifiestamente incorrecta por dos motivos: en primer lugar, porque empieza estableciendo una regla de responsabilidad solidaria y termina con la coletilla «por este orden». Vid. *La responsabilidad civil derivada del bullying y otros delitos de los menores de edad*, ob. cit., pp. 7 y 8.

la cuestión y los criterios interpretativos que pueden plantearse<sup>150</sup>. La solución no es fácil y de las distintas interpretaciones posibles tenemos fiel reflejo en los casos enjuiciados por acoso escolar.

– Una primera interpretación, conforme a la literalidad del precepto, apunta un *orden excluyente*. Es decir, si existen los padres del menor o menores responsables de las conductas de acoso, no procedería, ni el segundo, ni los sucesivos llamamientos.

Se afirma que esta solución puede llevar a resultados poco satisfactorios, nada equitativos e incluso injustos. En la mayoría de los casos habrá padres, y sobre ellos recaerá dicha responsabilidad «solidaria» junto a sus hijos; aunque los hechos se hayan producido fuera de su ámbito de control. Así ocurre, en los supuestos de *bullying* tradicional, aunque no en el *ciberbullying*. No obstante, en justicia, este criterio sería de aplicación cuando el Centro haya podido cumplidamente acreditar la ausencia de su falta de diligencia.

Este criterio fue acogido por la SAP de Castellón, de 2 febrero de 2010<sup>151</sup>, donde van a resultar responsables solidarios los dos menores implicados y sus respectivos padres. En el caso de autos, consta probado el acoso sufrido por un alumno (2.º de ESO), en sus diversas manifestaciones: agresiones, insultos y amenazas, etc. Acoso crónico, que comportó una humillación en el menor que afectó a su dignidad humana. Los propios menores acusados reconocieron parcialmente los hechos y fueron expedientados por el colegio. El fallo de la Sentencia dictada en el Rollo de Menores condena a los dos menores como responsables de un delito contra la integridad moral del artículo 173 del CP y a uno de ellos también como responsable de una falta de lesiones hoy suprimidas y consideradas delito leve las lesiones de menor entidad (art. 147.2 CP). En concepto de responsabilidad civil, declara la responsabilidad solidaria de uno de los menores implicados, que indemnizarán a la víctima en la suma 1.100 € por los días de sanidad y secuelas derivadas de la falta de lesiones; declarando también la responsabilidad solidaria de los dos menores y sus padres (responsables legales) que indemnizarán al menor 1.200 € como daño moral derivado del delito contra la integridad moral. La Audiencia confirma la sen-

<sup>150</sup> Vid. entre otros, CARRERA DOMÉNECH, Jordi, *¿Por este orden? Comentario a la SAP de Cantabria, sec. 4.ª, 23 de diciembre de 2003, ob. cit.*, pp. 4 y ss.. MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, *Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección, ob. cit.*, pp. 794 y ss. BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, *La comunidad educativa ante el acoso escolar o bullying. La responsabilidad civil de los centros docentes, ob. cit.*, (La Ley 354/2010).

<sup>151</sup> Vid. SAP de Castellón de 2 febrero de 2010 Sentencia núm. 32/2010 de 2 de febrero (ARP 2010/643). Ponente: Sr. D. Esteban Solaz Solaz.

tencia y por tanto declara la responsabilidad solidaria de los dos menores con sus padres.

– Una segunda interpretación, sería la que pasa por no admitir el orden excluyente anteriormente referido. Sería la llamada tesis de la *responsabilidad acumulativa*, que presentaría a su vez dos posibilidades: la acumulativa solidaria y la acumulativa en cascada:

a) La tesis *acumulativa solidaria*, supone entender que pueden responder *solidariamente* los sujetos de más de una categoría a la vez (padres y Centro Docente), cuando sus labores de guarda y vigilancia están entremezcladas o concurran más de una función de guarda.

Tesis que acoge la SAP de Cantabria de 23 de diciembre de 2003. Esta sentencia dictada en el marco de la jurisdicción penal de menores, declara la responsabilidad solidaria junto al menor, de sus padres y del centro docente. Estimando que todos aquellos que tenían de hecho o de derecho una función de guarda (padres y centro docente) responden solidariamente. Consta acreditada la existencia de una falta de maltrato de obra del artículo 617.2 CP, hoy calificadas como delito leve (art. 147.3 CP) y un delito de amenazas del artículo 169 CP imputables al menor. Por todo ello, la Sala considera que, «teniendo en cuenta el criterio ecléctico de imputación objetiva por el que se ha optado (deber de educación, formación y corrección, así como el de guarda y vigilancia), van a resultar responsables solidarios con el menor, tanto sus padres como el colegio Altamira. La Sala incide en que el centro tenía atribuidas las facultades de guarda y vigilancia durante la jornada escolar, además de ejercer la función formativa; función ésta compartida con los padres.

La solución dada por la sentencia parece convencer a la doctrina. Carrera Domenech señala que ante la concurrencia de más de una función de guarda, no determina una responsabilidad en cascada, sino las más de las veces, una responsabilidad acumulada, como la que se aprecia en esta sentencia<sup>152</sup>. Moreno Martínez, refiriéndose expresamente al acoso escolar, donde el hecho delictivo se produce durante la permanencia en el centro escolar, los llamamientos en cuanto a los sujetos responsables deben ser efectuados, tanto en relación al centro docente (por sus labores de vigilancia y control

–al amparo del guardador de hecho–); como con quien o quienes, desempeñan, con carácter general, las funciones de guarda

<sup>152</sup> Vid. entre otros, CARRERA DOMÉNECH, Jordi, *¿Por este orden? Comentario a la SAP de Cantabria, sec. 4.ª, 23 de diciembre de 2003, ob. cit., p. 9.*

(padres, tutores, etc.)<sup>153</sup>. En este caso no estaríamos ante una responsabilidad acumulativa en cascada, sino ante una responsabilidad acumulada solidaria. La Sala condena solidariamente al menor, a sus padres y al colegio Altamira, a abonar al menor víctima la cantidad de 174 € (frente a los 750 € reclamados) en concepto de indemnización del daño moral; atendidas, la gravedad de la infracción, las circunstancias de hecho y del propio menor, víctima de acoso en el colegio anterior.

Tesis que acoge la más reciente SAP de la Rioja de 8 de enero de 2015<sup>154</sup> que confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Menores de Logroño, de 29 de enero de 2014. La Sala parte de la posibilidad de concurrencia de distintos responsables, siempre que participen en el proceso de gestión educativa del menor y ejerzan sobre el mismo un control aunque sea potencial o cuasi-potencial, de su comportamiento. En el caso de autos, el menor acosado fue objeto de hostigamiento en el IES «Batalla de Clavijo» durante todo el curso 2012 y 2013. Que los ataques los protagonizaba un menor (mayor de 14 años), en unión a otros seis menores no expedientados por tener en la fecha de los hechos menos de 14 años.<sup>155</sup> La Audiencia declara la responsabilidad civil solidaria del menor, junto a la de sus padres y de la Comunidad Autónoma como titular del Centro escolar y el IES Batalla de Clavijo; entendiendo que lo propio es compartir responsabilidades. De ahí que señale cómo el orden previsto legalmente en el artículo 61.3 «no supone un orden de exclusión automática y sucesiva, de modo que existiendo padre se excluya al tutor, al acogedor o guardador, pues ello sólo sería así, si la existencia del mismo va acompañada del ejercicio de la totalidad o haz de facultades conjuntas que integran la patria potestad. Por el contrario, sí parte de las facultades se delegan manteniendo una facultad de superior vigilancia y cuidado, lo propio es compartir responsabilidades, debiendo en todo caso responder de

---

<sup>153</sup> Vid. MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, «Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección», en *La Responsabilidad civil y su problemática actual*, ob. cit., pp. 795.

<sup>154</sup> Vid. SAP de La Rioja (Sección 1ª) núm. 2/2015, de 8 de enero (ARP/2015/112. Ponente SR. D. Fernando Solsona Abad

<sup>155</sup> En el FJ 2º de la sentencia consta probado que, antes de que se produjera la lesión del día 3 mayo y que dio origen a la denuncia penal, le llamaban «gordo, gilipollas, cabrón, que le daba golpes en la cabeza, bofetadas y puñetazos; que un menor de 14 años le bajó los pantalones delante de sus compañeros, que le decía a (...) que parase pero que este seguía con su conducta, que le tenía miedo y se encontraba muy mal, con problemas para dormir, comer, estudiar y llevar una vida normal» (...) Existe objetivación médica de que el menor padece un cuadro de trastorno ansioso-depresivo (informes de la doctora D.ª Valentina e informe de la psicólogo del Instituto de Medicina legal de La Rioja). En todos estos informes se expresa como factor concurrente que el menor refiere una situación de acoso escolar. Si bien en este caso, ambas hacen referencia a la «posible influencia en ese estado de la conflictividad parental que el menor vive en su casa.»

forma solidaria y sin perjuicio de las acciones civiles que puedan corresponder entre sí a los corresponsables solidarios» (FJ 4º). Concurrencia de distintos responsables, que la Sala justifica atendiendo a la finalidad de la norma (art. 61.3 LORPM) que «busca una mayor implicación de los padres y demás responsables en el proceso de socialización de los menores» responsabilizándoles de las consecuencias civiles que éstos comentan al trasgredir los deberes que tienen sobre ellos.

b) La tesis *acumulativa en cascada*, lleva a entender que la exigibilidad de la obligación, en caso de insolvencia o impago del primer grupo (padres), determinaría su exigibilidad, de forma *subsidiaria*, al siguiente en el orden de llamamientos establecido.

Tesis que acoge, según nuestro parecer, la SAP de las Palmas, de 15 de noviembre de 2013<sup>156</sup>, donde se declara la responsabilidad solidaria de una de las menores implicadas y sus respectivos padres. La indemnización por el daño moral sufrido por el menor se cifra en la cantidad de 6.000 €. Pero en este caso, del pago de la referida suma responderá de manera *subsidiaria* el centro, colegio San Martín de Porres. En consecuencia, la Sala señala como responsable solidario junto al menor, al primer grupo (padres), pero de forma subsidiaria, la exigibilidad de la obligación correspondería al Centro docente (entendemos en caso de insolvencia o impago de los padres).

Recordemos que en el caso de autos, consta probado el acoso tradicional que sufrió el menor (en todas sus manifestaciones), y también el más moderno *ciberacoso o cyberbuying*, ya que el hostigamiento se magnificó al colgar una de las menores, una fotografía de la víctima en el portal de Tuenti de Internet. Por estos hechos el Juzgado de Menores n.º 1 de Las Palmas, en el Expediente del Reforma de 27 de diciembre de 2012, estableció condenas para varios de los menores implicados<sup>157</sup>. Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por las defensas de los menores (...) que fue estimado<sup>158</sup>; pero la Audiencia desestima el recurso interpuesto por la representación procesal de la menor que colgó la fotografía.

<sup>156</sup> Vid. SAP de Las Palmas (Sección 1.ª) Sentencia núm. 209/2013 de 15 de noviembre (JUR/2014/3749) Ponente: Ilma. Sra. Inocencia Eugenia Cabello Díaz.

<sup>157</sup> «... condena a los menores Eleuterio, Vicenta, Flora, Rebeca, María Teresa, Obdulio, Carmela y Nazario, como responsables en concepto de coautores de un delito contra la integridad moral. Asimismo condena a los menores y sus respectivos padres a pagar solidariamente al menor José Daniel la cantidad de 6.000 euros en concepto de indemnización del daño moral sufrido. Del pago de la referida suma *responderá de manera subsidiaria* el Centro Colegio San Martín de Porres ...

<sup>158</sup> La Sala estima el recurso de apelación interpuesto por las representaciones procesales de los menores Rebeca, María Teresa, Carmela y Eleuterio, revocando parcialmente dicha resolución y absolviendo a Rebeca, María Teresa, Carmela y Eleuterio del delito

Por lo que se confirma en todos sus extremos la condena solidaria de esta menor y sus padres; y de forma subsidiaria el colegio.

Puede colegirse que el inciso «por este orden» debe interpretarse, no conforme al tenor literal del precepto, sino como una simple enumeración de los posibles responsables. Pero nuevamente el acoso escolar presenta matices. Y es que, dependerá en cada momento, de quien tenga al menor bajo su guarda y control cuando se producen las conductas de acoso. Generalmente, será el Centro docente; pero no podemos obviar que en estos casos, los padres de los menores implicados suelen ser advertidos por el Colegio de las conductas de acoso incipientes llevadas a cabo por sus hijos. Por lo que entrarían en juego deberes concurrentes o entremezclados en sus respectivas esferas de atribución, que corresponden a ambos a la vez (padres y colegio). Deberes de educación, formación y corrección, junto a los de vigilancia y control, que han de ser extremos ante el menor signo de debilidad que haga sospechar indicio de acoso en un menor, tanto en su vertiente tradicional o *bullyng* y en el más moderno *ciberbullyg*. Por lo que la mejor opción, según nuestro parecer y de darse estas circunstancias, sería la condena solidaria del menor infractor, sus padres y el Centro docente.

## **REFLEXIONES FINALES**

Como ha quedado expuesto, la judicialización del acoso escolar es una realidad y ello revela una mayor concienciación de la problemática que analizamos y una mayor concienciación de que hay que prevenir y en su caso, denunciar los hechos en cuestión. Las distintas sentencias consultadas ponen de manifiesto cómo las implicaciones de este fenómeno adquieren una dimensión significativa que escapa del propio centro y salta a los Tribunales. Padres del menor o menores agresores y Directores de los colegios (públicos, privados y concertados), incluso la propia Administración educativa hacen frente a la responsabilidad civil por los daños causados a los menores víctimas de acoso. Siendo independiente que el daño provenga de un ilícito penal o de un ilícito civil. El concepto jurídico de daño civil resarcible por acoso o ciberacoso es unitario y no hay un daño civil *ex delicto* y un daño civil no *ex delicto*.

No obstante, hemos comprobado la complejidad que supone el mantenimiento en nuestro ordenamiento jurídico de esa pluralidad de regímenes jurídicos injustificables que disciplinan una misma

---

contra la integridad moral, con la consiguiente absolución del pago de las responsabilidades civiles de los menores absueltos y de sus padres.

realidad jurídica en materia de daños, en función de si el daño anti-jurídico producido por acoso escolar deriva de un ilícito penal o ilícito civil; y en función de si la legislación a aplicar es la civil ex artículos 1902 y 1903 CC (menores de 14 años) o la prevista en el artículo 61.3 LORPM (menores de 14 a 18 años). Este precepto ha venido a establecer una responsabilidad civil *ex delicto*, directa, solidaria y objetiva (aunque no siempre al margen de toda culpa). Pero eso sí, distinta a la regulada en el Código Penal y Civil, que no exige —según su dicción literal culpa o negligencia (presunta) como en artículo 1903.2 y 3 CC—. Tampoco contempla el artículo 61.3 LORPM, la posibilidad de exoneración de la responsabilidad probando la diligencia; sólo prevé su moderación (facultad discrecional del juez) pero eso sí, de nuevo mirando a la culpa. Nuestro trabajo revela, aportando la casuística judicial, la difícil concreción del derecho sustantivo aplicable, no siempre uniforme, así como los distintos órdenes jurisdiccionales competentes (civil, contencioso y jurisdicción de menores) para conocer de la responsabilidad civil derivada del bullying y cyberbullying.

## Conferencia de clausura del Proyecto Europeo TENLAW

(Towards a European Role in Housing Policy  
and Tenancy Law)

**HÉCTOR SIMÓN MORENO**

Investigador Postdoctoral de Derecho civil  
Universidad Rovira i Virgili

Esta conferencia ha dado por finalizado el proyecto de investigación TENLAW (*Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe*, <http://www.tenlaw.uni-bremen.de/>), financiado por el 7.º programa marco de la Unión Europea y liderado por el Prof. Dr. Christoph Schmid, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Bremen. Un total de diez universidades europeas han participado en este proyecto, incluida la Cátedra de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili en representación de España (<http://housing.urv.cat/>), y durante su vigencia (tres años y medio) se ha analizado el sistema de arrendamientos urbanos de más de 30 países (incluyendo a Suiza, Serbia, Turquía y Japón).

Este proyecto ha logrado con éxito su objetivo principal: realizar por primera vez una comparativa del arrendamiento a nivel europeo. La premisa de la que partía era que la legislación arrendaticia afecta decisivamente a la vida cotidiana de los ciudadanos europeos: cerca de un tercio de ellos dependen de la vivienda de alquiler, con lo que el alquiler residencial juega un papel crucial en la provisión de vivienda asequible para el buen funcionamiento de los mercados laborales nacionales y los estados del bienestar. Al mismo tiempo, numerosos hogares europeos se enfrentan a graves problemas para acceder a una vivienda en propiedad, entre ellos España; un problema que se acrecienta con la existencia de

unos mercados de vivienda desequilibrados: la vivienda social se ha reducido significativamente en algunos países y el arrendamiento no puede cumplir correctamente su papel como una alternativa fiable sin el entorno jurídico adecuado. La regulación apropiada del arrendamiento no sólo afecta a la vida cotidiana de los ciudadanos europeos, sino también a la movilidad interna en la Unión Europea.

A pesar de su papel crucial en Europa, el arrendamiento ha sido un espacio casi vacío en el derecho comparado y europeo debido a su carácter nacional, su naturaleza política y su arraigo en unas políticas nacionales de vivienda muy divergentes, que reflejan en última instancia diferentes modelos del estado del bienestar. Al mismo tiempo, las diferentes normas de la Unión Europea afectan a la legislación arrendaticia de manera significativa, aunque sea indirectamente.

En este contexto, el proyecto TENLAW ha llevado a cabo el primer análisis comparado de la legislación arrendaticia en Europa. En la primera fase del proyecto los equipos de investigación mixtos (que incluían tanto juristas como economistas y sociólogos) analizaron en profundidad (sobre la base de un exhaustivo cuestionario) las legislaciones arrendaticias nacionales y su arraigo y efectos sobre las políticas y los mercados nacionales de vivienda. En una segunda etapa se analizó el efecto de la legislación de la Unión Europea sobre la política nacional de vivienda en general y sobre la legislación arrendaticia nacional en particular, todo ello desde una perspectiva comparada. Y en la fase final del proyecto se ha diseñado una propuesta para una coordinación más eficaz de la legislación arrendaticia con las políticas de vivienda en la Unión Europea. Además, cabe destacar como *output* del proyecto la elaboración de una guía (*bochure*) de los derechos de los arrendatarios en cada uno de los países analizados para favorecer la movilidad de los ciudadanos europeos.

Dado que esta conferencia ha supuesto la culminación de la fase final del proyecto, en ella se presentó una propuesta en relación a los criterios que deben presidir unos Principios de Derecho Europeo de Arrendamientos (*soft law*), que podrían inspirar a su vez la elaboración de unos modelos de contratos que podrían implementarse a nivel nacional. La premisa es que unos principios europeos en este ámbito podrían ser más eficientes que el modelo actual, caracterizado por una legislación fragmentada y divergente. Otros temas de interés tratados en la conferencia son la vivienda inadecuada, el mercado negro y la evasión fiscal en los países del sur de Europa, en qué medida el arrendamiento puede ser una alter-

nativa real a la vivienda en propiedad en estos países, la utilidad de la *Assured Shorthold Tenancy* inglesa en un contexto europeo, la exigibilidad del derecho a la vivienda, la búsqueda de buenas prácticas en materia arrendaticia en los países nórdicos o la situación de la legislación arrendaticia en los países de Europa del Este después de la transición comunista.

La conferencia congregó a más de 50 asistentes de diferentes disciplinas, entre los que cabe destacar el Sr. László Andor, ex Comisario Europeo de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión y actual Mercator Senior Fellow en la Hertie School of Governance, así como representantes de diversas instituciones europeas relacionadas con la vivienda, como Housing Europe, FEANTSA y la UIPI (*International Union of Property Owners*).



# CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

**MARTA OTERO CRESPO**

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil  
Departamento de Dereito Común  
Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. *Legislación*. A) Normativa Vigente: Banca y Mercados. Derecho de Consumo. Derecho de Familia. Derecho de Sociedades. Espacio Judicial Europeo. Insolvencia. Responsabilidad Civil y Seguros. B) Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos: Banca y Mercados. Derecho de Consumo. Espacio Judicial Europeo. Insolvencia. Propiedad Intelectual.–II. *Procedimientos Jurisdiccionales*. Arbitraje. Derecho de Consumo. Derecho de la Competencia. Espacio Judicial Europeo. Insolvencia. Marcas, Dibujos y Modelos. Propiedad Intelectual. Responsabilidad Civil y Seguros.

## I. LEGISLACIÓN

### A) NORMATIVA VIGENTE

#### BANCA Y MERCADOS

- 1. Corrección de errores de la corrección de errores de la Directiva 2014/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifican las Directivas 2003/71/CE y 2009/138/CE y los Reglamentos (CE) núm. 1060/2009 (UE) núm. 1094/2010 y (UE) núm. 1095/2010 en lo que respecta a los poderes de la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación) y de la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados) (DO L 196 de 3 de julio de 2014), DOUE, L, núm. 77, de 21 de marzo de 2015.**
- 2. Reglamento de Ejecución (UE) 2015/498 de la Comisión, de 24 de marzo de 2015, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta al procedimiento de aprobación por las autoridades de supervisión del uso de parámetros específicos de la empresa, conforme a la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE, L, núm. 79, de 25 de marzo de 2015.**

3. **Reglamento de Ejecución (UE) 2015/500 de la Comisión, de 24 de marzo de 2015, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los procedimientos de aprobación por las autoridades de supervisión de la aplicación de un ajuste por casamiento, de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE, L, núm. 79, de 25 de marzo de 2015.**
4. **Reglamento Delegado (UE) 2015/514 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2014, sobre la información que deben proporcionar las autoridades competentes a la Autoridad Europea de Valores y Mercados de conformidad con el artículo 67, apartado 3, de la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE, L, núm. 79, de 25 de marzo de 2015.**
5. **Reglamento (UE) 2015/534 del Banco Central Europeo, de 17 de marzo de 2015, sobre la presentación de información financiera con fines de supervisión (BCE/2015/13), DOUE, L, núm. 86, de 31 de marzo de 2015.**
6. **Decisión (UE) 2015/509 del Banco Central Europeo, de 18 de febrero de 2015, por la que se deroga la Decisión BCE/2013/6 sobre las normas relativas a la utilización como activos de garantía en las operaciones de política monetaria del Eurosistema de bonos bancarios simples con la garantía del Estado para uso propio, la Decisión BCE/2013/35 sobre medidas adicionales relativas a las operaciones de financiación del Eurosistema y la admisibilidad de los activos de garantía y los artículos 1, 3 y 4 de la Decisión BCE/2014/23 sobre la remuneración de depósitos, saldos y tenencias de exceso de reservas (BCE/2015/9), DOUE, L, núm. 91, de 2 de abril de 2015.**
7. **Orientación (UE) 2015/510 del Banco Central Europeo, de 19 de diciembre de 2014, sobre la aplicación del marco de la política monetaria del Eurosistema (BCE/2014/60), DOUE, L, núm. 91, de 2 de abril de 2015.**
8. **Orientación (UE) 2015/571 del Banco Central Europeo, de 6 de noviembre de 2014, por la que se modifica la Orientación BCE/2014/15 sobre estadísticas monetarias y financieras (BCE/2014/43), DOUE, L, núm. 93, de 9 de abril de 2015.**
9. **Decisión (UE) 2015/716 del Banco Central Europeo, de 12 de febrero de 2015, por la que se modifica la Decisión BCE/2004/2 por la que se adopta el Reglamento interno del Banco Central Europeo (BCE/2015/8), DOUE, L, núm. 114, de 5 de mayo de 2015.**
10. **Corrección de errores del Reglamento de Ejecución (UE) núm. 908/2014 de la Comisión, de 6 de agosto de 2014, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) núm. 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con los organismos pagadores y otros organismos, la gestión financiera, la liquidación de cuentas, las normas relativas a los**

controles, las garantías y la transparencia (DO L 255 de 28.8.2014), *DOUE*, L, núm. 114, de 5 de mayo de 2015.

11. Reglamento (UE) 2015/730 del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2015, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1011/2012 relativo a las estadísticas sobre carteras de valores (BCE/2012/24) (BCE/2015/18), *DOUE*, L, núm. 116, de 7 de mayo de 2015.
12. Reglamento (UE) 2015/760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, sobre los fondos de inversión a largo plazo europeos, *DOUE*, L, núm. 123, de 19 de mayo de 2015.
13. Reglamento Delegado (UE) 2015/850 de la Comisión, de 30 de enero de 2015, que modifica el Reglamento Delegado (UE) núm. 241/2014, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación aplicables a los requisitos de fondos propios de las entidades, *DOUE*, L, núm. 135, de 2 de junio de 2015.
14. Orientación (UE) 2015/855 del Banco Central Europeo, de 12 de marzo de 2015, por la que se establecen los principios de un Régimen Deontológico del Eurosistema y por la que se deroga la Orientación BCE/2002/6 sobre las normas mínimas que deben observar el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales al realizar operaciones de política monetaria y operaciones de cambio de divisas con las reservas exteriores del BCE y al gestionar los activos exteriores de reserva del BCE (BCE/2015/11), *DOUE*, L, núm. 135, de 2 de junio de 2015.
15. Orientación (UE) 2015/856 del Banco Central Europeo, de 12 de marzo de 2015, por la que se establecen los principios de un Régimen Deontológico para el Mecanismo Único de Supervisión (BCE/2015/12), *DOUE*, L, núm. 135, de 2 de junio de 2015.
16. Reglamento (UE) 2015/847 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1781/2006, *DOUE*, L, núm. 141, de 5 de junio de 2015.
17. Reglamento Delegado (UE) 2015/923 de la Comisión, de 11 de marzo de 2015, que modifica el Reglamento Delegado (UE) núm. 241/2014, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación aplicables a los requisitos de fondos propios de las entidades, *DOUE*, L, núm. 150, de 17 de junio de 2015.
18. Orientación (UE) 2015/948 del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2015, por la que se modifica la Orientación BCE/2013/7 relativa a las estadísticas sobre carteras de valores (BCE/2015/19), *DOUE*, L, núm. 154, de 19 de junio de 2015.

19. **Orientación (UE) 2015/930 del Banco Central Europeo, de 2 de abril de 2015, por la que se modifica la Orientación BCE/2012/27 sobre el sistema automatizado transeuropeo de transferencia urgente para la liquidación bruta en tiempo real (TARGET2) (BCE/2015/15), DOUE, L, núm. 155, de 19 de junio de 2015.**
20. **Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1278 de la Comisión, de 9 de julio de 2015, que modifica el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 680/2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la comunicación de información con fines de supervisión por parte de las entidades, en lo que respecta a las instrucciones, plantillas y definiciones, DOUE, L, núm. 205, de 31 de julio de 2015.**

#### DERECHO DE CONSUMO

21. **Corrección de errores de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (DO L 95 de 21.4.1993), DOUE, L, núm. 137, de 4 de junio de 2015.**
22. **Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1051 de la Comisión, de 1 de julio de 2015, sobre las modalidades para el ejercicio de las funciones de la plataforma de resolución de litigios en línea, sobre las modalidades del impreso electrónico de reclamación y sobre las modalidades de cooperación entre los puntos de contacto previstos en el Reglamento (UE) núm. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, DOUE, L, núm. 171, de 2 de julio de 2015.**

#### DERECHO DE FAMILIA

23. **Decisión (UE) 2015/1023 del Consejo, de 15 de junio de 2015, por la que se autoriza a determinados Estados miembros a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de Andorra al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, DOUE, L, núm. 163, de 30 de junio de 2015.**
24. **Decisión (UE) 2015/1024 del Consejo, de 15 de junio de 2015, por la que se autoriza a determinados Estados miembros, a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de Singapur al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, DOUE, L, núm. 163, de 30 de junio de 2015.**

#### DERECHO DE SOCIEDADES

25. **Reglamento de Ejecución (UE) 2015/884 de la Comisión, de 8 de junio de 2015, por el que se establecen especificaciones y procedi-**

mientos técnicos necesarios para el sistema de interconexión de registros establecido por la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *DOUE*, L, núm. 144, de 10 de junio de 2015.

#### ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

26. 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. 182, de 10 de julio de 2015.

#### INSOLVENCIA

27. Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, *DOUE*, L, núm. 141, de 5 de junio de 2015.
28. Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 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 (DO L 199 de 31 de julio de 2007), *DOUE*, L, núm. 141, de 5 de junio de 2015.

#### RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

29. 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. 84, de 28 de marzo de 2015.
30. Corrección de errores del Reglamento Delegado (UE) 2015/35 de la Comisión, de 10 de octubre de 2014, por el que se completa la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) (DO L 12 de 17 de enero de 2015), *DOUE*, L, núm. 116, de 7 de mayo de 2015.

#### B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

##### BANCA Y MERCADOS

31. Código de conducta de los miembros del Consejo de Supervisión del Banco Central Europeo, *DOUE*, C, núm. 93, de 20 de marzo de 2015.
32. Dictamen del Banco Central Europeo, de 19 de noviembre de 2014, acerca de una propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre medidas estructurales para aumentar la resilien-

cia de las entidades de crédito de la UE (CON/2014/83), *DOUE*, C, núm. 137, de 25 de abril de 2015.

33. Dictamen del Banco Central Europeo, de 4 de febrero de 2015, sobre la revisión de la misión y organización de la Junta Europea de Riesgo Sistémico (CON/2015/4), *DOUE*, C, núm. 192, de 10 de junio de 2015.

#### DERECHO DE CONSUMO

34. Comunicación de la Comisión conforme al artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, que codifica la Directiva 98/27/CE, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva, *DOUE*, C, núm. 105, de 27 de marzo de 2015.

#### ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

35. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella (versión refundida)» [COM(2015) 48 final – 2015/0027 (COD)], *DOUE*, C, núm. 268, de 14 de agosto de 2015.

#### INSOLVENCIA

36. Posición (UE) núm. 7/2015 del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos de insolvencia (refundición). Adoptada por el Consejo el 12 de marzo de 2015. *DOUE*, C, núm. 141, de 28 de abril de 2015.
37. Exposición de motivos del Consejo: Posición (UE) núm. 7/2015 en primera lectura con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos de insolvencia (refundición), *DOUE*, C, núm. 141, de 28 de abril de 2015.

#### PROPIEDAD INTELECTUAL

38. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Estrategia para mejorar la protección y la garantía de respeto de los derechos de propiedad intelectual en los terceros países (Comunicación) [COM(2014) 389 final], *DOUE*, C, núm. 230, de 14 de julio de 2015.

## II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

### ARBITRAJE

39. **Asunto C-536/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2015** (petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas – Lituania) – «Gazprom» OAO [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Ámbito de aplicación – Arbitraje – Exclusión – Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros – Orden conminatoria dictada por un tribunal arbitral sito en un Estado miembro – Orden conminatoria dirigida a impedir la incoación o la continuación de un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro – Facultad de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de denegar el reconocimiento del laudo arbitral – Convenio de Nueva York], *DOUE*, C, núm. 236, de 20 de julio de 2015.

### DERECHO DE CONSUMO

40. **Asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de enero de 2015** [peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Marchena (Sevilla)] – Unicaja Banco, S. A./José Hidalgo Rueda y otros (C-482/13), Caixabank, S. A./Manuel María Rueda Ledesma (C-484/13), Rosario Mesa Mesa (C-484/13), José Labella Crespo (C-485/13), Rosario Márquez Rodríguez (C-485/13), Rafael Gallardo Salvat (C-485/13), Manuela Márquez Rodríguez (C-485/13), Alberto Galán Luna (C-487/13), Domingo Galán Luna (C-487/13) (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Contratos celebrados entre profesionales y consumidores – Contratos de crédito hipotecario – Cláusulas de intereses de demora – Cláusulas abusivas – Procedimiento de ejecución hipotecaria – Reducción del importe de los intereses – Competencias del órgano jurisdiccional nacional), *DOUE*, C, núm. 107, de 30 de marzo de 2015.
41. **Asunto C-567/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de febrero de 2015** (petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék – Hungría) – Nóra Baczó, János István Viznyiczai/Raiffeisen Bank Zrt (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículo 7 – Contrato de crédito inmobiliario – Cláusula compromisoria – Carácter abusivo – Acción judicial del consumidor – Norma procesal nacional – Incompetencia del tribunal que conoce de la acción declarativa de invalidez de un contrato de adhesión para pronunciarse sobre la pretensión de que se declare el carácter abusivo de cláusulas contractuales contenidas en dicho contrato), *DOUE*, C, núm. 118, de 13 de abril de 2015.

42. **Asunto C-143/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 26 de febrero de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Specializat Cluj – Rumanía) – Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei/SC Volksbank România SA («Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos concluidos entre un profesional y un consumidor – Artículo 4, apartado 2 – Apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales – Exclusión de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato o a la adecuación del precio o de la retribución a condición de que estén redactadas de manera clara y comprensible – Cláusulas que conllevan una «comisión de riesgo» percibida por el prestamista y que autorizan a éste, bajo determinadas condiciones, a modificar unilateralmente el tipo de interés»), *DOUE*, C, núm. 138, de 27 de abril de 2015.**
43. **Asunto C-96/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 23 de abril de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de grande instance de Nîmes – Francia) – Jean-Claude Van Hove/CNP Assurances SA (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas – Contrato de seguro – Artículo 4, apartado 2 – Apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales – Exclusión de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato – Cláusula que tiene por objeto garantizar que el asegurador se haga cargo del pago de las mensualidades correspondientes a un contrato de préstamo para la adquisición de un bien inmueble – Incapacidad total para trabajar del prestatario – Exclusión del beneficio de dicha garantía en caso de que se reconozca la aptitud del prestatario para ejercer una actividad, remunerada o no), *DOUE*, C, núm. 205, de 22 de junio de 2015.**
44. **Asunto C-154/15: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada (España) el 1 de abril de 2015 – Francisco Gutiérrez Naranjo/BBK Bank Cajasur, S. A. U., *DOUE*, C, núm. 228, de 13 de julio de 2015.**
45. **Asunto C-497/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 4 de junio de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden – Países Bajos) – F. Faber/Autobedrijf Hazet Ochten BV (Procedimiento prejudicial – Directiva 1999/44/CE – Venta y garantía de los bienes de consumo – Estatuto del comprador – Condición de consumidor – Falta de conformidad del bien entregado – Obligación de informar al vendedor – Falta de conformidad aparecida en un plazo de seis meses a partir de la entrega del bien – Carga de la prueba), *DOUE*, C, núm. 236, de 20 de julio de 2015.**
46. **Asunto T-296/12: Sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2015 – The Health Food Manufacturers’ Association y otros/ Comisión [«Protección de los consumidores – Reglamento (UE) núm. 432/2012 – Declaraciones de propiedades saludables de los alimentos – Recurso de anulación – Acto reglamentario que no incluye medidas de ejecución – Afectación directa – Admisibili-**

dad – Infracción de los artículos 13 y 28 del Reglamento (CE) núm. 1924/2006 – Principio de buena administración – No discriminación – Criterios de evaluación erróneos – Reglamento núm. 1924/2006 – Excepción de ilegalidad – Derecho a ser oído – Seguridad jurídica – Período transitorio irrazonable – Lista de declaraciones en suspenso», *DOUE*, C, núm. 245, de 27 de julio de 2015.

47. Asunto T-334/12: Sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2015 – Plantavis y NEM/Comisión y EFSA [Protección de los consumidores – Declaraciones de propiedades saludables de los alimentos – Reglamento (UE) núm. 432/2012 – Recurso de anulación – Acto reglamentario que no incluye medidas de ejecución – Afectación directa – Admisibilidad – Reglamento (CE) núm. 1924/2006 – Excepción de ilegalidad – Registro de las declaraciones de propiedades saludables], *DOUE*, C, núm. 245, de 27 de julio de 2015.
48. Asunto C-348/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 9 de julio de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por la Judecătoria Câmpulung – Rumanía) – Maria Bucura/SC Bancpost SA [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 87/102/CEE – Artículo 1, apartado 2, letra a) – Crédito al consumo – Concepto de «consumidor» – Directiva 93/13/CEE – Artículos 2, letra b), 3 a 5 y 6, apartado 1 – Cláusulas abusivas – Examen de oficio por el juez nacional – Cláusulas «redactadas de forma clara y comprensible» – Información que debe ser suministrada por el acreedor], *DOUE*, C, núm. 294, de 7 de septiembre de 2015.
49. Asunto C-381/15: Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Zamora (España) el 17 de julio de 2015 – Javier Ángel Rodríguez Sánchez/Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria SAU (Banco CEISS), *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.

#### DERECHO DE LA COMPETENCIA

50. Asunto T-341/12: Sentencia del Tribunal General de 28 de enero de 2015 – Evonik Degussa/Comisión («Competencia – Procedimiento administrativo – Mercado europeo del peróxido de hidrógeno y del perborato – Publicación de una decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Denegación de una solicitud que tiene por objeto obtener el tratamiento confidencial de la información proporcionada a la Comisión en virtud de su Comunicación sobre la cooperación – Obligación de motivación – Confidencialidad – Secreto profesional – Confianza legítima»), *DOUE*, C, núm. 89, de 16 de marzo de 2015.
51. Asunto T-345/12: Sentencia del Tribunal General de 28 de enero de 2015 – Akzo Nobel y otros/Comisión («Competencia – Procedimiento administrativo – Mercado europeo del peróxido de hidró-

- geno y del perborato – Publicación de una decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Denegación de una solicitud que tiene por objeto obtener el tratamiento confidencial de la información proporcionada a la Comisión en virtud de su Comunicación sobre la cooperación – Obligación de motivación – Confidencialidad – Secreto profesional – Confianza legítima», *DOUE*, C, núm. 89, de 16 de marzo de 2015.
52. Asuntos acumulados C-93/13 P y C-123/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 5 de marzo de 2015 – Comisión Europea/Versalis SpA, anteriormente Polimeri Europa SpA, Eni SpA y Versalis SpA, anteriormente Polimeri Europa, Eni SpA/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del caucho de cloropreno – Sucesión de entidades de producción – Imputabilidad del comportamiento infractor – Multas – Reincidencia – Competencia jurisdiccional plena), *DOUE*, C, núm. 138, de 27 de abril de 2015.
53. Asunto C-286/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 19 de marzo de 2015 – Dole Food Company, Inc., Dole Fresh Fruit Europe, anteriormente Dole Germany OHG/Comisión (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de los plátanos – Coordinación en la fijación de los precios de referencia – Obligación de motivación – Motivación tardía – Presentación tardía de pruebas – Derecho de defensa – Principio de igualdad de armas – Principios que rigen la determinación de los hechos – Desnaturalización de los hechos – Apreciación de las pruebas – Estructura del mercado – Obligación de la Comisión de precisar los elementos de los intercambios de información que constituyen una restricción de la competencia por el objeto – Carga de la prueba – Cálculo de la multa – Toma en consideración de las ventas de filiales no implicadas en la infracción – Doble cómputo de las ventas de los mismos plátanos), *DOUE*, C, núm. 155, de 11 de mayo de 2015.
54. Asunto T-556/08: Sentencia del Tribunal General de 25 de marzo de 2015 – Slovenská pošta/Comisión («Competencia – Abuso de posición dominante – Mercados eslovacos de servicios de correo tradicional y de correo híbrido – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE – Derecho exclusivo a repartir el correo híbrido – Principio de buena administración – Obligación de motivación – Derecho a ser oído – Definición del mercado – Extensión de un monopolio – Artículo 86 CE, apartado 2 – Seguridad jurídica – Confianza legítima»), *DOUE*, C, núm. 155, de 11 de mayo de 2015.
55. Asunto T-175/12: Sentencia del Tribunal General de 9 de marzo de 2015 – Deutsche Börse/Comisión («Competencia – Concentraciones – Sector de los instrumentos financieros – Mercados europeos de productos derivados – Decisión por la que se declara la incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado interior – Apreciación de los efectos de la operación sobre la

competencia – Eficiencias – Compromisos»), *DOUE*, C, núm. 171, de 26 de mayo de 2015.

56. Asunto C-388/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de abril de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por la Kúria – Hungría) – Procedimiento iniciado por Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság (Procedimiento prejudicial – Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales – Comunicación de información errónea por parte de una empresa de telecomunicaciones a un abonado, que genera gastos adicionales para éste – Calificación de «práctica comercial engañosa»), *DOUE*, C, núm. 198, de 15 de junio de 2015.
57. Asunto T-470/11: Sentencia del Tribunal General de 29 de abril de 2015 – Total y Elf Aquitaine/Comisión («Competencia – Mercado de metacrilato – Multas – Responsabilidad solidaria de las sociedades matrices y de su filial por el comportamiento ilegal de esta última – Pago inmediato e íntegro de la multa por la filial – Reducción del importe de la multa de la filial como resultado de una sentencia del Tribunal General – Escritos de la Comisión exigiendo de las sociedades matrices el pago devuelto por ésta a la filial, incrementado en los intereses de demora – Recurso de anulación – Acto impugnabile – Admisibilidad – Intereses de demora»), *DOUE*, C, núm. 198, de 15 de junio de 2015.
58. Asunto C-227/14 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 23 de abril de 2015 – LG Display Co. Ltd, LG Display Taiwan Co. Ltd/Comisión Europea [Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Artículos 101 TFUE y 53 del Acuerdo EEE – Mercado mundial de las pantallas de cristal líquido (LCD) – Fijación de los precios – Multas – Directrices para el cálculo de las multas (2006) – Punto 13 – Determinación del valor de las ventas – Compañía conjunta – Toma en consideración de las ventas a las sociedades matrices – Comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2002) – Punto 23, letra b), último párrafo – Dispensa parcial del pago de multas – Elementos de prueba relacionados con hechos de los cuales la Comisión no tenga conocimiento previo], *DOUE*, C, núm. 205, de 22 de junio de 2015.
59. Asunto T-162/10: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2015 – Niki Luftfahrt/Comisión («Competencia – Concentraciones – Transporte aéreo – Decisión que declara la concentración compatible con el mercado común – Apreciación de los efectos de la concentración en la competencia – Compromisos»), *DOUE*, C, núm. 213, de 29 de junio de 2015.
60. Asunto T-456/10: Sentencia del Tribunal General de 20 de mayo de 2015 – Timab Industries y CFPR/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de los fosfatos para la alimentación animal – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción de lo dispuesto en el artículo 101 TFUE – Adjudicación de cuotas de venta, coordinación de los pre-

cios y de las condiciones de venta e intercambio de información comercial confidencial – Desistimiento de las demandantes del procedimiento de transacción – Multas – Obligación de motivación – Gravedad y duración de la infracción – Cooperación – Inaplicación de la franja de multas probable notificada durante el procedimiento de transacción», *DOUE*, C, núm. 221, de 6 de julio de 2015.

61. Asunto C-352/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 21 de mayo de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Dortmund – Alemania) – Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA/Akzo Nobel NV, Solvay SA/NV, Kemira Oyj, FMC Foret, SA [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Competencia judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencias especiales – Artículo 6, apartado 1 – Acción contra varios demandados domiciliados en diferentes Estados miembros que han participado en un cártel declarado contrario a los artículos 81 CE y 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo para su condena solidaria al pago de una indemnización y la presentación de informaciones – Competencia del tribunal que conoce del asunto respecto a los codemandados – Desistimiento frente al demandado domiciliado en el Estado miembro del tribunal que conoce del asunto – Competencia en materia delictual o cuasidelictual – Artículo 5, apartado 3 – Cláusulas atributivas de competencia – Artículo 23 – Aplicación eficaz de la prohibición de los cárteles], *DOUE*, C, núm. 236, de 20 de julio de 2015.
62. Asunto T-655/11: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2015 – FSL y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de los plátanos en Italia, Grecia y Portugal – Coordinación en la fijación de los precios – Admisibilidad de las pruebas – Derecho de defensa – Desviación de poder – Prueba de la infracción – Cálculo del importe de la multa»), *DOUE*, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2015.
63. Asuntos acumulados C-293/13 P y C-294/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 24 de junio de 2015 – Fresh Del Monte Produce, Inc./Comisión Europea, Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert GmbH & Co. KG (C-293/13 P), Comisión Europea/Fresh Del Monte Produce, Inc., Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert GmbH & Co. KG (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de los plátanos – Coordinación en la fijación de los precios de referencia – Concepto de «unidad económica» entre dos sociedades – Concepto de «influencia determinante» – Imputabilidad del comportamiento de una sociedad a la otra – Desnaturalización de los elementos de prueba – Carga de la prueba – Principio in dubio pro reo – Concepto de «infracción única y continuada» – Concepto de «práctica concertada» – Concepto de «infracción por el objeto» – Empresas miembros de un cártel – Comunicación de información a la Comisión – Obligación legal – Alcance – Derecho

a no declarar contra sí mismo – Coadyuvante en primera instancia – Adhesión a la casación – Admisibilidad), *DOUE*, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2015.

64. Asunto C-497/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 2 de julio de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia – Italia) – Davide Gullotta, Farmacia di Gullotta Davide & C. Sas/Ministero della Salute, Azienda Sanitaria Provinciale di Catania (Procedimiento prejudicial – Artículos 49 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE – Libertad de establecimiento – Principio de no discriminación – Abuso de posición dominante – Artículo 15 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Inadmisibilidad), *DOUE*, C, núm. 294, de 7 de septiembre de 2015.
65. Asunto C-607/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 9 de julio de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione – Italia) – Ministero dell’Economia y otros/Francesco Cimmino y otros [Procedimiento prejudicial – Agricultura – Organización común de mercados – Plátanos – Reglamento (CE) núm. 2362/98 – Artículos 7, 11 y 21 – Contingentes arancelarios – Plátanos originarios de los países ACP – Operador recién llegado – Certificados de importación – Carácter intransferible de los derechos derivados de determinados certificados de importación – Práctica abusiva – Reglamento (CE) núm. 2988/95 – Artículo 4, apartado 3], *DOUE*, C, núm. 294, de 7 de septiembre de 2015.
66. Asunto C-231/14 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 9 de julio de 2015 – InnoLux Corp., anteriormente Chimei InnoLux Corp./Comisión Europea [Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Artículo 101 TFUE – Artículo 53 del Acuerdo EEE – Mercado mundial de las pantallas de cristal líquido (LCD) – Fijación de los precios – Multas – Directrices para el cálculo del importe de las multas (2006) – Punto 13 – Determinación del valor de las ventas en relación con la infracción – Ventas internas del producto de que se trata fuera del EEE – Toma en consideración de las ventas a terceros en el EEE de los productos terminados en los que se integra el producto de que se trata], *DOUE*, C, núm. 294, de 7 de septiembre de 2015.
67. Asunto C-170/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de julio de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf – Alemania) – Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH [Competencia – Artículo 102 TFUE – Empresa que es titular de una patente esencial para una norma con respecto a la cual se ha comprometido, ante un organismo de normalización, a conceder a terceros licencias en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias, denominadas «condiciones FRAND» («fair, reasonable and non-discriminatory») – Abuso de posición dominante – Acciones por violación de patente – Acción de cesación – Acción de retirada de productos – Acción con el fin de que se presenten datos conta-

- bles – Acción de reparación – Obligaciones del titular de una patente esencial para una norma], *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
68. Asunto C-95/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de julio de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Milano – Italia) – Unione Nazionale Industria Conciaria (UNIC), Unione Nazionale dei Consumatori di Prodotti in Pelle, Materie Concianti, Accessori e Componenti (Uni.co.pel)/ FS Retail, Luna srl, Gatsby srl (Procedimiento prejudicial – Libre circulación de mercancías – Artículos 34 TFUE a 36 TFUE – Medidas de efecto equivalente – Directiva 94/11/CE – Artículos 3 y 5 – Armonización exhaustiva – Prohibición de obstaculizar la comercialización de artículos de calzado conforme a las disposiciones en materia de etiquetado de la Directiva 94/11 – Normativa nacional que exige la indicación del país de origen en la etiqueta de los productos transformados en el extranjero utilizando la expresión en italiano «pelle» – Artículos despachados a libre práctica), *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
69. Asunto C-172/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 16 de julio de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por la Înalta Curte de Casație și Justiție – Rumanía) – ING Pensii – Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA/Consiliul Concurenței (Procedimiento prejudicial – Prácticas colusorias – Modalidades de reparto de la clientela en un mercado de fondos de pensiones privados – Existencia de una restricción de la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE – Afectación del comercio entre Estados miembros), *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
70. Asunto T-45/10: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – GEA Group/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados europeos de los termoestabilizadores – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Fijación de precios, reparto de los mercados e intercambio de información comercial sensible – Multas – Imputación de la infracción – Presunción de influencia decisiva de la sociedad matriz en la filial – Duración y prueba de la infracción – Prescripción – Duración del procedimiento administrativo – Plazo razonable – Derecho de defensa»), *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
71. Asunto T-47/10: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – Akzo Nobel y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados europeos de los estabilizadores térmicos – Decisión declarativa de dos infracciones del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Fijación de los precios, reparto de los mercados e intercambio de informaciones comerciales sensibles – Duración de las infracciones – Prescripción – Duración del procedimiento administrativo – Plazo razonable – Derecho de defensa – Imputación de las infracciones – Infracciones cometidas por filiales, por una sociedad colectiva sin personalidad jurídica y

por una filial – Cálculo del importe de las multas»), *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.

72. Asunto T-189/10: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – GEA Group/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados europeos de los termoestabilizadores – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Infracción cometida por filiales – Multas – Responsabilidad solidaria de las filiales y de la sociedad matriz – Superación del límite máximo del 10 % por una de las filiales – Decisión de readopción – Reducción del importe de la multa a dicha filial – Imputación de la obligación de pago del importe reducido de la multa a la otra filial y a la sociedad matriz – Derecho de defensa – Derecho a ser oído – Derecho de acceso al expediente»), *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
73. Asunto T-389/10 y T-419/10: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – SLM y Ori Martin/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para prensado – Fijación de precios, reparto del mercado e intercambio de información comercial sensible – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Infracción única, compleja y continuada – Prescripción – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Imputación de la responsabilidad de la infracción a la sociedad matriz – Proporcionalidad – Principio de individualidad de las penas y de las sanciones – Competencia jurisdiccional plena»), *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
74. Asunto T-391/10: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – Nedri Spanstaal/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para prensado – Fijación de cuotas y de precios, reparto del mercado e intercambio de información comercial sensible – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Límite máximo del 10 % del volumen de negocios – Volumen de negocios pertinente – Cooperación durante el procedimiento administrativo – Directrices para el cálculo de las multas de 2006»), *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
75. Asunto T-393/10: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – Westfälische Drahtindustrie y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para prensado – Fijación de precios, reparto del mercado e intercambio de información comercial sensible – Infracción compleja – Infracción única y continuada – Distanciamiento – Gravedad de la infracción – Circunstancias atenuantes – Igualdad de trato – Principio de individualidad de las penas y de las sanciones – Apreciación de la capacidad contributiva – Comunicación de la Comisión sobre la cooperación de 2002 – Directrices para el cálculo del importe de las multas de 2006 – Competencia jurisdiccional plena»), *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.

76. Asunto T-398/10: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – *Fapricela/Comisión* («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para pretensado – Fijación de precios, reparto del mercado e intercambio de información comercial sensible – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Cooperación durante el procedimiento administrativo»), *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
77. Asunto T-406/10: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – *Emesa-Trefilería e Industrias Galycas/Comisión* [«Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para pretensado – Fijación de precios, reparto del mercado e intercambio de información comercial sensible – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Cooperación durante el procedimiento administrativo – Artículo 139, letra a), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General»], *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
78. Asuntos T-413/10 y T-414/10: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – *Socitrel/Comisión* («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para pretensado – Fijación de precios, reparto del mercado e intercambio de información comercial sensible – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Cooperación durante el procedimiento administrativo – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Plazo razonable»), *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
79. Asunto T-418/10: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – *voestalpine y voestalpine Wire Rod Austria/Comisión* («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para pretensado – Fijación de precios, reparto del mercado e intercambio de información comercial sensible – Infracción única, compleja y continuada – Contrato de agencia – Imputabilidad del comportamiento infractor del agente al comitente – Desconocimiento del comitente del comportamiento infractor del agente – Participación en un componente de la infracción y conocimiento del plan de conjunto – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Proporcionalidad – Principio de individualidad de las penas y de las sanciones – Competencia jurisdiccional plena»), *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
80. Asunto T-422/10: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – *Trafilerie Meridionali/Comisión* («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para pretensado – Fijación de precios, reparto del mercado e intercambio de información comercial sensible – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Infracción única, compleja y continuada – Proporcionalidad – Principio de individualidad de las penas y de las sanciones – Competencia

jurisdiccional plena»), *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.

81. Asunto T-423/10: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – Redaelli Tecna/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para pretensado – Fijación de precios, reparto del mercado e intercambio de información comercial sensible – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Cooperación durante el procedimiento administrativo – Plazo razonable»), *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
82. Asunto T-436/10: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – HIT Groep/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para pretensado – Fijación de precios, reparto del mercado e intercambio de información comercial sensible – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Normas relativas a la imputabilidad de las prácticas contrarias a la competencia de una filial a su sociedad matriz – Presunción de ejercicio efectivo de una influencia decisiva – Plazo razonable»), *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
83. Asunto T-485/11: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – Akzo Nobel y Akcros Chemicals/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados europeos de los termoestabilizadores – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Infracción cometida por una filial común – Multas – Responsabilidad solidaria de la filial y de las sociedades matrices – Prescripción decenal respecto de una de las sociedades matrices – Decisión de readopción – Reducción del importe de la multa a una de las sociedades matrices – Imputación de la obligación de pago del importe reducido a la filial y a la otra sociedad matriz – Derecho de defensa»), *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
84. Asunto T-462/12: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – Pilkington Group/Comisión (Competencia – Procedimiento administrativo – Mercado europeo del vidrio para automóviles – Publicación de una decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Denegación de una solicitud que tiene por objeto obtener el tratamiento confidencial de la información que la Comisión tiene previsto publicar – Obligación de motivación – Confidencialidad – Secreto profesional – Confianza legítima), *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
85. Asunto T-465/12: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – AGC Glass Europe y otros/Comisión («Competencia – Procedimiento administrativo – Mercado europeo del vidrio para automóviles – Publicación de una decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Denegación de una solicitud que tiene por objeto obtener el tratamiento confidencial

de la información que la Comisión tiene previsto publicar – Obligación de motivación – Confidencialidad – Secreto profesional – Programa de clemencia – Confianza legítima – Igualdad de trato»), *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.

## ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

86. Asunto C-375/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 28 de enero de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Handelsgericht Wien* – Austria) – Harald Kolassa/*Barclays Bank plc* [Espacio de libertad, seguridad y justicia – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencia judicial en materia civil y mercantil – Contratos celebrados por los consumidores – Consumidor, domiciliado en un Estado miembro, que ha adquirido títulos, emitidos por un banco establecido en otro Estado miembro, a través de un intermediario establecido en un tercer Estado miembro – Competencia para conocer de las acciones contra el banco emisor de dichos títulos], *DOUE*, C, núm. 107, de 30 de marzo de 2015.
87. Asunto C-322/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 21 de mayo de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Landgericht Krefeld* – Alemania) – Jaouad El Majdoub/*CarsOnTheWeb. Deutschland GmbH* [Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículo 23 – Cláusula atributiva de competencia – Requisitos de forma – Transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo – Concepto – Condiciones generales de contratación que pueden consultarse e imprimirse desde un enlace que permite visualizarlas en una nueva ventana – Técnica de aceptación mediante un «clic»], *DOUE*, C, núm. 236, de 20 de julio de 2015.
88. Asuntos acumulados C-226/13, C-245/13, C-247/13 y C-578/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de junio de 2015 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el *Landgericht Wiesbaden*, *Landgericht Kiel* – Alemania) – Stefan Fahnenbrock (C-226/13), Holger Priestoph (C-245/13), Matteo Antonio Priestoph (C-245/13), Pia Antonia Priestoph (C-245/13), Rudolf Reznicek (C-247/13), Hans-Jürgen Kickler (C-578/13), Walther Wöhlk (C-578/13), *Zahnärztekammer Schleswig-Holstein Versorgungswerk* (C-578/13)/*Hellenische Republik* [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Notificación de documentos judiciales y extrajudiciales – Reglamento (CE) núm. 1393/2007 – Artículo 1, apartado 1 – Concepto de «materia civil o mercantil» – Responsabilidad del Estado por los «acta iure imperii»], *DOUE*, C, núm. 270, de 17 de agosto de 2015.
89. Asunto C-649/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de junio de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de commerce de Versailles – Francia) – Comité

d'entreprise de Nortel Networks SA y otros/Cosme Rogeau, que actúa en calidad de liquidador judicial en el procedimiento secundario de insolvencia de Nortel Networks SA y Cosme Rogeau, que actúa en calidad de liquidador judicial en el procedimiento secundario de insolvencia de Nortel Networks SA/Alan Robert Bloom y otros [Procedimiento prejudicial – Reglamento (CE) núm. 1346/2000 – Artículos 2, letra g), 3, apartado 2 y 27 – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Cooperación judicial en materia civil – Procedimiento principal de insolvencia – Procedimiento secundario de insolvencia – Conflicto de competencias – Competencia exclusiva o alternativa – Determinación de la ley aplicable – Determinación de los bienes del deudor sujetos al procedimiento secundario de insolvencia – Localización de esos bienes – Bienes situados en un tercer Estado], *DOUE*, C, núm. 270, de 17 de agosto de 2015.

90. Asunto C-184/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de julio de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione – Italia) – A/B [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil y mercantil – Cooperación en materia de obligaciones de alimentos – Reglamento (CE) núm. 4/2009 – Artículo 3, letras c) y d) – Demanda relativa a una obligación de alimentos a favor de hijos menores de edad, concomitante al procedimiento de separación de los padres, presentada en un Estado miembro distinto de aquel en el que los hijos tienen su residencia habitual], *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.

#### INSOLVENCIA

91. Asunto C-557/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de abril de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Hermann Lutz/Elke Bäuerle, en calidad de síndico de ECZ Autohandel GmbH [Procedimiento prejudicial – Reglamento (CE) núm. 1346/2000 – Artículos 4 y 13 – Procedimiento de insolvencia – Pago efectuado tras la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia en virtud de un embargo efectuado antes de esa fecha – Acción revocatoria contra un acto perjudicial para los intereses de los acreedores – Plazos de prescripción, anulabilidad y caducidad – Requisitos de forma de la acción revocatoria – Ley aplicable], *DOUE*, C, núm. 198, de 15 de junio de 2015.

#### MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

92. Asunto T-372/12: Sentencia del Tribunal General de 4 de febrero de 2015 – El Corte Inglés/OAMI – Apro Tech (APRO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa APRO – Marca nacional figurativa anterior B-PRO by Boomerang, marca comunitaria denominativa

- anterior PRO MOUNTAIN y solicitudes de marcas comunitarias figurativa y denominativa anteriores B-PRO by Boomerang y PRO OUTDOOR – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 89, de 16 de marzo de 2015.
93. Asunto T-278/13: Sentencia del Tribunal General de 30 de enero de 2015 – Now Wireless/OAMI – Starbucks (HK) (now) [«Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa comunitaria now – Uso efectivo de la marca – Artículo 51, apartado 1, letra a), y artículo 51, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 89, de 16 de marzo de 2015.
94. Asunto T-374/13: Sentencia del Tribunal General de 4 de febrero de 2015 – KSR/OAMI – Lampenwelt (Moon) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa Moon – Causa de nulidad absoluta – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 52, apartado 1, letra a), y artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 89, de 16 de marzo de 2015.
95. Asunto T-593/13: Sentencia del Tribunal General de 30 de enero de 2015 – Siemag Tecberg Group/OAMI (Winder Controls) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Wilder Controls – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras c) y b), y artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 135 bis del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General – Solicitud de vista formulada anticipadamente en la demanda»], *DOUE*, C, núm. 89, de 16 de marzo de 2015.
96. Asunto T-609/13: Sentencia del Tribunal General de 29 de enero de 2015 – Blackrock/OAMI (SO WHAT DO I DO WITH MY MONEY) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa SO WHAT DO I DO WITH MY MONEY – Marca consistente en un eslogan publicitario – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 89, de 16 de marzo de 2015.
97. Asunto T-655/13: Sentencia del Tribunal General de 28 de enero de 2015 – Enercon/OAMI (Degradado de cinco matices del color verde) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria consistente en un degradado de cinco matices del color verde – Motivo de denegación absoluto – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Recalificación de la marca solicitada – Artículo 43, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 89, de 16 de marzo de 2015.
98. Asunto T-665/13: Sentencia del Tribunal General de 29 de enero de 2015 – Zitro IP/OAMI – Gamepoint (SPIN BINGO) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa SPIN

**BINGO – Marca comunitaria denominativa anterior ZITRO SPIN BINGO – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 89, de 16 de marzo de 2015.**

99. **Asunto T-41/14: Sentencia del Tribunal General de 28 de enero de 2015 – Argo Development and Manufacturing/OAMI – Clapbanner (Representación de artículos publicitarios) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un artículo publicitario – Dibujos o modelos comunitarios anteriores – Causas de nulidad – Novedad – Carácter singular – Usuario informado – Grado de libertad del autor – Impresión general diferente – Artículos 4, 5, 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 89, de 16 de marzo de 2015.**
100. **Asunto T-59/14: Sentencia del Tribunal General de 29 de enero de 2015 – Blackrock/OAMI (INVESTING FOR A NEW WORLD) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa INVESTING FOR A NEW WORLD – Marca consistente en un eslogan publicitario – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 89, de 16 de marzo de 2015.**
101. **Asunto T-123/14: Sentencia del Tribunal General de 28 de enero de 2015 – BSH/OAMI – Arçelik (Aquaperfect) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa AquaPerfect – Marca comunitaria denominativa anterior waterPerfect – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 89, de 16 de marzo de 2015.**
102. **Asunto T-418/13: Auto del Tribunal General de 21 de enero de 2015 – Richter + Frenzel/OAMI – Ferdinand Richter (Richter+Frenzel) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 89, de 16 de marzo de 2015.**
103. **Asunto T-488/13: Auto del Tribunal General de 22 de enero de 2015 – GEA Group/OAMI (engineering for a better world) («Marca comunitaria – Plazo para recurrir – Inicio del cómputo – Notificación de la resolución de la Sala de Recurso por fax – Recepción del fax – Extemporaneidad – Inexistencia de fuerza mayor o de caso fortuito – Inadmisibilidad manifiesta»), DOUE, C, núm. 89, de 16 de marzo de 2015.**
104. **Asunto T-492/14: Auto del Tribunal General de 5 de enero de 2015 – La Perla/OAMI – Alva Management (LA PERLA) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 89, de 16 de marzo de 2015.**

105. Asunto C-420/14 P: Recurso de casación interpuesto el 10 de septiembre de 2014 por Jyoti Ceramic Industries PVT. Ltd contra la sentencia del Tribunal General (Sala Primera) dictada el 1 de julio de 2014 en el asunto T-239/12, Jyoti Ceramic Industries PVT. Ltd/ Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), *DOUE*, C, núm. 96, de 23 de marzo de 2015.
106. Asunto T-570/10 RENV: Sentencia del Tribunal General de 5 de febrero de 2015 – Environmental Manufacturing/OAMI – Wolf (Representación de una cabeza de lobo) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa una cabeza de lobo – Marcas nacionales e internacionales figurativas anteriores WOLF Jardin y Outils WOLF – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 96, de 23 de marzo de 2015.
107. Asunto T-395/12: Sentencia del Tribunal General de 11 de febrero de 2015 – Fetim/OAMI – Solid Floor (Solidfloor The professional’s choice) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Solidfloor The professional’s choice – Marca nacional figurativa anterior SOLID floor, denominación social y nombre de dominio anteriores Solid Floor Ltd – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Similitud de los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 96, de 23 de marzo de 2015.
108. Asunto T-78/13: Sentencia del Tribunal General de 5 de febrero de 2015 – Red Bull/OAMI – Sun Mark (BULLDOG) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa BULLDOG – Marcas internacionales y nacionales denominativas anteriores BULL y RED BULL – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Identidad de los productos – Similitud de los signos – Concepto de similitud conceptual – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 96, de 23 de marzo de 2015.
109. Asunto T-368/13: Sentencia del Tribunal General de 10 de febrero de 2015 – Boehringer Ingelheim International/OAMI – Lehning entreprise (ANGIPAX) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ANGI-PAX – Marca comunitaria denominativa anterior ANTIS-TAX – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 96, de 23 de marzo de 2015.
110. Asunto T-379/13: Sentencia del Tribunal General de 10 de febrero de 2015 – Innovation First/OAMI (NANO) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa NANO – Derecho a ser oído – Obligación de motivación – Examen de oficio de los hechos – Motivo de denegación absoluto – Carácter descripti-

- vo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 96, de 23 de marzo de 2015.
111. Asunto T-499/13: Sentencia del Tribunal General de 5 de febrero de 2015 – nMetric/OAMI (SMARTER SCHEDULING) [«Marca comunitaria – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad – Marca denominativa SMARTER SCHEDULING – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 96, de 23 de marzo de 2015.
  112. Asunto T-648/13: Sentencia del Tribunal General de 10 de febrero de 2015 – IOIP Holdings/OAMI (GLISTEN) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa GLISTEN – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 96, de 23 de marzo de 2015.
  113. Asunto T-85/14: Sentencia del Tribunal General de 10 de febrero de 2015 – Infocit/OAMI – DIN (DINKOOL) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa DINKOOL – Marca internacional figurativa anterior DIN – Identificador comercial nacional anterior DIN – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 96, de 23 de marzo de 2015.
  114. Asunto T-396/13: Auto del Tribunal General de 26 de enero de 2015 – Dosen/OAMI – Gramm (Nano-Pad) («Marca comunitaria – Solicitud de nulidad – Retirada de la solicitud de nulidad – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 96, de 23 de marzo de 2015.
  115. Asunto T-505/12: Sentencia del Tribunal General de 12 de febrero de 2015 – Compagnie des montres Longines, Francillon/OAMI – Cheng (B) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa B – Marca internacional figurativa anterior que representa dos alas extendidas – Motivos de denegación relativos – Falta de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de perjuicio para la notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 107, de 30 de marzo de 2015.
  116. Asunto T-76/13: Sentencia del Tribunal General de 12 de febrero de 2015 – Compagnie des montres Longines, Francillon/OAMI – Stacatta (QUARTODIMIGLIO QM) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa QUARTODIMIGLIO QM – Marcas comunitaria e internacionales figurativas anteriores que representan dos alas extendidas y marcas internacionales figurativas anteriores LONGINES – Motivos de denegación relativos – Falta de riesgo de con-

- fusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Inexistencia de menoscabo para la notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 107, de 30 de marzo de 2015.
117. Asunto T-287/13: Sentencia del Tribunal General de 13 de febrero de 2015 – Husky CZ/OAMI – Husky of Tostock (HUSKY) [«Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca comunitaria denominativa HUSKY – Uso efectivo de la marca – Caducidad parcial – Prórroga del plazo – Regla 71, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Traducción a la lengua de procedimiento»], *DOUE*, C, núm. 107, de 30 de marzo de 2015.
118. Asunto T-318/13: Sentencia del Tribunal General de 12 de febrero de 2015 – Vita Phone/OAMI (LIFEDATA) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa LIFEDATA – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), y artículo 75 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de apreciación concreta – Obligación de motivación»], *DOUE*, C, núm. 107, de 30 de marzo de 2015.
119. Asunto T-453/13: Sentencia del Tribunal General de 12 de febrero de 2015 – Klaes/OAMI – Klaes Kunststoffe (Klaes) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Klaes – Marca comunitaria figurativa anterior Klaes – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009], *DOUE*, C, núm. 107, de 30 de marzo de 2015.
120. Asunto T-531/13: Auto del Tribunal General de 28 de enero de 2015 – Kicks Kosmetikkedjan/OAMI – Kik Textilien (KICKS) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 107, de 30 de marzo de 2015.
121. Asunto T-532/13: Auto del Tribunal General de 28 de enero de 2015 – Kicks Kosmetikkedjan/OAMI – Kik Textilien (KICKS) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 107, de 30 de marzo de 2015.
122. Asunto T-257/11: Sentencia del Tribunal General de 26 de febrero de 2015 – Pangyrus/OAMI – RSVP Design (COLOURBLIND) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa COLOURBLIND – Signo denominativo COLOURBLIND – Motivo de denegación absoluto – Inexistencia de mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de utilización en el tráfico económico de un signo cuyo alcance no es únicamente local – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 4, y artículo 53, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 118, de 13 de abril de 2015.
123. Asunto T-388/13: Sentencia del Tribunal General de 26 de febrero de 2015 – Costa Crociere/OAMI – Guerlain (SAMSARA) [«Marca

- comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa SAMSARA – Marca comunitaria denominativa anterior SAMSARA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 118, de 13 de abril de 2015.
124. Asunto T-713/13: Sentencia del Tribunal General de 26 de febrero de 2015 – 9Flats/OAMI – Tibesoca (9flats.com) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa 9flats.com – Marca nacional figurativa anterior 50flats – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 118, de 13 de abril de 2015.
125. Asunto C-57/14 P: Recurso de casación interpuesto el 4 de febrero de 2014 por Recaro Holding GmbH, anteriormente Recaro Beteiligungs-GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) dictada el 21 de noviembre de 2013 en el asunto T-524/12, Recaro Holding GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), *DOUE*, C, núm. 127, de 20 de abril de 2015.
126. Asunto C-320/14 P: Recurso de casación interpuesto el 3 de julio de 2014 por Asos plc contra la sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) dictada el 29 de abril de 2014 en el asunto T-647/11, Asos plc/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), *DOUE*, C, núm. 127, de 20 de abril de 2015.
127. Asunto C-370/14 P: Recurso de casación interpuesto el 30 de julio de 2014 por Argo Group International Holdings Ltd contra la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 20 de mayo de 2014 en el asunto T-247/12, Argo Group International Holdings Ltd/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), *DOUE*, C, núm. 127, de 20 de abril de 2015.
128. Asunto T-366/11 RENV: Sentencia del Tribunal General de 3 de marzo de 2015 – Bial-Portela/OAMI – Isdin (ZEBEXIR) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ZEBEXIR – Marca comunitaria denominativa anterior ZEBINIX – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 127, de 20 de abril de 2015.
129. Asunto T-41/12: Sentencia del Tribunal General de 27 de febrero de 2015 – LS Fashion/OAMI – Gestión de Activos Isorana (L’Wren Scott) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa L’Wren Scott – Marca nacional denominativa anterior LOREN SCOTT – Motivo de denegación relativo – Uso efectivo de la marca – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 127, de 20 de abril de 2015.

130. Asunto T-377/12: Sentencia del Tribunal General de 27 de febrero de 2015 – Spa Monopole/OAMI – Olivar Del Desierto (OLEOS-PA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa OLEOSPA – Marcas denominativas anteriores del Benelux SPA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 127, de 20 de abril de 2015.
131. Asunto T-572/12: Sentencia del Tribunal General de 4 de marzo de 2015 – Nissan Jidosha/OAMI (CVTC) [«Marca comunitaria – Solicitud de renovación de la marca comunitaria figurativa CVTC – Renovación parcial – Artículo 47 del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 127, de 20 de abril de 2015.
132. Asunto T-227/13: Sentencia del Tribunal General de 27 de febrero de 2015 – Bayer Intellectual Property/OAMI – Interhygiene (INTERFACE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa INTERFACE – Marca comunitaria denominativa anterior Interfog – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Identidad de los productos – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 127, de 20 de abril de 2015.
133. Asuntos acumulados T-492/13 y T-493/13: Sentencia del Tribunal General de 3 de marzo de 2015 – Schmidt Spiele/OAMI (Representación de tablas de juegos de sociedad) [«Marca comunitaria – Solicitudes de marcas comunitarias figurativas que representan tablas de juegos de sociedad – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartados 1, letra b), y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 127, de 20 de abril de 2015.
134. Asunto T-543/13: Sentencia del Tribunal General de 4 de marzo de 2015 – Three-N-Products/OAMI – Munindra (PRANAYUR) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa PRANAYUR – Marcas comunitaria denominativa anterior AYUR y comunitarias figurativas anteriores Ayur, Ayur Naturals Herbals y Aanb – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 127, de 20 de abril de 2015.
135. Asunto T-558/13: Sentencia del Tribunal General de 4 de marzo de 2015 – FSA/OAMI – Motokit Veículos e Acessórios (FSA K-FORCE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa FSA K-FORCE – Marca comunitaria denominativa anterior FORCE-X – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 127, de 20 de abril de 2015.

136. Asunto T-106/14: Sentencia del Tribunal General de 27 de febrero de 2015 – Universal Utility International/OAMI (Greenworld) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Greenworld – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 127, de 20 de abril de 2015.
137. Asunto T-505/14: Auto del Tribunal General de 23 de febrero de 2015 – Seven for all mankind/OAMI – Seven (SEVEN FOR ALL MANKIND) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa SEVEN FOR ALL MANKIND – Marcas comunitaria e internacional figurativas anteriores Seven – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], *DOUE*, C, núm. 127, de 20 de abril de 2015.
138. Asunto T-377/13: Sentencia del Tribunal General de 9 de marzo de 2015 – ultra air/OAMI – Donaldson Filtration Deutschland (ultra.air ultrafilter) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa ultra.air ultrafilter – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 138, de 27 de abril de 2015.
139. Asunto T-513/13: Sentencia del Tribunal General de 6 de marzo de 2015 – Braun Melsungen/OAMI (SafeSet) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa SafeSet – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75, primera frase, del Reglamento núm. 207/2009 – Examen de oficio de los hechos – Artículo 76, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 138, de 27 de abril de 2015.
140. Asunto T-257/14: Sentencia del Tribunal General de 6 de marzo de 2015 – Novomatic/OAMI – Berentzen Mally Marketing plus Services (BLACK JACK TM) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa BLACK JACK TM – Marcas comunitarias denominativa y figurativa anteriores BLACK TRACK – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 138, de 27 de abril de 2015.
141. Asunto T-392/12: Auto del Tribunal General de 26 de febrero de 2015 – Lavazza/OAMI – Commercialunione prima (LAVAZZA A MODO MIO) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 138, de 27 de abril de 2015.

142. Asunto T-431/13: Auto del Tribunal General de 26 de febrero de 2015 – Métropole Gestion/OAMI – Metropol (METROPOL) («Marca comunitaria – Marca denominativa METROPOL – Solicitud de nulidad – Inexistencia de solicitud de renovación del registro de la marca – Cancelación de la marca a la expiración del registro – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 138, de 27 de abril de 2015.
143. Asunto T-473/13: Auto del Tribunal General de 24 de febrero de 2015 – G-Star Raw/OAMI – PepsiCo (PEPSI RAW) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la solicitud de registro de la marca controvertida – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 138, de 27 de abril de 2015.
144. Asunto T-233/14: Auto del Tribunal General de 5 de marzo de 2015 – Intesa Sanpaolo/OAMI (NEXTCARD) («Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa NEXTCARD – Denegación parcial de registro por el examinador – Obligación de motivación – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»), *DOUE*, C, núm. 138, de 27 de abril de 2015.
145. Asunto C-494/13 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 22 de enero de 2015 – GRE Grand River Enterprises Deutschland GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Villiger Söhne GmbH [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Marca figurativa en colores, que incluye los elementos denominativos «LIBERTE american blend» sobre fondo azul – Oposición del titular de la marca comunitaria figurativa que contiene los elementos denominativos «La LIBERTAD» – Denegación de registro], *DOUE*, C, núm. 146, de 4 de mayo de 2015.
146. Asunto C-495/13 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 22 de enero de 2015 – GRE Grand River Enterprises Deutschland GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Villiger Söhne GmbH [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Marca figurativa en colores, que incluye los elementos denominativos «LIBERTE american blend» sobre fondo rojo – Oposición del titular de la marca comunitaria denominativa «La LIBERTAD» – Denegación de registro], *DOUE*, C, núm. 146, de 4 de mayo de 2015.
147. Asunto C-496/13 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 22 de enero de 2015 – GRE Grand River Enterprises Deutschland GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Villiger Söhne GmbH [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Marca figurativa en colores, que incluye los elementos denominativos «LIBERTE american blend» sobre fondo rojo – Oposición del titular de la marca comunitaria denominativa «La LIBERTAD» – Denegación de registro], *DOUE*, C, núm. 146, de 4 de mayo de 2015.

148. **Asunto C-374/14 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 12 de febrero de 2015 – Walcher Meßtechnik GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI) [Recurso de casación – Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Artículo 181 – Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa HIPERDRIVE – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 7, apartado 1, letra c) – Principio general de igualdad de trato], DOUE, C, núm. 146, de 4 de mayo de 2015.**
149. **Asunto C-43/15 P: Recurso de casación interpuesto el 4 de febrero de 2015 por BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) dictada el 4 de diciembre de 2014 en el asunto T-595/13, BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), DOUE, C, núm. 146, de 4 de mayo de 2015.**
150. **Asunto C-62/15 P: Recurso de casación interpuesto el 11 de febrero de 2015 por DTL Corporación, S. L. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 9 de diciembre de 2014 en el asunto T-176/13, DTL Corporación/OAMI, DOUE, C, núm. 146, de 4 de mayo de 2015.**
151. **Asunto T-611/11: Sentencia del Tribunal General de 17 de marzo de 2015 – Spa Monopole/OAMI – South Pacific Management (Manea Spa) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Manea Spa – Marcas del Benelux denominativas y figurativa anteriores SPA y marca del Benelux denominativa anterior LES THERMES DE SPA – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 146, de 4 de mayo de 2015.**
152. **Asunto T-250/13: Sentencia del Tribunal General de 18 de marzo de 2015 – Naazneen Investments/OAMI – Energy Brands (SMART WATER) [«Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca comunitaria denominativa SMART WATER – Uso efectivo – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 146, de 4 de mayo de 2015.**
153. **Asunto T-384/13: Sentencia del Tribunal General de 18 de marzo de 2015 – Intermark/OAMI – Coca-Cola (RIENERGY Cola) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa RIENERGY Cola – Marcas comunitarias figurativa anterior Coca-Cola y denominativa anterior COCA-COLA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 146, de 4 de mayo de 2015.**

154. Asunto C-182/14 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 19 de marzo de 2015 – Mega Brands International, Luxembourg, Zweigniederlassung Zug/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Solicitud de registro de la marca comunitaria denominativa MAGNEXT – Oposición del titular de la marca nacional denominativa anterior MAGNET 4 – Riesgo de confusión], *DOUE*, C, núm. 155, de 11 de mayo de 2015.
155. Asunto T-378/13: Sentencia del Tribunal General de 25 de marzo de 2015 – Apple and Pear Australia y Star Fruits Diffusion/OAMI – Carolus C. (English pink) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa English pink – Marca comunitaria denominativa anterior PINK LADY y marcas comunitarias figurativas anteriores Pink Lady – Obligación de motivación – Deber de diligencia – Resolución de un tribunal de marcas comunitarias – Inexistencia de fuerza de cosa juzgada»), *DOUE*, C, núm. 155, de 11 de mayo de 2015.
156. Asunto T-581/13: Sentencia del Tribunal General de 26 de marzo de 2015 – Royal County of Berkshire Polo Club/OAMI – Lifestyle Equities (Royal County of Berkshire POLO CLUB) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Royal County of Berkshire POLO CLUB – Marcas comunitarias figurativas anteriores BEVERLY HILLS POLO CLUB – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 155, de 11 de mayo de 2015.
157. Asunto T-596/13: Sentencia del Tribunal General de 26 de marzo de 2015 – Emsibeth/OAMI – Peek & Cloppenburg (Nael) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Nael – Marca comunitaria denominativa anterior Mc Neal – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 155, de 11 de mayo de 2015.
158. Asunto T-72/14: Sentencia del Tribunal General de 26 de marzo de 2015 – Bateaux mouches/OAMI (BATEAUX MOUCHES) [«Marca comunitaria – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca denominativa BATEAUX MOUCHES – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 155, de 11 de mayo de 2015.

159. Asunto T-132/14: Auto del Tribunal General de 11 de marzo de 2015 – Albis Plastic/OAMI – IQAP Masterbatch Group (ALCOLOR) («Marca comunitaria – Solicitud de nulidad – Retirada de la solicitud de nulidad – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 155, de 11 de mayo de 2015.
160. Asunto T-213/13: Auto del Tribunal General de 30 de marzo de 2015 – Square/OAMI – Caisse régionale de crédit agricole mutuel Pyrénées Gascogne (SQUARE) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 178, de 1 de junio de 2015.
161. Asunto T-258/13: Sentencia del Tribunal General de 16 de abril de 2015 – Matratzen Concord/OAMI – KBT (ARKTIS) [«Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca comunitaria denominativa ARKTIS – Uso efectivo de la marca – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Forma del uso de la marca – Prueba del uso para productos registrados – Consentimiento del titular de la marca»], *DOUE*, C, núm. 190, de 8 de junio de 2015.
162. Asunto T-282/13: Sentencia del Tribunal General de 23 de abril de 2015 – Iglotex/OAMI – Iglo Foods Group (IGLOTEX) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa IGLOTEX – Marca comunitaria denominativa anterior IGLO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 190, de 8 de junio de 2015.
163. Asunto T-319/14: Sentencia del Tribunal General de 16 de abril de 2015 – Drogenhilfe Köln Projekt/OAMI (Rauschbrille) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Rauschbrille – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 190, de 8 de junio de 2015.
164. Asunto T-337/14: Sentencia del Tribunal General de 22 de abril de 2015 – Rezon/OAMI – mobile.international (mobile.de proMotor) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa mobile.de proMotor – Marca nacional figurativa anterior mobile – Desestimación de la solicitud de nulidad – Artículo 165, apartado 4, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 190, de 8 de junio de 2015.
165. Asunto T-137/13: Sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2015 – Saferoad RRS/OAMI (MEGARAIL) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa MEGARAIL – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 198, de 15 de junio de 2015.

166. Asunto T-566/13: Sentencia del Tribunal General de 29 de abril de 2015 – Hostel Tourist World/OAMI – WRI Nominees (Hostel-TouristWorld.com) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa HostelTouristWorld.com – Marca internacional denominativa anterior HOSTELWORLD.COM – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Carácter distintivo mínimo intrínseco de la marca anterior – Riesgo de confusión»], *DOUE*, C, núm. 198, de 15 de junio de 2015.
167. Asuntos acumulados T-707/13 y T-709/13: Sentencia del Tribunal General de 30 de abril de 2015 – Steinbeck/OAMI – Alfred Sternjakob (BE HAPPY) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marcas comunitarias denominativas BE HAPPY – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 52, apartado 1, letra a), y artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 198, de 15 de junio de 2015.
168. Asunto T-717/13: Sentencia del Tribunal General de 29 de abril de 2015 – Chair Entertainment Group/OAMI – Libelle (SHADOW COMPLEX) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa SHADOW COMPLEX – Marca comunitaria denominativa anterior BusinessShadow – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 198, de 15 de junio de 2015.
169. Asunto T-100/14: Sentencia del Tribunal General de 30 de abril de 2015 – Tecalan/OAMI – Ensinger (TECALAN) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa TECALAN – Marca comunitaria denominativa anterior TECADUR – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 198, de 15 de junio de 2015.
170. Asunto T-216/14: Sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2015 – Volkswagen/OAMI (EXTRA) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa EXTRA – Marca consistente en un eslogan publicitario – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 198, de 15 de junio de 2015.
171. Asunto T-580/13: Auto del Tribunal General de 21 de abril de 2015 – Real Express/OAMI – MIP Metro (real) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa real – Marcas nacionales figurativas anteriores Real y Real mark – Desestimación de la oposición – Regla 19, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Regla 20, apartado 1, del Reglamento núm. 2868/95»], *DOUE*, C, núm. 198, de 15 de junio de 2015.

172. Asunto T-131/12: Sentencia del Tribunal General de 5 de mayo de 2015 – Spa Monopole/OAMI – Orly International (SPARITUAL) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa SPARITUAL – Marcas denominativas y figurativa anteriores del Benelux SPA y LES THERMES DE SPA – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 del Consejo], *DOUE*, C, núm. 205, de 22 de junio de 2015.
173. Asunto T-423/12: Sentencia del Tribunal General de 5 de mayo de 2015 – Skype/OAMI – Sky y Sky IP International (skype) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa skype – Marca comunitaria denominativa anterior SKY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 205, de 22 de junio de 2015.
174. Asunto T-183/13: Sentencia del Tribunal General de 5 de mayo de 2015 – Skype/OAMI – Sky y Sky IP International (SKYPE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa SKYPE – Marca comunitaria denominativa anterior SKY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 205, de 22 de junio de 2015.
175. Asunto T-184/13: Sentencia del Tribunal General de 5 de mayo de 2015 – Skype/OAMI – Sky y Sky IP International (SKYPE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa SKYPE – Marca comunitaria denominativa anterior SKY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 205, de 22 de junio de 2015.
176. Asunto T-599/13: Sentencia del Tribunal General de 7 de mayo de 2015 – Cosmowell/OAMI – Haw Par (GELENGOLD) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa GELENGOLD – Marca comunitaria figurativa anterior que representa un tigre – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Alteración del carácter distintivo de la marca anterior – Similitud de los signos desde el punto de vista fonético – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 205, de 22 de junio de 2015.
177. Asunto T-715/13: Sentencia del Tribunal General de 5 de mayo de 2015 – Lidl Stiftung/OAMI – Horno del Espinar (Castelló) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Castelló – Marca nacional figurativa anterior Castelló – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Derecho a ser oído – Artículo 75, segunda frase, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 205, de 22 de junio de 2015.

178. Asunto T-581/14: Auto del Tribunal General de 27 de abril de 2015 – Vierling/OAMI – IP Leanware (BRAINCUBE) (Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento), *DOUE*, C, núm. 205, de 22 de junio de 2015.
179. Asunto C-35/14 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de febrero de 2015 – Enercon GmbH/Gamesa Eólica, S. L., Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (Recurso de casación – Marca comunitaria – Recurso de casación interpuesto por «otra parte ante la Sala de Recurso» que no presentó escrito de contestación ante el Tribunal General – Carencia de la calidad de parte coadyuvante ante el Tribunal General – Inadmisibilidad manifiesta del recurso de casación), *DOUE*, C, núm. 213, de 29 de junio de 2015.
180. Asunto C-491/14: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de marzo de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid) Rosa dels Vents Assessoria, S. L./U Hostels Albergues Juveniles, S. L. (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Marcas – Directiva 2008/95/CE – Artículo 5, apartado 1 – Concepto de «tercero» – Titular de una marca posterior), *DOUE*, C, núm. 213, de 29 de junio de 2015.
181. Asunto T-363/12: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2015 – Harper Hygienics/OAMI – Clinique Laboratories (CLEANIC natural beauty) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa CLEANIC natural beauty – Marcas comunitarias denominativas anteriores CLINIQUE – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Similitud de los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Beneficio indebidamente obtenido del carácter distintivo o de la reputación de las marcas anteriores – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 213, de 29 de junio de 2015.
182. Asunto T-364/12: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2015 – Harper Hygienics/OAMI – Clinique Laboratories (CLEANIC Kindii) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa CLEANIC Kindii – Marcas comunitarias denominativas anteriores CLINIQUE – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Similitud de los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Beneficio indebidamente obtenido del carácter distintivo o de la reputación de las marcas anteriores – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 213, de 29 de junio de 2015.
183. Asunto T-363/13: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2015 – Harper Hygienics/OAMI – Clinique Laboratories (CLEANIC intimate) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa CLEANIC

- intimate – Marcas comunitarias denominativas anteriores CLINIQUE – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Similitud entre los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Ventaja indebidamente obtenida del carácter distintivo o de la notoriedad de las marcas anteriores – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 213, de 29 de junio de 2015.
184. Asunto T-607/13: Sentencia del Tribunal General de 19 de mayo de 2015 – Granette & Starorežná Distilleries/OAMI – Bacardi (42 VODKA JEMNÁ VODKA VYRÁBĚNÁ JEDINEČNOU TECHNOLOGIÍ 42 % vol.) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de la marca figurativa 42 VODKA JEMNÁ VODKA VYRÁBĚNÁ JEDINEČNOU TECHNOLOGIÍ 42 % vol. – Marca internacional figurativa anterior 42 BELOW – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 231, de 29 de junio de 2015.
185. Asunto T-608/13: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2015 – easyGroup IP Licensing/OAMI – Tui (easyAir-tours) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa easyAir-tours – Marca nacional figurativa anterior airtours Ticket Factory – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Inexistencia de similitud entre los signos – Inexistencia de riesgo de confusión – Facultad de modificación – Artículo 65, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 231, de 29 de junio de 2015.
186. Asunto T-71/14: Sentencia del Tribunal General de 19 de mayo de 2015 – Swatch/OAMI – Panavision Europe (SWATCHBALL) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa SWATCHBALL – Marcas comunitarias denominativa y figurativa y marcas internacionales denominativa y figurativas SWATCH y swatch – Motivo de denegación relativo – Menoscabo para la notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 231, de 29 de junio de 2015.
187. Asunto T-102/14: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2015 – Deutsche Post/OAMI – PostNL Holding (TPG POST) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa TPG POST – Marcas nacional y comunitaria denominativas anteriores POST y Deutsche Post – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 231, de 29 de junio de 2015.
188. Asunto T-169/14: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2015 – Ferring/OAMI – Kora (Koragel) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Koragel – Marca comunitaria denominativa

- anterior CHORAGON – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 231, de 29 de junio de 2015.
189. Asuntos T-331/10 RENV y T-416/10 RENV: Sentencia del Tribunal General de 21 de mayo de 2015 – Yoshida Metal Industry/OAMI – Pi-Design y otros (Representación de una superficie con lunares negros) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marcas comunitarias figurativas que representan una superficie con lunares negros – Motivo de denegación absoluto – Signo constituido exclusivamente por la forma del producto necesaria para la obtención de un resultado técnico – Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 221, de 6 de julio de 2015.
190. Asuntos acumulados T-22/13 y T-23/13: Sentencia del Tribunal General de 21 de mayo de 2015 – Senz Technologies/OAMI – Impliva (Paraguas) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujos o modelos comunitarios registrados que representan paraguas – Motivo de nulidad – Divulgación del dibujo o modelo anterior – Dibujo o modelo anterior constituido por una patente estadounidense – Círculos especializados del sector de que se trate – Usuario informado – Grado de atención del usuario informado – Artículos de moda – Grado de libertad del autor – Carácter singular – Diferente impresión general – Solicitud de nulidad», *DOUE*, C, núm. 221, de 6 de julio de 2015.
191. Asunto T-55/13: Sentencia del Tribunal General de 21 de mayo de 2015 – Formula One Licensing/OAMI – Idea Marketing (F1H2O) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca denominativa F1H2O – Marcas comunitarias, internacionales Benelux y nacionales denominativas y figurativas F1 – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de las marcas anteriores – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 221, de 6 de julio de 2015.
192. Asunto T-218/13: Sentencia del Tribunal General de 21 de mayo de 2015 – Nutrexpa/OAMI – Kraft Foods Italia Intellectual Property (Cuétara María ORO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Cuétara María ORO – Marcas comunitaria y nacional figurativas anteriores ORO – Denegación parcial de registro – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 221, de 6 de julio de 2015.
193. Asunto T-271/13: Sentencia del Tribunal General de 21 de mayo de 2015 – Nutrexpa/OAMI – Kraft Foods Italia Intellectual Property (Cuétara María ORO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa

Cuéstara María ORO – Marcas comunitaria y nacional figurativas anteriores ORO – Denegación parcial de registro – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 221, de 6 de julio de 2015.

194. Asunto T-56/14: Sentencia del Tribunal General de 21 de mayo de 2015 – Evyap/OAMI – Megusta Trading (nuru) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa una línea ondulada – Marcas nacionales e internacionales denominativas y figurativas anteriores DURU – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 221, de 6 de julio de 2015.
195. Asunto T-145/14: Sentencia del Tribunal General de 21 de mayo de 2015 – adidas/OAMI – Shoe Branding Europe (Dos bandas paralelas sobre un zapato) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria de posición consistente en dos bandas paralelas sobre un zapato – Marcas comunitarias y nacionales figurativas y registro internacional anterior que representan tres bandas paralelas aplicadas sobre calzado o prendas de vestir – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 221, de 6 de julio de 2015.
196. Asunto T-197/14: Sentencia del Tribunal General de 21 de mayo de 2015 – La Zaragozana/OAMI – Charles Cooper (GREEN'S) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa GREEN'S – Marca nacional denominativa anterior AMBAR GREEN – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 221, de 6 de julio de 2015.
197. Asunto T-203/14: Sentencia del Tribunal General de 21 de mayo de 2015 – Mo Industries/OAMI (Splendid) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa Splendid – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), y artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Igualdad de trato – Principio de buena administración»], *DOUE*, C, núm. 221, de 6 de julio de 2015.
198. Asunto T-420/14: Sentencia del Tribunal General de 21 de mayo de 2015 – Wine in Black/OAMI – Quinta do Noval-Vinhos (Wine in Black) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Wine in Black – Marca comunitaria denominativa anterior NOVAL BLACK – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 221, de 6 de julio de 2015.

199. Asunto T-635/14: Sentencia del Tribunal General de 21 de mayo de 2015 – Urb Rulmenti Suceava/OAMI – Adiguzel (URB) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa URB – Solicitud de marca nacional anterior URB, marca nacional colectiva denominativa anterior URB, marca nacional colectiva figurativa anterior URB y marcas figurativas internacionales anteriores URB – Motivo de denegación absoluto – Inexistencia de mala fe del titular de la marca comunitaria – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Motivo de denegación relativo – Falta de habilitación por el titular de las marcas anteriores – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 207/2009 – Inexistencia de infracción del artículo 22, apartado 3, y del artículo 72, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 221, de 6 de julio de 2015.
200. Asunto T-73/14: Auto del Tribunal General de 12 de mayo de 2015 – Red Bull/OAMI – Automobili Lamborghini (Representación de dos toros) («Marca comunitaria – Solicitud de caducidad – Retirada del registro – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 221, de 6 de julio de 2015.
201. Asunto T-246/14: Auto del Tribunal General de 16 de abril de 2015 – Yoworld/OAMI – Nestlé (yogorino) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 221, de 6 de julio de 2015.
202. Asunto T-839/14: Auto del Tribunal General de 30 de abril de 2015 – Alnapharm/OAMI – Novartis (Alrexil) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 221, de 6 de julio de 2015.
203. Asunto T-327/11: Auto del Tribunal General de 20 de mayo de 2015 – Vinci Energies Schweiz/OAMI – Accentro real Estate (ESTAVIS 1993) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 228, de 13 de julio de 2015.
204. Asunto T-391/12: Auto del Tribunal General de 7 de mayo de 2015 – Lidl Stiftung/OAMI – Adveo Group International (UNITED OFFICE) («Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Retirada de la solicitud de nulidad – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 228, de 13 de julio de 2015.
205. Asunto T-48/13: Auto del Tribunal General de 18 de mayo de 2015 – Out of the blue/OAMI – Mombauer (REFLEXX) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 228, de 13 de julio de 2015.
206. Asunto T-358/14: Auto del Tribunal General de 8 de mayo de 2015 – Hoteles Catalonia/OAMI – Fundació Catalunya-La Pedrera, fundació especial (HOTEL CATALONIA LA PEDRERA), *DOUE*, C, núm. 228, de 13 de julio de 2015.

207. Asunto C-546/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de mayo de 2015 – Ralf Schröder/Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales (OCVV) [Recurso de casación – Protección comunitaria de las obtenciones vegetales – Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales – Reglamento (CE) núm. 2100/94 – Artículos 20 y 76 – Reglamento (CE) núm. 874/2009 – Artículo 51 – Solicitud de incoación del procedimiento para la anulación de una protección comunitaria – Principio de actuación de oficio – Procedimiento ante la Sala de Recurso de la OCVV – Pruebas sustanciales], *DOUE*, C, núm. 236, de 20 de julio de 2015.
208. Asunto C-445/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 7 de mayo de 2015 – Voss of Norway ASA/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 7, apartado 1, letra b) – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Signo tridimensional constituido por la forma de una botella cilíndrica], *DOUE*, C, núm. 236, de 20 de julio de 2015.
209. Asuntos acumulados T-544/12 y T-546/12: Sentencia del Tribunal General de 3 de junio de 2015 – Pensa Pharma/OAMI – Ferring y Farmaceutisk Laboratorium Ferring (PENSA PHARMA y pensa) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marcas comunitarias denominativa PENSA PHARMA y figurativa pensa – Marcas nacional y de Benelux denominativas anteriores PENTASA – Consentimiento expreso al registro de la marca comunitaria antes de la presentación de la solicitud de nulidad – Artículo 53, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 236, de 20 de julio de 2015.
210. Asunto T-254/13: Sentencia del Tribunal General de 4 de junio de 2015 – Stayer Ibérica/OAMI – Korporaciya «Masternet» (STAYER) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa STAYER – Marca internacional denominativa anterior STAYER – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 236, de 20 de julio de 2015.
211. Asunto T-448/13: Sentencia del Tribunal General de 3 de junio de 2015 – Bora Creations/OAMI – Beauté Prestige international (essence) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa essence – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 236, de 20 de julio de 2015.

212. Asunto T-514/13: Sentencia del Tribunal General de 10 de junio de 2015 – AgriCapital/OAMI – agri.capital (AGRI. CAPITAL) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa AGRI. CAPITAL – Marcas comunitarias denominativas anteriores AgriCapital y AGRICAPITAL – Motivo de denegación relativo – Falta de similitud de los servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 236, de 20 de julio de 2015.
213. Asunto T-559/13: Sentencia del Tribunal General de 3 de junio de 2015 – Giovanni Cosmetics/OAMI – Vasconcelos & Gonçalves (GIOVANNI GALLI) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa GIOVANNI GALLI – Marca comunitaria denominativa anterior GIOVANNI – Motivo de denegación relativo – Falta de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Carácter distintivo de un nombre propio y de un apellido»], *DOUE*, C, núm. 236, de 20 de julio de 2015.
214. Asunto T-604/13: Sentencia del Tribunal General de 3 de junio de 2015 – Levi Strauss/OAMI – L&O Hunting Group (101) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa 101 – Marca comunitaria denominativa anterior 501 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 236, de 20 de julio de 2015.
215. Asunto T-140/14: Sentencia del Tribunal General de 4 de junio de 2015 – Bora Creations/OAMI (gel nails at home) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa gel nails at home – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 236, de 20 de julio de 2015.
216. Asunto T-222/14: Sentencia del Tribunal General de 4 de junio de 2015 – Deluxe Laboratories/OAMI (deluxe) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa deluxe – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 236, de 20 de julio de 2015.
217. Asunto T-273/14: Sentencia del Tribunal General de 3 de junio de 2015 – Lithomex/OAMI – Glaubrecht Stingel (LITHOFIX) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa LITHOFIX – Marcas nacional e internacional denominativas anteriores LITHOFIN – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Similitud de los productos – Inexistencia de la obligación de examen con

respecto a la totalidad de los productos cubiertos por la marca anterior – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 236, de 20 de julio de 2015.

218. Asunto T-562/14: Sentencia del Tribunal General de 4 de junio de 2015 – Yoo Holdings/OAMI – Eckes-Granini Group (YOO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa YOO – Marcas nacional e internacional denominativas anteriores YO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 236, de 20 de julio de 2015.
219. Asunto T-660/11: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2015 – Polytetra/OAMI – EI du Pont de Nemours (POLYTE-TRAFILON) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa POLYTE-TRAFILON – Marca comunitaria denominativa anterior TEFLON – Inexistencia de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Producto final del que forma parte un componente – Utilización de la marca anterior con respecto a productos finales de terceros – Obligación de motivación»], *DOUE*, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2015.
220. Asunto T-186/12: Sentencia del Tribunal General de 25 de junio de 2015 – Copernicus-Trademarks/OAMI – Maquet (LUCEA LED) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa LUCEA LED – Marca comunitaria denominativa anterior LUCEO – Falta de anterioridad – Reivindicación de prioridad – Fecha de prioridad inscrita en el registro – Documentos de prioridad – Examen de oficio – Derecho de defensa»), *DOUE*, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2015.
221. Asunto T-306/13: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2015 – Silicium España Laboratorios/OAMI – LLR-G5 (LLRG5) [«Marca comunitaria – Procedimiento de anulación – Marca comunitaria denominativa LLRG5 – Motivo de denegación absoluto – Mala fe del titular de la marca comunitaria – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2015.
222. Asunto T-585/13: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2015 – H. P. Gauff Ingenieure/OAMI – Gauff (Gauff JBG Ingenieure) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Gauff JBG Ingenieure – Marcas nacionales y comunitarias denominativas y figurativas anteriores GAUFF – Motivos de denegación relativos – Denegación parcial de registro – Petición de restitutio in integrum – Artículo 81 del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2015.

223. Asunto T-586/13: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2015 – H. P. Gauff Ingenieure/OAMI – Gauff (Gauff THE ENGINEERS WITH THE BROADER VIEW) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Gauff THE ENGINEERS WITH THE BROADER VIEW – Marcas nacionales y comunitarias denominativas y figurativas anteriores GAUFF – Motivos de denegación relativos – Denegación parcial de registro – Petición de restitución in integrum – Artículo 81 del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2015.
224. Asunto T-654/13: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2015 – Gako Konietzko/OAMI (Forma de un recipiente cilíndrico rojo y blanco) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria tridimensional – Forma de un recipiente cilíndrico rojo y blanco – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2015.
225. Asunto T-662/13: Sentencia del Tribunal General de 25 de junio de 2015 – dm-drogerie markt/OAMI – Diseños Mireia (M) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa M – Marca comunitaria denominativa anterior dm – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de similitud entre los signos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2015.
226. Asunto T-60/14: Sentencia del Tribunal General de 17 de junio de 2015 – BMV Mineralöl/OAMI – Delek Europe (GO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa GO – Marca comunitaria figurativa anterior GO – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2015.
227. Asunto T-229/14: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2015 – Norma Lebensmittelfilialbetrieb/OAMI – Yorma's (Yorma Eberl) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Yorma Eberl – Marcas comunitarias y nacionales denominativas anteriores NORMA – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2015.
228. Asunto T-395/14: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2015 – Best-Lock (Europe)/OAMI – Lego Juris (Forma de una figura de juguete) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria tridimensional – Forma de una figura de juguete – Motivos de denegación absolutos – Signo constituido exclusivamente por la forma impuesta por la naturaleza del propio producto – Signo constituido exclusivamente por la forma del pro-

ducto necesaria para obtener un resultado técnico – Artículo 7, apartado 1, letra e), incisos i) y ii), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2015.

229. Asunto T-396/14: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2015 – Best-Lock (Europe)/OAMI – Lego Juris (Forma de una figura de juguete con protuberancia) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria tridimensional – Forma de una figura de juguete con protuberancia – Motivos de denegación absolutos – Signo constituido exclusivamente por la forma impuesta por la naturaleza del propio producto – Signo constituido exclusivamente por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico – Artículo 7, apartado 1, letra e), incisos i) y ii), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2015.
230. Asunto T-621/14: Sentencia del Tribunal General de 24 de junio de 2015 – Infocit/OAMI – DIN (DINKOOL) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa DINKOOL – Marca internacional figurativa anterior DIN – Identificador comercial nacional anterior DIN – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2015.
231. Asunto T-404/10 RENV: Sentencia del Tribunal General de 30 de junio de 2015 – National Lottery Commission/OAMI – Mediatek Italia y De Gregorio (Representación de una mano) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa que representa una mano – Artículo 53, apartado 2, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Existencia de un derecho de autor anterior protegido por el Derecho nacional – Carga de la prueba – Aplicación del Derecho nacional por la OAMI»], *DOUE*, C, núm. 270, de 17 de agosto de 2015.
232. Asunto T-489/13: Sentencia del Tribunal General de 30 de junio de 2015 – La Rioja Alta/OAMI – Aldi Einkauf (VIÑA ALBERDI) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa VIÑA ALBERDI – Marca nacional figurativa anterior VILLA ALBERTI – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – No coexistencia de las marcas – Riesgo de confusión»], *DOUE*, C, núm. 270, de 17 de agosto de 2015.
233. Asunto T-657/13: Sentencia del Tribunal General de 2 de julio de 2015 – BH Stores/OAMI – Alex Toys (ALEX) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ALEX – Marcas nacionales denominativas y figurativa ALEX – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Admisibilidad del recurso ante la Sala de Recurso – Obligación de motiva-

- ción – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 – Inexistencia de similitud entre los productos y servicios designados por las marcas en conflicto – Inexistencia de riesgo de confusión», *DOUE*, C, núm. 270, de 17 de agosto de 2015.
234. Asunto T-618/14: Sentencia del Tribunal General de 29 de junio de 2015 – Grupo Bimbo/OAMI (Forma de una tortilla mexicana) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria tridimensional – Forma de una tortilla mexicana – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 270, de 17 de agosto de 2015.
235. Asunto T-355/11: Auto del Tribunal General de 1 de junio de 2015 – Segovia Bonet/OAMI – IES (IES) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), *DOUE*, C, núm. 270, de 17 de agosto de 2015.
236. Asunto C-147/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 25 de junio de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van beroep te Brussel – Bélgica) – Loutfi Management Propriété intellectuelle SARL/AMJ Meatproducts NV, Halalsupply NV [Procedimiento prejudicial – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 9, apartado 1, letra b) – Efectos – Derecho conferido por la marca comunitaria – Signos idénticos o similares – Prohibición de uso – Riesgo de confusión – Apreciación – Consideración del empleo de una lengua que no sea oficial de la Unión Europea], *DOUE*, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2015.
237. Asunto T-89/11: Sentencia del Tribunal General de 9 de julio de 2015 – Nanu-Nana Joachim Hoepp/OAMI – Vincci Hoteles (NANU) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa NANU – Marca comunitaria denominativa anterior NAMMU – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2015.
238. Asunto T-436/12: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2015 – Deutsche Rockwool Mineralwoll/OAMI – Cerámicas del Foix (Rock & Rock) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa Rock & Rock – Marcas nacionales denominativas anteriores MASTERROCK, FIXROCK, FLEXIROCK, COVERROCK y CEILROCK – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2015.
239. Asunto T-548/12: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2015 – Deutsche Rockwool Mineralwoll/OAMI – Redrock Construction (REDROCK) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa REDROCK – Mar-

- cas nacionales denominativas anteriores **ROCK, KEPROCK, FLEXIROCK, FORMROCK, FLOOR-ROCK, TERMAROCK, KLIMAROCK, SPEEDROCK, DUROCK, SPLITROCK, PLANAROCK, TOPROCK, KLEMMROCK, FIXROCK, SONOROCK PLUS, VARIROCK, SONOROCK** y **MASTERROCK** – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2015.
240. Asuntos acumulados T-98/13 y T-99/13: Sentencia del Tribunal General de 9 de julio de 2015 – CMT/OAMI – Camomilla (Camomilla) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marcas comunitarias figurativas Camomilla – Marca nacional figurativa anterior CAMOMILLA – Motivo de denegación absoluto – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de mala fe del titular de la marca comunitaria – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de similitud entre los productos – Inexistencia de menoscabo para la notoriedad – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 – Artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2015.
241. Asunto T-100/13: Sentencia del Tribunal General de 9 de julio de 2015 – CMT/OAMI – Camomilla (CAMOMILLA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa CAMOMILLA – Marca nacional figurativa anterior Camomilla – Motivo de denegación absoluto – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de mala fe del titular de la marca comunitaria – Motivo de denegación relativo – Uso efectivo de la marca anterior – Elementos adicionales de prueba presentados ante la Sala de Recurso», *DOUE*, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2015.
242. Asunto T-521/13: Sentencia del Tribunal General de 7 de julio de 2015 – Alpinestars Research/OAMI – Tung Cho y Wang Yu (A ASTER) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa A ASTER – Marca comunitaria denominativa anterior A-STARs – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», *DOUE*, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2015.
243. Asunto C-249/14 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 9 de julio de 2015 – Pêra-Grave – Sociedade Agrícola, Unipessoal, Lda./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI), Fundação Eugénio de Almeida (Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca comunitaria figurativa QTA S. JOSÉ DE PERAMANCA – Solicitud de registro – Oposición del titular de las marcas figurativas nacionales anteriores VINHO PÊRAMANCA TINTO, VINHO PÊRAMANCA BRANCO y PÊRAMANCA – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión), *DOUE*, C, núm. 294, de 7 de septiembre de 2015.

244. Asunto C-379/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de julio de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Gerechtshof Den Haag – Países Bajos) – TOP Logistics BV, Van Caem International BV/Bacardi Co. Ltd, Bacardi International Ltd y Bacardi Co. Ltd, Bacardi International Ltd/TOP Logistics BV, Van Caem International BV (Procedimiento prejudicial – Marcas – Directiva 89/104/CEE – Artículo 5 – Productos designados con una marca que se despachan a libre práctica y se incluyen en el régimen suspensivo de impuestos especiales sin el consentimiento del titular de la marca – Derecho del titular de la marca a oponerse a esa inclusión – Concepto de «uso en el tráfico económico»), *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
245. Asunto T-323/12: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – Knauf Insulation Technology/OAMI – Saint Gobain Cristalería (ECOSE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca denominativa ECOSE – Marca nacional denominativa anterior ECOSEC FACHADAS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
246. Asunto T-324/12: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – Knauf Insulation Technology/OAMI – Saint Gobain Cristalería (ECOSE TECHNOLOGY) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca figurativa ECOSE TECHNOLOGY – Marca nacional denominativa anterior ECOSEC FACHADAS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
247. Asunto T-24/13: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – Cactus/OAMI – Del Río Rodríguez (CACTUS OF PEACE CACTUS DE LA PAZ) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa CACTUS OF PEACE CACTUS DE LA PAZ – Marcas comunitarias denominativa anterior CACTUS y figurativa anterior Cactus – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 76, apartados 1 y 2, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
248. Asunto T-215/13: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – Deutsche Rockwood Mineralwoll/OAMI – Reticel ( $\lambda$ ) [«Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca comunitaria figurativa  $\lambda$  – Uso efectivo – Uso como parte de una marca compuesta – Prueba del uso – Artículos 15 y 51, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.

249. Asunto T-333/13: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – Westermann Lernspielverlag/OAMI – Diset (bambino-LÜK) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa bambinoLÜK – Marca comunitaria figurativa anterior BAMBINO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
250. Asunto T-398/13: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – TVR Automotive/OAMI – TVR Italia (TVR ITALIA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa TVR ITALIA – Marcas nacional y comunitaria denominativas anteriores TVR – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Procedimiento de caducidad – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009 – Artículo 15, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
251. Asunto T-611/13: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – Australian Gold/OAMI – Effect Management & Holding (HOT) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca figurativa HOT – Motivos de denegación absolutos – Inexistencia de carácter descriptivo – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 75, segunda frase, del Reglamento núm. 207/2009 – Adhesión al recurso interpuesto ante la Sala de Recurso – Artículo 8, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 216/96 – Adhesión al recurso interpuesto ante el Tribunal General – Artículo 134, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento de 2 de mayo de 1991»], *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
252. Asunto T-55/14: Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2015 – Genossenschaftskellerei Rosswag-Mühlhausen/OAMI (Lembergerland) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Lembergerland – Motivo de denegación absoluto – Marca de vino que contiene indicaciones geográficas – Artículo 7, apartado 1, letra j), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.
253. Asunto T-352/14: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015 – The Smiley Company/OAMI – The Swatch Group Management Services (HAPPY TIME) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa HAPPY TIME – Marca internacional denominativa anterior HAPPY HOURS – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.

254. Asunto T-631/14: Sentencia del Tribunal General de 16 de julio de 2015 – Roland/OAMI – Louboutin (Tono rojo en la plantilla de un zapato) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria consistente en un tono rojo en la plantilla de un zapato – Marca internacional figurativa anterior my SHOES – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.

## PROPIEDAD INTELECTUAL

255. Asunto C-419/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 22 de enero de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – Art & Allposters International BV/Stichting Pictoright (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Artículo 4 – Derecho de distribución – Regla de agotamiento – Concepto de «objeto» – Transferencia de la imagen de una obra protegida de un póster de papel a un lienzo de pintor – Sustitución del soporte – Incidencia sobre el agotamiento), *DOUE*, C, núm. 107, de 30 de marzo de 2015.
256. Asunto C-441/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 22 de enero de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Handelsgericht Wien – Austria) – Pez Hejduk/Energie Agentur. NRW GmbH [Procedimiento prejudicial – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículo 5, punto 3 – Competencias especiales en materia delictual o cuasidelictual – Derechos de autor – Contenido desmaterializado – Puesta en línea – Determinación del lugar del hecho dañoso – Criterios], *DOUE*, C, núm. 107, de 30 de marzo de 2015.
257. Asunto C-463/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de marzo de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Østre Landsret – Dinamarca) – Copydan Båndkopi/Nokia Danmark A/S [Procedimiento prejudicial – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Artículos 5, apartado 2, letra b), y 6 – Derecho de reproducción – Excepción – Copias para uso privado – Reproducciones efectuadas con tarjetas de memoria de teléfonos móviles – Compensación equitativa – Canon aplicable a los soportes – Igualdad de trato – Devolución del canon – Perjuicio mínimo], *DOUE*, C, núm. 138, de 27 de abril de 2015.
258. Asunto C-41/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 26 de febrero de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – Christie’s France SNC/Syndicat national des antiquaires (Procedimiento prejudicial – Directiva 2001/84/CE – Artículo 1 – Propiedad intelectual – Venta en subasta de obras de arte originales – Derecho de participación en beneficio del autor de una obra original – Deu-

dor del canon en concepto del derecho de participación – Comprador o vendedor – Excepción contractual), *DOUE*, C, núm. 138, de 27 de abril de 2015.

259. Asunto C-279/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 26 de marzo de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta domstolen – Suecia) – C More Entertainment AB/Linus Sandberg (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 los derechos afines a los derechos de autor – Artículo 3, apartado 2 – Transmisión en directo de un encuentro deportivo en una página de Internet), *DOUE*, C, núm. 171, de 26 de mayo de 2015.
260. Asunto C-516/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 13 de mayo de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Dimensione Direct Sales Srl, Michele Labianca/Knoll International SpA (Procedimiento prejudicial – Derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Artículo 4, apartado 1 – Derecho de distribución – Concepto de «distribución al público» – Oferta de venta y publicidad hecha por un comerciante de un Estado miembro en su sitio Internet, por correo comercial o en la prensa en otro Estado miembro – Reproducciones de muebles protegidos por el derecho de autor ofrecidos a la venta sin el consentimiento del titular del derecho exclusivo de distribución – Oferta o publicidad que no da lugar a la adquisición del original o de una copia de una obra protegida), *DOUE*, C, núm. 236, de 20 de julio de 2015.
261. Asunto C-580/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Coty Germany GmbH/Stadtparkasse Magdeburg [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual e industrial – Directiva 2004/48/CE – Artículo 8, apartado 3, letra e) – Venta de mercancía falsificada – Derecho de información en el contexto de un procedimiento por violación de un derecho de propiedad industrial – Normativa de un Estado miembro que autoriza a las entidades de crédito a denegar una solicitud de información relativa a una cuenta bancaria (secreto bancario)], *DOUE*, C, núm. 302, de 14 de septiembre de 2015.

#### RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

262. Asunto C-12/15: Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos) el 14 de enero de 2015 – Universal Music International Holding BV/Michael Tétéreault Schilling y otros, *DOUE*, C, núm. 89, de 16 de marzo de 2015.

263. Asuntos acumulados C-503/13 y C-504/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de marzo de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt (C-503/13), Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13) [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos – Directiva 85/374/CEE – Artículos 6, apartado 1, y 9, párrafo primero, letra a) – Marcapasos y desfibriladores automáticos implantables – Riesgo de defecto del producto – Lesión corporal – Extracción del producto supuestamente defectuoso e implantación de otro producto – Reembolso de los costes de la operación], *DOUE*, C, núm. 138, de 27 de abril de 2015.
264. Asunto C-534/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 4 de marzo de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato – Italia) – Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare y otros/Fipa Group Srl, Tws Automation Srl, Ivan Srl (Procedimiento prejudicial – Artículo 191 TFUE, apartado 2 – Directiva 2004/35/CE – Responsabilidad medioambiental – Normativa nacional que no prevé que la Administración pueda obligar a los propietarios de los terrenos contaminados que no hayan contribuido a esa contaminación a ejecutar medidas preventivas y reparadoras y establece únicamente la obligación de reembolso de las actuaciones realizadas por la Administración – Compatibilidad con los principios de quien contamina paga, de cautela, de acción preventiva y de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma), *DOUE*, C, núm. 138, de 27 de abril de 2015.
265. Asunto C-556/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 26 de marzo de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas – Lituania) – «Litaksa» UAB/«BTA Insurance Company» SE (Procedimiento prejudicial – Seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles – Directiva 90/232/CEE – Artículo 2 – Diferencia en el importe de la prima del seguro en función del territorio de circulación del vehículo), *DOUE*, C, núm. 171, de 26 de mayo de 2015.
266. Asunto T-217/11: Sentencia del Tribunal General de 29 de abril de 2015 – Staelen/Defensor del Pueblo («Responsabilidad extracontractual – Tramitación por el Defensor del Pueblo de una reclamación relativa a la gestión de la lista de aptitud de los candidatos de una oposición general – Facultades de investigación – Deber de diligencia – Pérdida de una oportunidad – Daño moral»), *DOUE*, C, núm. 198, de 15 de junio de 2015.
267. Asunto C-120/14 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 22 de abril de 2015 – Christoph Klein/Comisión Europea (Recurso de casación – Responsabilidad extracontractual – Directiva 93/42/CEE – Artículos 8 y 18 – Productos sanitarios – Inacción de la Comisión tras la notificación de una decisión

**de prohibición de comercialización – Plazo de prescripción – Efecto suspensivo de una solicitud de asistencia jurídica gratuita en el plazo de prescripción – Procedimiento de cláusula de salvaguardia), *DOUE*, C, núm. 205, de 22 de junio de 2015.**

268. **Asunto C-51/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 29 de abril de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Rotterdam – Países Bajos) – Nationale-Nederlanden Levensverzekering Mij NV/Hubertus Wilhelmus van Leeuwen (Procedimiento prejudicial – Seguro directo de vida – Directiva 92/96/CEE – Artículo 31, apartado 3 – Informaciones que deben proporcionarse al tomador – Obligación del asegurador de comunicar informaciones adicionales relativas a los gastos y las primas en virtud de principios generales del Derecho nacional), *DOUE*, C, núm. 213, de 29 de junio de 2015.**
269. **Asunto C-671/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 25 de junio de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas – Lituania) – en los procedimientos incoados por «Indėlių ir investicijų draudimas» VI, Virgilijus Vidutis Nemaniūnas (Procedimiento prejudicial – Directivas 94/19/CE y 97/9/CE – Sistemas de garantía de depósitos y de indemnización de los inversores – Instrumentos de ahorro y de inversión – Instrumento financiero en el sentido de la Directiva 2004/39/CE – Exclusión de la garantía – Efecto directo – Requisitos para poder acogerse a la Directiva 97/9/CE), *DOUE*, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2015.**



## BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**  
Universidad de Málaga

### Libros \*

**MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (Dir.): *Comentarios a la Ley de contratos de crédito al consumo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 1441 pp.**

La ley de contratos de crédito al consumo se encuentra entre ese grupo de normas más bien desconocidas que pueden sacar de muchos apuros al que se tome la molestia de consultarlas. Personalmente, reconozco que no me interesé por la ley de crédito al consumo –antecesora de la actual– hasta que la quiebra de las academias de inglés Openning en 2002 dejó al descubierto el problema de numerosos usuarios que habían contratado un crédito para la adquisición de un bien o servicio cuya prestación luego resultaba fallida. Ya entonces aquella norma, interpretada con generosidad o aplicada analógicamente por nuestros tribunales –pues el texto original de su artículo 15 resultó ser muy restrictivo–, prestó un buen servicio a aquellos usuarios. Desde entonces ha pasado el tiempo, los problemas en parte se han agravado, se ha producido una crisis económica que si en algo ha incidido es en el crédito y en el consumo, y la Unión Europea ha acabado por publicar una nueva Directiva, sustituyendo a otra anterior, que ha sido traspuesta en la actual Ley 16/2011 de contratos de crédito al consumo. Vicisitudes todas ellas que se reflejan en la propia Ley, y en la Directiva de la que trae causa, la 2008/48/CE, que acumula todas las experiencias pasadas para intentar evitar que se repitan los errores en el futuro.

El extenso volumen de los comentarios a esta ley, dirigido por el profesor Manuel Jesús Marín, constituye en realidad un exhaustivo tratado del crédito al consumo. Se trata de mil cuatrocientas cuarenta y una páginas en las que se analizan y detallan todos los problemas a que puede dar la aplicación de la ley, y las lagunas que esta puede presentar. El grupo de autores que participan en los comentarios abarca fundamentalmente profesores especialistas en Derecho de consumo, pero se ve enriquecido por la participación de algunos notarios que se han ocupado de aquellas cuestiones de naturaleza más económica.

No se puede en una reseña entrar a comentar en detalle aspectos concretos de la obra. Sí que quiero reseñar alguna de sus características y virtudes. Así, destaca la coherencia interna de los comentarios, en los que se han evitado las divergencias de criterio y las reiteraciones temáticas, y en los que los autores se remiten al lugar preciso del comentario paralelo. También destaca el carácter abierto del texto, que no se reduce a la ley objeto de comentario, sino que realiza numerosas remisiones a otras normas, como la Ley 28/1998 de venta a plazos de bienes muebles, la Ley 2/2009 sobre contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, el texto

---

\* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, la ley de usura y numerosísima normativa del sector bancario. Igualmente hay que resaltar, aunque ya lo he mencionado, la conseguida colaboración entre profesores y notarios, en la que los primeros se han ocupado de los aspectos más doctrinales y los segundos de las vertientes más económicas de la ley –consiguiendo, por cierto, hacerla perfectamente comprensible para el lego en estas últimas cuestiones–.

Aunque he dicho que no pretendo comentar cuestiones concretas tratadas en el volumen, no me resisto a destacar algunos puntos. Es muy valiosa, y demuestra un amplio conocimiento de la materia, la detallada sistematización de los contratos que se engloban en el ámbito de aplicación de la ley que hace el director de la obra comentando el artículo 1. Igualmente útil es el comentario del profesor Bustos Lago, en los artículos 10 y 12, a las especialidades de los deberes de información del prestamista, así como a los problemas de error por falta de intelección de la información suministrada, tan frecuentes en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre contratos bancarios. Muy acertada, también en un tema de actualidad, es la crítica que realiza Fernando Peña López al artículo 22, en cuanto que el pacto de interés variable puede llevar, en ciertos casos, a desagradables sorpresas al consumidor, que no vendrán provocadas por los cambios del índice de referencia, sino por la propia previsión contractual predispuesta por el prestamista y a la que no sale al paso la norma. No faltan lógicamente algunos puntos en que el criterio mantenido por los comentarios puede ser puesto en duda –así, cuando se sostiene en el comentario al artículo 2 un concepto de consumidor no del todo coincidente con el de la Ley de consumidores y usuarios–, pero la realidad es que incluso entonces la argumentación de los autores resulta plenamente razonable atendiendo a los problemas que se plantean. En líneas generales, y hasta en lo cuidado de la edición, la obra marca la línea a seguir en los comentarios a textos legales de esta naturaleza.

Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO  
Profesor Titular de Derecho civil  
Universidad de Málaga

**RUIZ MUÑOZ, Miguel: *Derecho europeo y español sobre operaciones no autorizadas con instrumentos de pago (en especial tarjetas de pago)*, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid, Colección electrónica, 2014, 170 pp.**

No es la primera vez que hago una reseña a una monografía del profesor Miguel Ruiz Muñoz en esta revista. Hace algunos años reseñé su excelente libro «Derecho europeo de la responsabilidad civil del fabricante» (ADC, 2005, II, pp. 862-868). Ya puse de relieve que no era necesario presentar al autor. Basta decir que en la actualidad es Catedrático acreditado de Derecho Mercantil y Director del Departamento de Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, con una amplia obra, sobradamente conocida, por su indudable calidad, que se extiende por diversos sectores del Derecho Mercantil y en general, del Derecho privado. Pocos autores conocen

como él la problemática que plantea la defensa de los consumidores, y en esta línea se sitúa la monografía, objeto de la presente recensión, publicada hace algunos meses, la cual parte, como la anterior, del Derecho europeo, con una finalidad marcadamente protectora del titular de instrumentos de pago cuando se utilizan sin su autorización.

Voy a referirme, aunque sea brevemente, al contenido de la obra, a fin de que el lector pueda tener conocimiento de las principales cuestiones que se abordan en la misma, sobre un tema de suma actualidad, que por su trascendencia social y económica interesa a todos los juristas, lo que explica la preocupación existente en el Derecho europeo, que se advierte en los países de la Unión Europea, y en concreto, en el nuestro.

La Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago en el mercado interior contiene una amplia regulación sobre la utilización no autorizada de los instrumentos de pago, remediándose de esta manera el grave problema que planteaba la insuficiente reglamentación que aparecía en las Directivas 97/7/CE y 2002/65/CE. El nuevo régimen se contiene fundamentalmente en los artículos 54 a 61. En la Directiva se subraya la necesidad de desarrollar normas más detalladas sobre el uso fraudulento de las tarjetas de pago.

La enorme trascendencia de la materia explica que esta Directiva imponga una armonización plena, de tal manera que, como regla general, los Estados miembros no podrán introducir disposiciones diferentes a las armonizadas, con dos salvedades: la relativa a la posible equiparación de las microempresas con los consumidores y la posible minoración de la responsabilidad de los ordenantes en los casos de operaciones de pago no autorizadas.

En principio, todo el Título IV de la Directiva tiene un ámbito subjetivo de aplicación universal, incluyendo tanto a los consumidores como a los profesionales o empresarios, con la particularidad de que algunas de las normas tienen carácter dispositivo si el usuario de los servicios de pago no es un consumidor.

Lo dispuesto en esta importantísima Directiva ha sido incorporado al Derecho español, como no podía ser de otra manera, por la razón apuntada, mediante la promulgación de la Ley 16/2009, de Servicios de Pago (en adelante, LSP), siendo especialmente importantes los artículos 25 a 32, que son fiel reflejo de los artículos 54 a 61 de la Directiva. No obstante, como observa Ruiz Muñoz, se ha llevado a cabo una transposición incompleta. Recientemente, ha sido derogado el artículo 46 LOCM. Sin embargo, el artículo 106 del TRLGDCU continúa en vigor, sin ningún tipo de modificación de su contenido. A pesar de esto, el problema puede solventarse en virtud de la aplicación de la Disposición derogatoria general de la LSP, que afecta a todas las normas de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la misma.

El régimen de la Directiva parte de un principio fundamental, como es el de la necesidad de contar con el consentimiento del ordenante para la autorización de las operaciones de pago.

Las operaciones no autorizadas pueden ser anuladas por el ordenante, lo cual responde al principio de seguridad jurídica, de acuerdo con el cual, nadie puede disponer del patrimonio de otro sin contar con su consentimiento. Ahora bien, por razones de seguridad del tráfico determinado tipo de operaciones no autorizadas o ejecutadas incorrectamente van a quedar validadas siempre que el titular del derecho (el ordenante) no cumpla con su deber de notificación o reclamación, salvo que se produzca el incumplimiento de los deberes informativos del proveedor de servicios de pago.

En todo caso, hay que desechar una posible norma deducida *a contrario sensu*, como es la consistente en que la autorización no fuese necesaria en las relaciones con los no consumidores. En las relaciones entre empresarios o profesionales, la autorización es tan necesaria como en las demás.

Sin perjuicio de los posibles acuerdos entre las partes respecto a la forma de prestar el consentimiento, el sistema legal establecido admite la aceptación tácita de ciertas operaciones, y en concreto, cuando no se formularon objeciones a las anotaciones incluidas en los extractos de cuenta remitidos por la entidad proveedora de los servicios de pago.

Tanto la Directiva como la LSP exigen una pronta notificación-reclamación del usuario al proveedor de los servicios de pago, pero computada desde el momento del conocimiento real de las operaciones no autorizadas. No obstante, el proveedor siempre podrá intentar probar dicho conocimiento real por el usuario/ordenante de las operaciones no autorizadas, ya que la carga de la prueba recae sobre él, por lo que desde ese momento se aplicará la regla general de la notificación sin demora, y por tanto, la aceptación tácita. Ahora bien, si la anterior prueba no se produce, transcurrido el plazo de trece meses, y salvo si no se ha facilitado la información correspondiente, el usuario o titular del instrumento de pago que no haya realizado la notificación-reclamación no podrá exigir la devolución a que se refiere el artículo 60 de la Directiva, que se corresponde con el artículo 31 de la LSP, porque estaríamos ante una aceptación tácita.

Ruiz Muñoz analiza con rigor cada uno de los deberes del usuario de los instrumentos de pago. En primer lugar se refiere a los deberes de uso correcto y de custodia, con la obligación del usuario de tomar todas las medidas razonables para proteger los elementos de seguridad personalizados de que vaya provisto el instrumento de pago, con una excelente exposición de la casuística judicial, teniendo especialmente en cuenta el deber de no anotar el NIP en el instrumento de pago o en documentos adjuntos. En segundo lugar, a los deberes de notificación y de reclamación en caso de extravío, robo, sustracción o cualquier utilización no autorizada de la tarjeta, que constituyen cargas de carácter informativo y de colaboración, porque la ley y la buena fe negocial imponen al acreedor que informe diligentemente para el correcto cumplimiento de la prestación.

La importante STS de 16 de diciembre de 2009 enjuicia la validez de las cláusulas que establecen el plazo para la comunicación del extravío o sustracción de la tarjeta, considerando que las cláusulas que establecen que la comunicación debe ser de forma inmediata, urgentemente, a la mayor brevedad, merecen el calificativo de imprecisas, inciertas y abusivas. El TS aboga en su lugar por una fórmula similar a la contenida en la Directiva y la LSP, «sin demora indebida en cuanto se tenga conocimiento de ello».

Como observa Ruiz Muñoz, lo relevante de la sentencia no es tanto el plazo para la denuncia, como la fijación del *dies a quo*, que ni puede ser dejado en blanco ni tampoco se puede fijar de manera que impida la posibilidad del conocimiento de los hechos. Como bien dice el juzgador, tan abusivo puede ser lo uno como lo otro. Un plazo por debajo de veinticuatro horas desde el conocimiento debería ser considerado como un plazo abusivo por su excesiva brevedad. En cuanto a los casos de notificaciones realizadas pasados solo unos días desde el conocimiento, hay que valorar que al usuario/ordenante solo se le podrán imputar todas las pérdidas por las operaciones de pago no autorizadas en los casos de negligencia grave, tratándose de una cuestión enormemente casuística. Por lo que se refiere a la carga de la prueba

del momento de la presentación de la denuncia, la mayor disponibilidad y facilidad para la prueba por parte del proveedor de los servicios de pago, permite desplazar la carga probatoria sobre el mismo. Por razones de seguridad del tráfico, como complemento de la regla general, se fija un plazo de trece meses desde la fecha del adeudo, pero ya sin necesidad del conocimiento real, aunque sí con la posibilidad de dicho conocimiento. Se trata de un plazo de caducidad, al constituir una norma de cierre del sistema, siendo mucho más efectiva la caducidad que la prescripción. Además, este plazo tiene carácter dispositivo cuando el usuario no sea consumidor, pudiendo convenir las partes un plazo distinto.

A continuación, Ruiz Muñoz se refiere con análoga precisión a las obligaciones del proveedor de los servicios de pago. Sobre él recae un deber general de diligencia y diversos tipos de obligaciones respecto a los instrumentos de pago que emite.

El deber general de diligencia del proveedor de servicios de pago frente al usuario de los mismos viene determinado, como dice Ruiz Muñoz, por el artículo 1104 CC, que alude al modelo del buen padre de familia pero también y en primer lugar a las circunstancias del caso, y es esto último lo que nos sitúa ante un deber de diligencia más riguroso que debe tener como modelo a un buen profesional dentro del sector de actividad que desarrolla, que en este ámbito es el financiero, el cual exige la máxima cualificación y, por tanto, la máxima diligencia.

Con una adecuada determinación de su contenido, se examina en primer lugar la obligación de entrega del instrumento de pago y de los elementos de seguridad personalizados del mismo. En segundo lugar, una obligación de carácter negativo, como es la prohibición del envío de instrumentos de pago no solicitados. En tercer lugar, la obligación de facilitar al usuario de los servicios de pago los medios de comunicación adecuados. En cuarto lugar, la obligación de impedir (bloquear) la utilización de los instrumentos de pago una vez efectuada la notificación en caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada a que se refiere el artículo 56. 1 b) de la Directiva y el artículo 27 b) LSP. En quinto lugar, la obligación de comunicar al usuario sin demoras injustificadas las operaciones de pago ejecutadas y anotadas. En sexto y último lugar, la obligación de anulación-devolución del importe de las operaciones no autorizadas.

En los casos de uso indebido de los instrumentos de pago se plantea la cuestión de la carga de la prueba. De los diferentes supuestos de uso indebido, sustracción, falsificación o utilización de los datos identificativos de la tarjeta, este último es el que está suscitando mayores problemas, especialmente porque permite su utilización para celebrar contratos a distancia, ya sea por el medio tradicional telefónico o por la vía de Internet. También hay que tener en cuenta los supuestos de clonación de tarjetas sin conocimiento del titular. En los casos en los que un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada, la carga de la prueba de que la operación se realizó correctamente y que debe ser imputada a dicho usuario corresponde al proveedor de servicios de pago. Como puntualiza Ruiz Muñoz, la cuestión fundamental, especialmente en las relaciones con consumidores, o cuando no existe pacto al respecto en los otros casos, consiste en determinar qué prueba será suficiente por parte del proveedor de servicios de pago para imputar la ejecución de una concreta operación de pago al usuario del servicio de pago. El dato normativo clave es que el mero registro electrónico de la utilización del instrumento de pago por el provee-

dor no bastará, necesariamente, para la prueba, ya se trate de la autorización, de un comportamiento fraudulento o del incumplimiento deliberado o por negligencia grave de alguna de las obligaciones impuestas al usuario de los servicios de pago por los artículos 56 de la Directiva y 22 LSP. Operará el arbitrio judicial en la valoración de la prueba.

La razón que explica que exista un reparto del riesgo favorable al usuario o titular del instrumento de pago, salvo en los supuestos de actuación fraudulenta o negligencia grave de este, estriba en el hecho de que se está ante un sistema de pago ideado y controlado o, en todo caso, asumido como tal por el proveedor.

La cuestión a la que Ruiz Muñoz dedica un mayor tratamiento es la relativa a la responsabilidad del usuario/ordenante por las operaciones de pago no autorizadas. Esto se explica por las consecuencias jurídicas que derivan de la misma en diversos ámbitos.

Para configurar el régimen de esta responsabilidad, se tiene en cuenta lo que disponen los artículos 61 de la Directiva y 32 LSP, así como lo afirmado por nuestra doctrina más autorizada al referirse a la responsabilidad contractual y, en concreto, a los artículos 1101 y ss. CC. Debo destacar que es una labor científica meritoria conectar con rigor lo que establecen las leyes especiales, como por ejemplo la LSP, con la normativa general del CC sobre la responsabilidad contractual.

Los preceptos mencionados de la Directiva y de la LSP tienen una doble naturaleza, imperativa y dispositiva. La primera respecto a las relaciones con los consumidores y la segunda cuando el ordenante no lo es.

Como regla general, se impone al ordenante una auténtica franquicia, como señala Ruiz Muñoz, con una responsabilidad hasta un máximo de ciento cincuenta euros, por las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas a consecuencia de la utilización de un instrumento de pago extraviado o robado o si el ordenante no ha protegido los elementos de seguridad personalizados de la sustracción de un instrumento de pago. Se hace aplicación de la conocida doctrina del *moral hazard* o del riesgo moral, acuñada por los especialistas en el análisis económico del Derecho. Al asignar una parte del riesgo al ordenante, se pretende incentivar en el titular del instrumento de pago un comportamiento prudente que favorezca la reducción del número de siniestros, ofreciendo incentivos para que el usuario de servicios de pago comunique sin demora a su proveedor toda pérdida o robo de un instrumento de pago, y reducir así el riesgo de operaciones no autorizadas. El usuario solo debe ser responsable por un importe limitado, salvo en el caso de fraude o grave negligencia.

En las relaciones con consumidores, no cabe el incremento de la franquicia, pero sí una posible reducción o incluso su eliminación por las partes.

La Propuesta de nueva Directiva de servicios de pago de 2013 pretende rebajar el importe mencionado a la cifra de cincuenta euros, sin que se haga ninguna exclusión, dándose cabida a todo tipo de supuestos, como el robo, el extravío o la apropiación indebida. Pero, como observa Ruiz Muñoz, es criticable que se igualen en su tratamiento jurídico supuestos que pueden ser desiguales o, dicho de otro modo, hacer desaparecer la distinción entre los supuestos con o sin riesgo moral.

Se distingue entre las pérdidas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o robado, en cuyo caso no da relevancia a si el ordenante ha protegido o no los elementos de seguridad, de tal manera que soportará las pérdidas hasta el máximo fijado por la franquicia, porque aquí

de lo que se trata es de la protección o cuidado del instrumento de pago. Y por otro lado, las pérdidas derivadas de la sustracción de esos mismos instrumentos de pago, supuesto en el que dicha responsabilidad no se le impone, salvo si el ordenante no ha protegido los elementos de seguridad personalizados porque son los que permiten o facilitan la utilización indirecta del instrumento de pago. Se trata de operaciones de pago que se pueden realizar sin la posesión de la tarjeta, en particular en la contratación a distancia, ya sea por vía telefónica o por Internet, donde las operaciones se cierran por los datos identificativos del titular que figuran en la tarjeta. También hay que considerar aquí incluidos los supuestos de falsificación, clonación, *phishing* o *pharming* de tarjetas.

El fundamento de la distinción de ambos supuestos y su diferente tratamiento jurídico, está justificado porque marcan distancias entre los casos en los que cabe algún tipo de reproche al ordenante de aquellos otros en los que dicho reproche no procede. En el primer grupo entrarían los casos de extravío y robo, porque respecto a los mismos cabe la posibilidad de un cierto reproche a los titulares de instrumentos de pago, por lo que el establecimiento de la franquicia se puede entender justificado. Y en el segundo, los casos de sustracción o más exactamente, de apropiación indebida, porque en estos, salvo por lo que se refiere a la custodia de los elementos de seguridad personalizados, no ha lugar en principio a otro tipo de reproches, ni tampoco cabría la posibilidad de mejorar su nivel de cuidado con la imposición de una franquicia.

En contraste con la Directiva, la LSP ha fundido en uno solo los dos supuestos, aludiendo a la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído. La consecuencia de este modo de legislar es que los ordenantes españoles pueden ver agravada su posición respecto a lo establecido en la Directiva, a pesar de que, como vimos, impone una armonización plena, porque la franquicia de ciento cincuenta euros se les va a aplicar en todo caso. No obstante, como puntualiza Ruiz Muñoz, frente a los que constituye un incumplimiento del mandato comunitario, es factible salvar dicho incumplimiento mediante una interpretación del texto español que sea conforme a la Directiva. La interpretación conforme al texto comunitario es necesaria y posible con apoyo en la doctrina del TJCE, distinguiendo ambos supuestos.

El límite de los ciento cincuenta euros es un límite total y absoluto, de modo que no cabe plantearse posibles ampliaciones de su importe en razón del número de operaciones, de los días transcurridos sin la notificación o de cualquier otro criterio.

El ámbito de aplicación de la norma general del artículo 61 de la Directiva y 32.1 LSP no se agota en los casos expresamente mencionados, sino también deben quedar comprendidos los supuestos de incumplimiento por negligencia leve de algunas de las obligaciones de los artículos 56 de la Directiva y 27 LSP.

La Directiva, a la que sigue la LSP, agrava la responsabilidad del ordenante hasta la totalidad de las pérdidas por las operaciones de pago no autorizadas, que sean fruto de su actuación fraudulenta o del incumplimiento deliberado o por negligencia grave de una o varias de sus obligaciones. En estos casos no es aplicable el límite máximo de responsabilidad de ciento cincuenta euros.

Con respecto a las actuaciones fraudulentas, se piensa en comportamientos colusorios de connivencia entre el titular de la tarjeta y un tercero, y en comportamientos fraudulentos adoptados por el titular de la tarjeta fingiendo

que se trata de una operación no autorizada, o bien de cualquier otro tipo de engaño. Este tipo de comportamientos puede ser constitutivo de delito.

Existe un deber del ordenante de utilización del instrumento de pago de acuerdo con las condiciones que regulan su emisión y utilización, como la custodia del instrumento de pago y de los elementos de seguridad personalizados, y un deber de notificación.

No es suficiente cualquier tipo de incumplimiento, sino que se ha de tratar de incumplimientos deliberados o por negligencia grave, con las mismas consecuencias. En relación con la carga probatoria del actor, esta queda reducida en la práctica a la aportación de algunos hechos indiciarios de las operaciones no autorizadas, como la formalización de la correspondiente denuncia ante la policía o la verificación del uso anormal de la tarjeta.

Ruiz Muñoz muestra la casuística jurisprudencial, a fin de determinar cuándo un comportamiento culposos se puede equiparar a uno doloso.

El incumplimiento por el usuario de la carga de notificar debidamente al proveedor de servicios de pago las operaciones no autorizadas le va a impedir exigir la correspondiente devolución de los importes dispuestos. No obstante, como dice el autor, esta sanción puede parecer desproporcionada en algunos casos. Especialmente en aquellos supuestos en los que el grado de negligencia en el incumplimiento de la notificación se puede calificar de leve.

En cuanto al alcance de la responsabilidad, el ordenante doloso o con culpa grave ha de soportar todas las pérdidas, sin que exista ningún tipo de limitación legal. Dado que estamos ante un ordenante doloso o con culpa grave, debería correr también con las pérdidas que van más allá del límite contratado.

Ruiz Muñoz se refiere también a los descubiertos en cuenta corriente por el uso de instrumentos de pago, poniendo de relieve que, además de tratarse de una práctica frecuente autorizada por las entidades de crédito, la apariencia más formal que real del favor se desvela si recordamos los elevadísimos intereses que en estos casos cobran las entidades bancarias, que además de nulos por abusivos han llegado a ser tildados por los tribunales en algún caso como usurarios e inmorales.

La monografía concluye con una cumplida referencia a las causas de exoneración de la responsabilidad.

La Directiva, como la LSP, establece que, salvo actuación fraudulenta, el ordenante no soportará consecuencia económica alguna por la utilización, con posterioridad a la notificación, de un instrumento de pago extraviado, robado o sustraído. Se deben entender incluidos los supuestos de falsificación o clonación de la tarjeta, como también los de apropiación indebida de los elementos personales de identificación que permitan su utilización.

Como observa Ruiz Muñoz, la exoneración de toda responsabilidad se justifica porque, a partir del momento de la notificación, el riesgo por el uso no autorizado del instrumento de pago se transfiere al proveedor de los servicios de pago, de tal manera que el proveedor está obligado a evitar su utilización ilegítima mediante el correspondiente bloqueo, que deberá efectuar de manera inmediata.

De esta liberación de responsabilidad solo quedan excluidas las conductas fraudulentas del ordenante, pero no los actos negligentes. Los actos fraudulentos han de entenderse en sentido estricto, es decir, solo los actos dolosos, a los que no son asimilables, a estos efectos, los comportamientos con culpa grave. Hay que tener en cuenta que la norma exige el fraude como elemento subjetivo del tipo.

En la monografía figura una tabla de correspondencias entre la Directiva y la LSP, así como la bibliografía consultada, donde junto a las obras específicas sobre la materia, aparece una amplia referencia de las monografías y los estudios doctrinales más importantes sobre la teoría general de las obligaciones publicados en nuestro país. Esto es lógico, por la íntima conexión existente en la normativa específica sobre las operaciones no autorizadas con instrumentos de pago, fundamentalmente con tarjetas, y la normativa general sobre obligaciones, que el autor conoce muy bien, siendo una de las razones básicas que explican que estemos en presencia de una obra de indudable calidad.

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad Carlos III de Madrid

**SCHOLLMAYER, Mario: *Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage. Zurechnung und Haftung bei Geschäftsgrundlagenstörungen gemäß § 313 BGB*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2014, 491 pp.**

El § 313, en su redacción actual, fue introducido en el BGB a través de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del 1 de enero de 2002. En él se legaliza una larga tradición doctrinal y jurisprudencial, que arranca de la cláusula *rebus sic stantibus* del Derecho común y llega, a través de Windscheid (teoría de la *Voraussetzung*), hasta la conocida doctrina de Paul Oertmann sobre la «base del negocio» (*Geschäftsgrundlage*), reformulada por Karl Larenz (*Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung «veränderter Umstände» im Zivilrecht*<sup>3</sup>, Köln, 1963), que ha dominado la jurisprudencia del BGH, a pesar del voluntarismo y subjetivismo de los términos del BGB original, sobre la base de la aplicación del principio de buena fe (*Treu und Glauben*) del § 242. Como es sabido, la «base del negocio» no es sino «aquella representación mental de una de las partes, que es conocida y no rechazada en su totalidad por la otra o a la común representación de las diversas partes, sobre la existencia o sobre la aparición de ciertas circunstancias en las que se basa la voluntad negocial, de tal manera que si no existen esas circunstancias o desaparecen posteriormente, sin que ninguna de las partes haya asumido el riesgo de su desaparición, la parte perjudicada tiene derecho a resolver el contrato» (cfr. L. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 2<sup>4</sup>, Madrid, 1993, p. 878). La quiebra o destrucción de la base del negocio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) legitimaría, pues, a las partes para solicitar una modificación de los términos del contrato o, eventualmente, para su resolución. Ese es el planteamiento que encontramos hoy positivizado en otros ordenamientos jurídicos y en el nuevo § 313 BGB, que se corresponde a su vez con los desarrollos que aparecen en los textos más modernos del Derecho uniforme (art. 6.2.1-3 Principios Unidroit) y el nuevo *soft law* europeo (art. 6:111 PECL, art. 3.-1:110 DCFR, art. 97 Código Europeo de Contratos). Como todo el contenido de la *Schuldrechtsmodernisierung*, este nuevo contenido del § 313 BGB ha sido glosado hasta la saciedad, y la bibliografía al respecto es simplemente inagotable.

El libro que aquí comentamos es uno más de esos innumerables comentarios en torno a esta importante disposición, si bien hay que decir que es uno de los más profundos y yendiosos que hemos tenido ocasión de ver. El libro

es producto de la tesis doctoral del autor, dirigida por el profesor Roland Schwanze y defendida en la Universidad de Hannover en verano de 2013, pero no presenta el formato habitual de otras tesis alemanas –trabajos sencillos y precisos sobre temas muy acotados y con la bibliografía justa–, sino que se trata de un sólido volumen con abundantísima información y un análisis muy detallado de todas las cuestiones que se plantea, y otras de corte más metodológico general que van surgiendo al hilo del desarrollo de la tesis. Es un trabajo muy serio, de gran complejidad, que no resulta fácilmente asequible al público poco acostumbrado a la jerga de la dogmática alemana, pero cuya lectura resulta un ejercicio estimulante y de gran intensidad.

La tesis parte de una investigación en torno a la posibilidad de una exigencia de responsabilidad de la parte contractual liberada de la prestación según el § 313 BGB conforme a las valoraciones establecidas en el § 122 (deber de indemnizar del que impugna la validez de un negocio) y de la indemnización de daños en lugar de la prestación. Sin embargo, el abordaje de este tema ha obligado al autor a ampliar el campo de su mirada para cubrir asimismo un análisis completo de los perfiles del instituto desde el punto de vista de la responsabilidad en sus relaciones con las reglas generales sobre el error negocial y el incumplimiento. Su tesis de fondo consiste en la idea de que una dogmática correcta de la «base del negocio» exige dejar de lado lo que él llama el «nivel primario» (*Primärebene*) –esto es, la resolución del contrato y la liberación inmediata del perjudicado por la alteración de las circunstancias que obliga a la aplicación del texto legal– y buscar soluciones en el «nivel secundario» (*sekundärrechtlich*) del régimen del resarcimiento de daños. El A. critica que hasta ahora la jurisprudencia alemana haya tendido a combinar las pretensiones de compensación por parte del adversario de la aplicación de la cláusula del § 313 con una resolución del contrato o una eliminación de los deberes contractuales primarios de las partes y a ver esa consecuencia jurídica como un modo de adecuación del contrato a las nuevas circunstancias no previstas. Y esto es así porque el § 313 no prevé ninguna clase de responsabilidad indemnizatoria (*Sekundärhaftung*) del perjudicado por la alteración de las circunstancias (i. e. el beneficiado por la aplicación de la cláusula). Pero ello no responde en realidad al necesario equilibrio de intereses que se desprende de un análisis sistemático del ordenamiento, por lo que se hace necesaria una interpretación *praeter legem* de las normas de responsabilidad *ex* § 313 BGB, de modo que sea posible determinar una responsabilidad a nivel secundario por vía analógica.

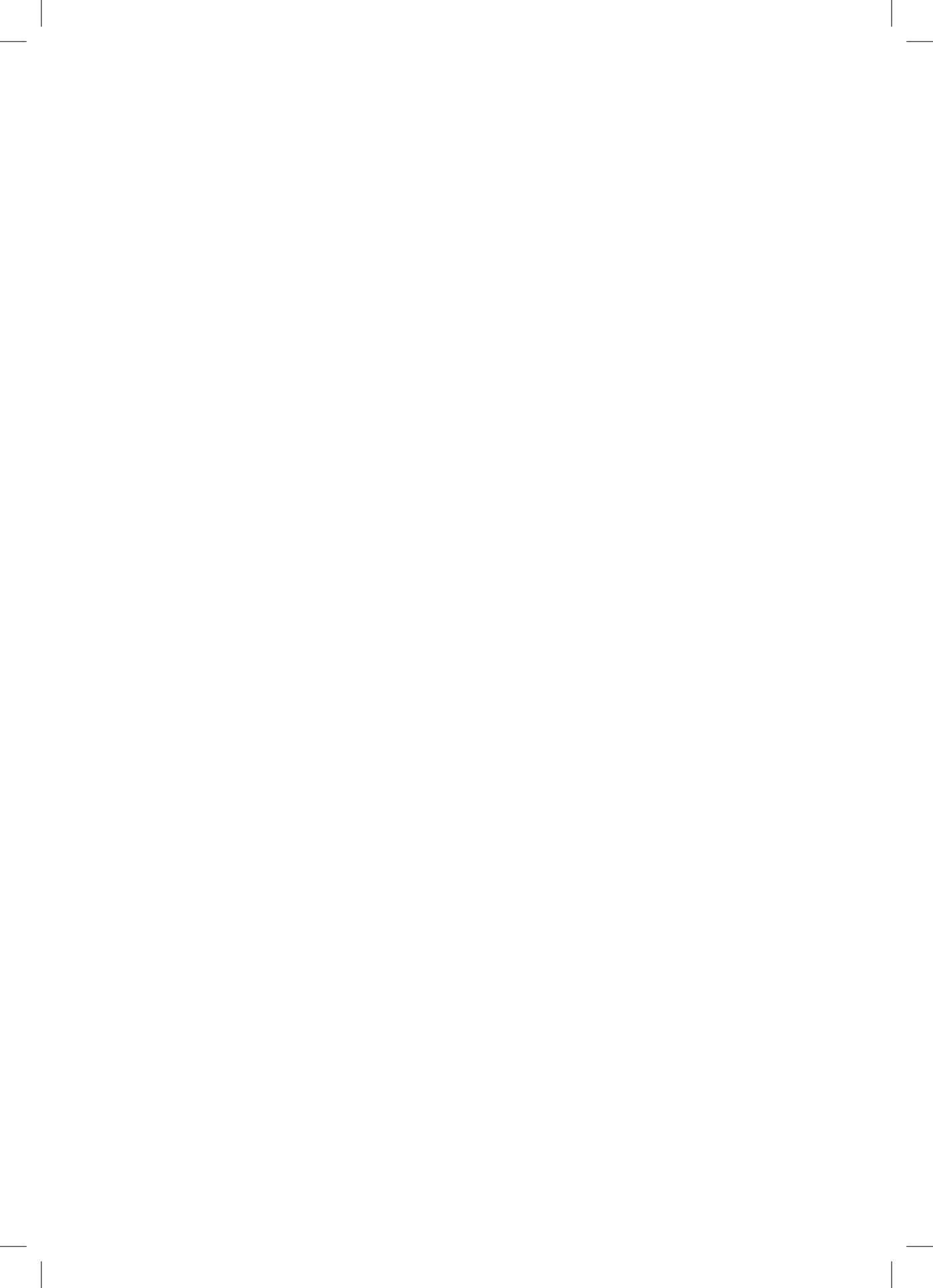
El texto se divide en cuatro grandes apartados. El primero (pp. 1-57) presenta la fundamentación teórica de la investigación, señalando los principios cuyo equilibrio busca el mencionado § 313 a través de los grupos de casos fundamentales que giran en torno a ese texto legal. El A. se centra en aquellos supuestos en que pueden detectarse conflictos sistemáticos entre los supuestos de hecho contemplados en el § 313 y los que corresponden a las normas del error y el incumplimiento contractual. Metodológicamente, distingue entre aquellos casos en que puede hallarse una solución *secundum legem* (mediante la interpretación teleológica de la norma) y aquellos otros en que procede una solución normativa *praeter legem* (a través del método analógico). A continuación, la segunda parte (pp. 59-106) trata de la dogmática subjetivo-normativa de la «base del negocio», que el A. ve como una suerte de «acuerdo cuasi-negocial», y clasifica los diversos grupos de casos anteriormente identificados en unos supuestos en el ámbito de las reglas del error, y en otros en el de las del incumplimiento. Sobre la base de estas premisas se articula la tercera parte (pp. 107-291), que trata de hacer una

articulación de la doctrina de la «base del negocio» *secundum legem*, mediante el análisis del principio de inexigibilidad (*Unzumutbarkeitsprinzip*) contenido en el § 313 BGB, considerando el juego del principio del riesgo y el principio de la culpa en ese terreno. Aquí distingue el A. los casos en que existe un error común de las partes en la valoración de las expectativas derivadas del contrato (como se recoge en el § 313 párrafo 2), los casos en que se produce una alteración en relación con el plan de gastos previsto por el deudor y aquellos en que la hay en el aprovechamiento de la prestación previsto por el acreedor. En el primero de esos grupos de casos considera que, si la parte contraria a la aplicación de la cláusula compartía el error en las expectativas, se abre la posibilidad de la resolución del contrato, pero cabría su adecuación a las nuevas circunstancias en el supuesto de que las consecuencias de esta resulten irrelevantes para aquella parte. En el segundo de los grupos de casos, se distingue entre la inexigibilidad de la conservación del contrato inalterado (en cuyo caso la aplicación del § 313 se justifica dependiendo de si la intensidad de la alteración de las circunstancias puede ser atribuible al deudor o al acreedor) y la inexigibilidad de la adecuación del contrato. Esta misma subdivisión se hace en el tercer grupo de casos, donde el principio de inexigibilidad ha de entenderse tanto del lado de los supuestos de hecho como del de las consecuencias jurídicas, recurriendo a los valores contenidos en las reglas del resarcimiento por incumplimiento. Por último, la cuarta parte (pp. 293-450), probablemente la más compleja de la obra, se dedica a tratar de fundamentar un complemento *praeter legem* de la *Geschäftsgrundlagenlehre*, en el sentido de ver si tal doctrina contiene en sí criterios de responsabilidad para la parte beneficiada de la aplicación de la cláusula como los previstos en las normas sobre el error (§ 122 BGB) y sobre las consecuencias del incumplimiento contractual (§§ 280 párrafo 1.º y 3.º, 283 BGB, § 284 BGB, § 311a párrafo 2.º BGB). En este punto distingue, por un lado, los casos en que se produce una responsabilidad negativa del interesado en la aplicación de la cláusula por quebrantamiento de la confianza debido a una falta de voluntad relevante, separando los supuestos en que hay un error común de ambas partes en el fundamento valorativo del negocio de aquellos en que hay una perturbación en cuanto al cálculo de los gastos o del aprovechamiento del negocio; y, por otro, los de responsabilidad positiva debida a impedimentos invencibles de la prestación, bajo los cuales se ubican los referidos a la alteración en cuanto al cálculo de gastos y al error común respecto al fundamento valorativo (que en sus efectos se equipara a la alteración en cuanto al cálculo del aprovechamiento de la prestación).

Tras este concienzudo análisis, la conclusión final del trabajo se cifra en demostrar que la «base del negocio», a pesar de su codificación unitaria a través del § 313 BGB, se encuentra en el punto de intersección entre la doctrina del error y la regulación del incumplimiento y su lugar dogmático ha de dibujarse –según los casos– atendiendo a las líneas directrices fundamentales de uno y otro régimen.

Como creo que se desprende de estas líneas, nos encontramos ante un trabajo denso, exhaustivo y profundo, que requiere de un notable esfuerzo para su seguimiento, pero que a la postre resulta fructífero por la gran apertura de perspectivas que propicia.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS  
Catedrático de Derecho romano  
Universidad de Valladolid



## Revistas Extranjeras

**Remedios ARANDA RODRÍGUEZ (Universidad Carlos III de Madrid), María del Rosario DÍAZ ROMERO (Universidad Autónoma de Madrid), Alfredo FERRANTE (Universidad de Girona), Martín GARCÍA-RIPOLL (Universidad de Murcia), Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN (Universidad Autónoma de Madrid)**

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

ALPA, G.: «Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri», *CI*, 2015, núm. 2, pp. 245-261.

Reflexiones sobre el abuso del derecho en el ámbito comunitario: construcción jurisprudencial del abuso del derecho, abuso del derecho y principio de buena fe, los límites a la aplicación de la prohibición del abuso del derecho y la ignorancia del abuso del derecho en los textos de armonización del derecho privado. (*Alma R. G.*)

BLOQUET, S.: «Quand la science du droit s'est convertié au positivisme», *RTDC*, 2015-1.º, pp. 59-90.

Problemas de interpretación de la ley a través de la doctrina. Tendencia al positivismo por falta de reflexión. (*R. A. R.*)

PIRAINO, S.: «Dignità, socialità e giustizia», *DFP*, 2014, núm. 4, pp. 1581-1591.

El principio de dignidad, como base del principio personalista, no puede prescindir de su inmersión en las relaciones sociales: la identidad entre libertad, igualdad y solidaridad; la dignidad, los intereses individuales y la función del derecho. (*Alma R. G.*)

## DERECHO DE LA PERSONA

ALCURI, M.: «L'attribuzione del cognome paterno al vaglio della Corte di Strasburgo», *DFP*, 2014, núm. 2, pp. 537-561.

Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Estrasburgo de 7 de enero de 2014: la normativa italiana que atribuye el apellido del progenitor de sexo masculino a los hijos vulnera el artículo 14 de la Convención para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales. (*Alma R. G.*)

BALLARANI, G.: «Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336-bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato», *DFP*, 2014, núm. 2, pp. 841-858.

Artículo que trata las consecuencias jurídicas que puede tener el derecho del menor de edad a ser oído en cuanto derecho subjetivo de la personalidad: el reconocimiento del derecho del menor a no ser oído. (*Alma R. G.*)

BURGAUD, F.: «Liberté d'expression et respect de la vie privée: quel équilibre au regard de la Convention européenne?», *RD*, 2015, núm. 16, pp. 939-942.

Influencia de la Convención Europea de Derechos humanos en la libertad de expresión y en la vida privada. Equilibrio de ambos derechos. (*R. A. R.*)

DANOVI, F.: «L'ascolto del minore nel processo civile», *DFP*, 2014, núm. 4, pp. 1592-1616.

Evolución normativa, de carácter nacional e internacional, del derecho subjetivo del menor de edad a ser oído en el proceso civil. (*Alma R. G.*)

DE GIORGI, M.: «La tutela del minore non passa attraverso la condanna del provider Google», *DFP*, 2014, núm. 2, pp. 674-696.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 3 de febrero de 2014 que versa sobre la tutela jurídica del menor de edad en Internet y la responsabilidad de los sujetos intermediarios: caso de un vídeo colgado en Internet que muestra las injurias hechas a un joven estudiante con síndrome de Down por parte de sus compañeros de colegio. (*Alma R. G.*)

DROIN, N.: «Diffamation et débat d'intérêt général: la bonne foi plie, mais ne rompt pas», *RD*, 2015, núm. 16, pp. 931-938.

La difamación y sus consecuencias en el ámbito de la libertad de expresión. La buena fe del difamador. (*R. A. R.*)

LORENZETTI, A.: «Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans», *NGCC*, 2014, núm. 12, pp. 1152-1161.

Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional italiano de 11 de junio de 2014 y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de julio

de 2014 recurso 37359/09 sobre el «divorcio obligado» de la persona transexual tomando como base la estructura heterosexual del matrimonio. (*Alma R. G.*)

MAGLI, C.: «Diritto alla salute e stili di vita: la condotta del singolo può condizionare la modulazione del trattamento sanitario?», *CI*, 2014, núm. 6, pp. 1316-1344.

Artículo que regula varias cuestiones en relación con el derecho a la salud: los costes socio-sanitarios de los estilos de vida; el recurso a la normativa de publicidad a los fines de incentivar a cada individuo a adoptar estilos de vida adecuados, la responsabilidad civil como instrumento dirigido a incrementar la seguridad de los productos y a inducir a los consumidores a seguir modelos de vida saludables. (*Alma R. G.*)

MOSCATI, E.: «Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell' "interesse del minore")», *DFP*, 2014, núm. 3, pp. 1141-1159.

Artículo que trata sobre la determinación de los criterios para la superación de la barrera de la minoría de edad, los límites de la anulabilidad de los actos del menor, los actos de contenido patrimonial y la categoría de «grandes menores» y el ilícito del «menor grande». (*Alma R. G.*)

PALMERI, G.: «L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte costituzionale 11 giugno 2014, n. 170 in materia di divorzio del transesuale», *NGCC*, 2014, núm. 12, pp. 553-566.

Artículo que comenta una decisión del Tribunal Constitucional italiano de 11 de junio de 2014 sobre el divorcio impuesto o de carácter obligado para la persona transexual: derecho a la identidad de género *versus* estructura heterosexual del matrimonio. (*Alma R. G.*)

PATTI, S.: «Mutamento di sesso e "costringimento al bisturi": il Tribunale di Roma e il contesto europeo», *NGCC*, 2015, núm. 1, pp. 39-46.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 18 de julio de 2014, que pone delante la delicada cuestión de si deviene necesario el requisito de la intervención quirúrgica para la rectificación registral de la mención del sexo de las personas, resolviéndose por el tribunal de forma contraria a lo dispuesto en otras normativas europeas, que han eliminado dicho requisito. (*Alma R. G.*)

SPATUZZI, A.: «La curatela speciale di cui all'art. 356 c.c.: regime eccezionale nel sistema degli istituti a protezione di incapaci», *DFP*, 2015, núm. 1, pp. 321-345.

Artículo sobre la figura jurídica del curador especial en el código civil italiano: nombramiento, asunción de funciones, poderes y responsabilidad, cesación de las funciones.... (*Alma R. G.*)

VIRGADAMO, P.: «“Etica della vita” e diritto civile: appunti a margine di un incontro di studio», *DFP*, 2015, núm. 1, pp. 346-359.

Artículo sobre la tutela del concebido y no nacido. Protección jurídica del menor de edad. Tutela del sujeto débil, del anciano y del moribundo. Tutela *post mortem* de la persona: el derecho al sepulcro. (*Alma R. G.*)

## PERSONA JURÍDICA

PARISI, M.: «Riflessioni sulle criticità della democrazia interna alle organizzazioni di tendenza religiosa», *DFP*, 2015, núm. 1, pp. 3-63.

Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Estrasburgo de 9 de julio de 2013 sobre el derecho de las organizaciones religiosas a la identidad y a la autonomía y el derecho al libre ejercicio de las actividades sindicales. (*Alma R. G.*)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

AL MUREDEN, E.: «Il danno da “prodotto conforme”. Le soluzioni europee e statunitensi nella prospettiva del *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (T. T. I. P.)», *CI*, 2015, núm. 2, pp. 388-422.

Artículo sobre la seguridad de los productos y la responsabilidad del fabricante en el marco del *Transatlantic Trade and Investment Partnership*. (*Alma R. G.*)

ARCANGELO, G. A.: «Il nuovo sistema di riparazione del danno ambientale alla luce della l. 6 agosto 2013, n. 97», *CI*, 2015, núm. 1, pp. 133-153.

El nuevo sistema de reparación del daño ambiental a la luz de la Ley italiana de 6 de agosto de 2013 n. 97: obligatoriedad del resarcimiento en forma específica. (*Alma R. G.*)

BACACHE, M.: «La faute médicale: une nouvelle application», *SJ*, 2015, núm. 19-20, pp. 927-930.

Culpa del profesional médico. Consecuencias jurídicas y responsabilidad civil professional. (*R. A. R.*)

BALAT, N.: «Réforme du droit des contrats: et les conflits entre droit commun et droit special?», *RD*, 2015, núm. 12, pp. 699-701.

Problemas de compatibilidad entre la regulación general de los contratos en el proyecto francés y la regulación legal especial. (*R. A. R.*)

BARBA, A.: «Garanzia e precauzione nella vendita di sostanze alimentari», *NGCC*, 2014, núm. 12, pp. 1207-1215.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 10 de julio de 2014 n. 15824, que permite profundizar en dos cuestiones, de particular relevancia, sobre la responsabilidad del vendedor de sustancias alimenticias

contaminadas; por una parte, la diligencia debida del profesional y, por otra parte, el concurso de la culpa entre el empresario adquirente de la sustancia alimenticia y el productor del alimento final. (*Alma R. G.*)

BASEDOW, J.: «Comparative Law and its clients», *Am. J. Comp. L.*, 2014, vol. 62, núm. 4, pp. 821-858.

Interesantísima reflexión sobre la función del derecho comparado y la comparación jurídica. Después de haber hecho un recorrido histórico de las varias etapas del derecho comparado, el autor aboga por una multiplicidad de métodos e identifica una pluralidad de usuarios de la investigación comparativa. Esta heterogeneidad de «clientes» abarca académicos, profesionales, tribunales y varias instituciones, de cara a la unificación o revisión del derecho uniforme. Para cada grupo puede identificarse una específica y diferente demanda de derecho comparado que debe tener en cuenta, entre muchos factores, los culturales, sociales, económicos y políticos. Así, el derecho comparado no se alza como emblema de un sistema intelectual cerrado, como pueden serlo otras disciplinas como las económicas o las más estrictamente dogmáticas. (*A. F.*)

BAYERN, S. J.: «Offer and acceptance in modern contract law: a needless concept», *CLR*, 2015, vol. 103, núm. 1, febrero, pp. 67-101.

A partir del derecho estadounidense, el artículo se centra en una crítica al tradicional mecanismo en que la demanda y la oferta son los protagonistas en la fase de formación del contrato. Se define este mecanismo como innecesario, formal y contrastante con la contratación moderna ya que, para el autor, actualmente la formación del contrato se produce en muchas más y diferentes ocasiones. El énfasis debería situarse en el efectivo interés y las expectativas de las partes. Esto conllevaría también a reestructurar los fines de los remedios contractuales, revalorando ciertas reglas, como la de que la parte no puede rescindir de manera unilateral el contrato, inmediatamente después de que la ley lo considera formado, regla que para el autor refleja también demasiado formalismo. (*A. F.*)

BECQUÉ-ICKOWICZ: «Responsabilité du vendeur d'immeuble à construire: appréciation des dommages décennaux et délai pour agir en garantie des vices apparents», *RDI*, 2015, núm. 9, pp. 400-414.

La responsabilidad del vendedor en inmuebles futuros. Daños con garantía decenal y plazo de ejercicio de la acción por defectos aparentes en el inmueble. Problemas doctrinales y jurisprudenciales. (*R. A. R.*)

— «Les nouvelles règles en matière de vente: simplification après la complexification?», *RDI*, 2015, núm. 5, pp. 239-244.

Estudio a propósito de la reforma del derecho de la construcción con la Ley Macrón. Nuevas normas en el ámbito de la venta de edificaciones construidas o por construir. Estudio del Coloquio de la Asociación francesa del Derecho de la construcción de 13 de marzo de 2015. (*R. A. R.*)

BERGEL, J. L.: «Les actions de l'acquéreur en cas d'inconstructibilité du terrain à bâtir», *RDI*, 2015, núm. 2, pp. 52-55.

Incumplimiento del constructor al no edificar en el terreno acordado. Causas y acciones del adquirente del inmueble no construido. (*R. A. R.*)

BERTI DE MARINIS, G.: «Problemi di forma e di sostanza nella contrattazione di prodotti finanziari derivati», *NGCC*, 2014, núm. 12, pp. 1103-1109.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 8 de mayo de 2014 n. 9996 que, además de profundizar en el problema de la forma en los negocios jurídicos, propone reflexiones sobre el concepto de contratación de productos financieros derivados y su validez. (*Alma R. G.*)

BOCCARA, M/BERLY, JM: «La responsabilité du prêteur dans le financement du CCMI», *RDI*, 2015, núm. 9, pp. 392-399.

Problemas jurídicos del contrato de préstamo para financiación a organismos internacionales. (*R. A. R.*)

BOFFA, R: «Juste cause (et injuste clause)», *RD*, 2015, núm. 6, pp. 335-341.

Regulación de la causa en el Proyecto de contratos francés. El problema de la justa causa. Explicación. (*R. A. R.*)

BOSSA, S.: «Il contratto di assicurazione professionale tra mercato e recenti normative», *NLCC*, 2015, núm. 2, pp. 256-277.

Reflexiones sobre la regulación de la responsabilidad civil de los profesionales y tratamiento jurídico del riesgo en los contratos de seguros de actividades profesionales, especialmente en el ámbito sanitario. Comentario de d.m. 14 luglio 2009; bozza di d.p.r. del 7 febbraio 2014 predisposta in attuazione dell'art. 3, comma 2.º, del d.l.n. 158/12, convertito in l.n. 189/12. (*M. R. D. R.*)

CALO, R.: «Robotics and the lesson of cyberlaw », *CLR*, 2015, vol. 103, núm. 3, junio, pp. 512-563.

El interesante artículo evidencia la trascendencia de Internet. Se destaca que las mismas instituciones públicas y privadas que desarrollaron Internet, han iniciado un cambio significativo hacia la robótica y la inteligencia artificial. La robótica influenciará progresivamente el mundo económico y personal y por ello, el derecho cibernético para el autor jugará un rol clave. Estos significativos cambios hacia la robótica y la inteligencia artificial plantearán nuevos desafíos normativos, como ya se esbozan con los actuales proyectos de regulación de drones o coches sin conductor. Todo ello, concluye el autor, necesitará nuevas leyes, instituciones legales y métodos de investigación debiéndose, sin embargo, apartar la ley de la robótica del derecho cibernético y formar un área distinta de estudio. (*A. F.*)

CAIRE, AB.: «Les présomptions par –delà l'article 1349 du code civil», *RTDC*, 2015, núm. 2, pp. 311-324.

Las presunciones legales recogidas en el ámbito de la responsabilidad civil por el legislador francés. Estudio. (*R. A. R.*)

CAMPBELL, D.: «Better than Fuller: a tow interest model of remedies for breach of contract », *M. L. R.*, 2015, vol. 78, n. 2, pp. 296-323.

El autor critica la clásica postura inaugurada por Lon Fuller y William Perdue («*The Reliance Interest in Contract Damages*» (1936) 46 *Yale Law Journal* pp. 52-96 y (1937) 46 *Yale Law Journal* pp. 373-420), por la cual el incumplimiento contractual puede resarcirse mediante un triple sistema indemnizatorio: el interés contractual positivo (*expectation interest*), el interés contractual negativo (*reliance interest*) y el interés restitutorio (*restitution interest*). Se argumenta que la tentativa de compaginar este último remedio con los otros dos es incoherente y se defiende un sistema remedial más restrictivo. (*A. F.*)

CARBONE, E.: «Le clausole di stile nei negozi giuridici: interpretazione utile e vizio oggettivo», *NGCC*, 2015, núm. 2, pp. 68-78.

Las dos nociones de cláusula de estilo. Devaluación de las cláusulas de estilo y presunción de ineficacia. Nuevo valor de las cláusulas de estilo y presunción de eficacia. Cláusula de estilo y voluntad ajena. Cláusula de estilo y cláusula usual. Cláusula de estilo y cláusula por adhesión. Cláusula de estilo y cláusula de arbitraje. (*Alma R. G.*)

CARVAL, S.: «L'estimation du montant des prejudices concurrentiels», *RD*, 2015, núm. 22, pp. 1290-1293.

Perjuicios valorables en caso de indemnización por responsabilidad civil. Montante económico. (*R. A. R.*)

CASSANO, G.: «Il danno da morte redivivo», *DFP*, 2014, núm. 2, pp. 812-816.

Artículo sobre la indemnización en caso de muerte como resultado de un ilícito civil. (*Alma R. G.*)

CASSON, PH.: «Du concours de l'assuré et de l'assureur subrogé», *RD*, 2015, núm. 2, pp. 91-96.

Contrato de seguro terrestre. Subrogación del asegurador y concurso con el asegurado. Consecuencias. (*R. A. R.*)

CATERINA, R.: «La tutela dell'affidamento tra accordi illeciti e contratti invalidi», *RTDPC*, 2014, núm. 4, pp. 1261-1279.

Observaciones en torno al problema de los acuerdos con objeto ilícito y contratos nulos, especialmente en el campo de los derechos de la personalidad, y sus efectos por causa de la resolución o nulidad y el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto. (*M. R. D. R.*)

CHARBONNEAU, C.: «Les restitutions consécutives à la nullité du contrat de sous-traitance», *RDI*, 2015, núm. 1, pp. 20-25.

Consecuencias de la nulidad del contrato en caso de subcontratación en las edificaciones. Restitución de las prestaciones. Contenido. (*R. A. R.*)

CHÉNEDÉ, F.: «Le contrat d'adhésion», *RD*, 2015, núm. 21, pp. 1226-1230.

El contrato de adhesión en el proyecto de código de contratos francés. Avances e inconvenientes de la nueva figura. (*R. A. R.*)

CLARIZIA O.: «La responsabilità contrattuale del medico dipendente dopo la riforma Balsuzzi: criterio letterale e ragioni costituzionali a confronto», *NLCC*, 2014, núm. 6, pp. 1117-1134.

Análisis de la responsabilidad contractual en el ámbito sanitario tras la reforma normativa por indicación constitucional de la ley 8 noviembre 2012, n. 189: la buena práctica como conducta excluyente de responsabilidad por culpa leve. (*M. R. D. R.*)

COURET, A/MOURY, J.: «Le nouvel article 1843-4 du code civil: tombeau ou cénataphe?», *RD*, 2015, núm. 23, pp. 1328-1338.

La reforma en el contrato de sociedad del código civil. Aciertos y problemas jurídicos que plantea. (*R. A. R.*)

COUSIN, C. AA.VV.: «Regards comparatistes», *RD*, 2015, núm. 19, pp. 1115-1121.

Estudios de Derecho comparado sobre los diferentes aspectos regulados en el ámbito del proyecto de Derecho de contratos francés. (*R. A. R.*)

CUOCCI, V. V.: «La tutela risarcitoria del danneggiato nell'assicurazione obbligatoria r.c.auto: alla ricerca di un equilibrio tra integrale riparazione del danno e riduzione dei premi assicurativi», *NGCC*, 2015, núm. 2, pp. 180-185.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 16 de octubre de 2014 n. 235 sobre la reparación del daño biológico en el ámbito del seguro obligatorio en caso de accidente de circulación. (*Alma R. G.*)

D'ADDA, A.: «L'autotutela del creditore nel mercato dell'energia e del gas: i limiti all'eccezione di inadempimento», *CI*, 2015, núm. 1, pp. 79-99.

Dentro de las medidas previstas para la tutela del crédito en el mercado de la energía se aborda, en particular, la normativa de la morosidad en dicho mercado y las excepciones al incumplimiento contractual. (*Alma R. G.*)

D'AMICO, G.: «Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno», *NLCC*, 2014, núm. 4, pp. 769-781.

Estudio de los efectos de la ineficacia contractual, derivada de la nulidad, anulabilidad y resolución del contrato, a propósito de recientes tendencias doctrinales. (*M. R. D. R.*)

D'ANTONIO, V.: «La "saga" della *tobacco litigation* italiana all'indomani di Cass. n. 26516/2009», *NGCC*, 2015, núm. 2, pp. 192-198.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 11 de julio de 2014, cuyo interés radica en que representa un primer movimiento hacia el reconocimiento de la reparación de los daños en caso de fumadores activos. (*Alma R. G.*)

DAGORNE-LABBE, Y.: «La mise en oeuvre de la clause résolutoire», *SJ*, 2015, núm. 19-20, pp. 941-942.

Resolución del contrato. Modos de aplicación y sus consecuencias. (*R. A. R.*)

DANOS, F.: «La connexité en matière de compensation», *RD*, 2015, núm. 29, pp. 1655-1661.

Compensación de créditos entre los acreedores. La necesidad de conexión entre ambos créditos para que opere. (*R. A. R.*)

DE CRISTOFARO, G.: «La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato», *NLCC*, 2014, núm. 5, pp. 917-958.

Examen de las principales novedades relativas a las obligaciones de información precontractual en contratos celebrados con consumidores, tras los artículos 48-51 del Código de Consumidores, con reglas específicas respecto a contratos a distancia. (*M. R. D. R.*)

DESSUET, P.: «Le coût de l'ouvrage: une variable incontournable mais juridiquement introuvable», *RDI*, 2015, núm. 7-8, pp. 344-354.

Las obras de edificación suponen unos costes. En la mayoría de los casos, tales costes aumentan al final. El autor se plantea la variación de los costes pactados entre las partes y sus consecuencias conforme a la ley. (*R. A. R.*)

DI BIASE, A.: «Aspetti problematici in tema di patto di gestione della lite nell'assicurazione della responsabilità civile professionale», *NLCC*, 2014, núm. 6, pp. 1195-1213.

Análisis del contrato de seguro en tema de gestión de los conflictos y litigios del profesional asegurado en el ejercicio de sus funciones. (*M. R. D. R.*)

DI LORENZO, G.: «Contratto e divieto di discriminazione», *NGCC*, 2014, núm. 12, pp. 567-577.

Artículo que trata la discriminación en las relaciones contractuales de consumo; en particular, la imposición de condiciones contractuales injustificadamente discriminatorias. (*Alma R. G.*)

DI MARZIO, F.: «L'abuso nella concessione del credito», *CI*, 2015, núm. 2, pp. 314-339.

Artículo sobre los puntos fuertes y débiles en la configuración de la responsabilidad por concesión abusiva de crédito: la concesión abusiva de crédito como hipótesis de apariencia culposa, la concesión de crédito contraria a derecho, el tránsito al abuso en la reconstrucción de la figura, la insolvencia como causa de pérdida del crédito y el abuso en la concesión del crédito y en la contratación de empresa. (*Alma R. G.*)

DUSSART, ML.: «Privilège d'exercice et liberté d'entreprendre. Du droit de presentation des notaires à la loi Macron», *RD*, 2015, núm. 20, pp. 1166-1171.

La intervención notarial en el nuevo derecho de la construcción francés tras la Ley Macron. Actuación. (R. A. R.)

FABRE-MAGNAN, M.: «De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente», *RD*, 2015, núm. 14, pp. 826-828.

La regulación de la ejecución forzosa de promesa de venta en el nuevo proyecto de contratos del Derecho francés. Problemas de inconstitucionalidad. (R. A. R.)

FARNETI, M.: «Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza», *NLCC*, 2014, núm. 5, pp. 959-1001.

Reflexión sobre las novedades en materia de contratos celebrados con consumidores fuera de locales comerciales, con el análisis de los artículos 52-57 c.cons., inseriti dal d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, en aplicación de la Directiva 2011/83/UE, sobre Derecho de los Consumidores. (M. R. D. R.)

FERRIER, D/MAGENDIE, J. C.: «La transparence: une exigence raisonnable pour l'indépendance de l'arbitre?», *RD*, 2015, núm. 1, pp. 29-34.

La independencia del árbitro en el procedimiento de arbitraje. Exigencia de la transparencia para conseguirlo. Problemas que plantea. (R. A. R.)

FISHMAN, Joseph, P.: «Copyright reform and the taking clause», *Harv. L. Rev.*, 2015, vol. 128, marzo, n. 5, pp. 1333-1404.

El autor constata cómo, normalmente, se considera que el derecho de autor y su protección pueden limitar creaciones posteriores al restringir la utilización de obras protegidas. En el escrito se intenta desmentir esta postura, argumentando que la creatividad puede fomentarse de una mejor manera, no bajo la libertad completa, sino en virtud de una moderada restricción. En este largo artículo se identifican varias características (siete) de esta restricción y se propugna que éstas pueden, en determinados casos, funcionar como impulso a nuevas creaciones. Debate abierto y con respuestas – en el *Harv. L. Rev. Forum* relativo al mismo número de la revista – de los Profs. Dan L. Nurk y Rebecca Tushnet a la contribución del Prof. Fishman. (A. F.)

FOULQUIER, N.: «L'action en indemnisation de l'architecte d'un ouvrage public», *RDI*, 2015, núm. 4, pp. 180-185.

Responsabilidad del arquitecto como agente de la construcción en caso de obras a instituciones públicas. Tipo de acción y consecuencias de la indemnización. Estudio jurisprudencial (R. A. R.)

GAUTIER, P.Y.: «Morceaux de code», *RD*, 2015, núm. 19, pp. 1112-1114.

Estudio sobre algunos aspectos generales en materia de la reforma de contratos francés. (R. A. R.)

GENICON, T.: «Défense et illustration de la cause en droit des contrats», *RD*, 2015, núm. 27, pp. 1551-1556.

Los problemas de desaparición de la causa como elemento esencial del contrato a raíz de la nueva regulación de contratos proyectada en Francia. (*R. A. R.*)

GOUT, O/PORCHY-SIMON, S.: «Plaidoyer pour la défense des nomenclatures dans le droit du dommage corporel», *RD*, 2015, núm. 16, pp. 1499-1505.

Costumbres de la doctrina y profesionales del derecho por utilizar determinados términos para definir los daños corporales en el ámbito de la responsabilidad civil. Defensa del autor por tales términos. (*R. A. R.*)

GRIMALDI, C.: «Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots», *RD*, 2015, núm. 14, pp. 814-815.

El nuevo proyecto de Derecho de contratos parece negar la causa como elemento del contrato. El autor niega tal situación. (*R. A. R.*)

GRISI, G.: «Sviluppi sul terreno della liquidazione equitativa del danno e dintorni», *CI*, 2014, núm. 6, pp. 1171-1187.

Artículo que analiza el principio de reparación integral del daño a la luz del artículo 1226 del código civil, que establece que se proceda a liquidar el daño con valoración equitativa cuando no pueda aquel ser probado en su cuantía. También profundiza en la compleja aplicación del principio de reparación integral en la indemnización del daño no patrimonial. (*Alma R. G.*)

HAUTEREAU-BOUTONNET, M.: «Le contrat environnement», *RD*, 2015, núm. 4, pp. 217-223.

El nuevo contrato de medioambiente en el Proyecto de contratos francés. (*R. A. R.*)

LACHIÈZE, CH.: «Quand l'obligation alternative s'invite dans le contrat de vente de voyages à forfait», *SJ*, 2015, núm. 26, pp. 1271-1273.

Consecuencias de incumplimiento del contrato de viaje y posibilidad de cumplimiento alternativo de la obligación. (*R. A. R.*)

LAITHIER, Y. M.: «La consécration par la Cour suprême du Canada d'un principe directeur imposant l'exécution du contrat de bonne foi», *RD*, 2015, núm. 13, pp. 746-754.

La nueva regulación jurisprudencial de ejecución forzosa del contrato en los supuestos de buena fe del contratante. Derecho canadiense. (*R. A. R.*)

LAUVERGNAT, L.: «La procédure simplifiée de recouvrement des petites créances de l'article 1244-4 du code civil: vers une exécution participative?», *RD*, 2015, núm. 32, pp. 1860-1862.

Ejecución de créditos de pequeño importe. Sistema consolidado conforme a las normas del código civil. ¿Implica participación? (*R. A. R.*)

LUISSO, F.: «La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori», *RTDPC*, 2014, núm. 4, pp. 1261-1279.

Reflexión sobre los efectos de la Directiva 2013/11/UE, en materia de consumidores: finalidad, ámbito de aplicación, modalidades de resolución de conflictos, procedimientos, arbitraje, sentencias vinculantes, etc. (*M. R. D. R.*)

MATTIONI, M.: «In tema di obbligazioni perpetue», *NGCC*, 2014, núm. 12, pp. 1163-1171.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 17 de junio de 2014 n. 13776 sobre el pretendido «principio» de la temporalidad de las relaciones obligatorias: concepto de perpetuidad en el campo jurídico y razones históricas del principio de temporalidad. (*Alma R. G.*)

MAUGERI, M.: «La determinabilità del prezzo e l'art. 1474 cod. civ. come espressione di un principio generale», *NGCC*, 2015, núm. 1, pp. 8-15.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 24 de junio de 2014 n. 19161, sobre el objeto del contrato y las fuentes de determinación del objeto de los contratos de empresa; en concreto, si las normas que establecen criterios supletorios de determinación del precio, como el artículo 1474 del código civil, deben considerarse, para los contratos ordinarios de empresa, como expresión de un principio general y no como normas excepcionales. (*Alma R. G.*)

MEKKI, M.: «Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance», *RD*, 2015, núm. 14, pp. 816-825.

Normas generales básicas del derecho contractual francés en su nuevo proyecto. Principios básicos y diferencias con el actual. (*R. A. R.*)

MIGLIACCIO, E.: «Corsi e ricorsi in tema di prova della responsabilità medica», *DFP*, 2014, núm. 2, pp. 859-887.

Artículo sobre la responsabilidad médica: el tránsito del *tort* al contrato. (*Alma R. G.*)

MORGAN, J.: «Liability for independent contractors in contract and tort: duties to ensure that care is taken», *C. L. J.*, 2015, vol. 74, núm. 1, pp. 109-139.

Al identificar la responsabilidad del contratista independiente (*independent contractor*), el autor se centra en la determinación de los deberes que aseguran que haya actuado adecuadamente. Con este fin se revelan, desde el derecho inglés, las dificultades que genera el solapamiento de la responsabilidad contractual con la extracontractual; dificultades que muchas veces no pueden resolverse con la aplicación de analogías, sino que deben entrar en el análisis de lo que ha de entenderse por deberes no delegables a lo largo de la prestación. (*A. F.*)

PALUMBO, R.: «Contratti di credito, collegamento negoziale ed eccezione d'inadempimento», *NLCC*, 2014, núm. 6, pp. 1214-1247.

Reflexiones sobre la interrelación y condicionamiento del contrato de crédito al negocio en el que se invierte el crédito, o servicio financiado, como

elemento de tutela de los consumidores, tras la Directiva 2008/48/CE. (M. R. D. R.)

PASQUINELLI, C.: «L'inadempimento nei contratti del turismo. Soluzioni normative e questioni aperte», *NGCC*, 2015, núm. 2, pp. 79-93.

El contrato de turismo y las categorías del derecho privado. Contrato turístico e incumplimiento. En particular, análisis del comportamiento dañoso de los terceros prestadores del servicio. El daño por las vacaciones frustradas entre el Código de Turismo y el artículo 2059 del Código Civil relativo a la reparación del daño no patrimonial. (*Alma R. G.*)

PELLECHIA, E.: «L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione con l'insolvente"», *NLCC*, 2014, núm. 5, pp. 1088-1110.

Examen de la responsabilidad de los acreedores en la valoración de las posibilidades de los deudores de hacer frente a sus créditos para la adquisición de bienes inmuebles destinados a viviendas, tras la Directiva 2014/17/UE. (M. R. D. R.)

PERINET-MARQUET, H.: «L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction», *RDI*, 2015, núm. 5, pp. 251-260.

La reforma del Derecho inmobiliario de la edificación ha supuesto una gran influencia en el ámbito del Derecho civil contractual. El autor analiza dicha influencia en este estudio, viendo ventajas e inconvenientes. (R. A. R.)

PETTA, C.: «Alcune considerazioni sulla natura giuridica della responsabilità da illecito endofamiliare e sulla sua estendibilità all'interno della famiglia di fatto», *DFP*, 2015, núm. 1, pp. 257-296.

Artículo relativo a la reparación del daño no patrimonial en las relaciones familiares, en particular, su posible extensión a la convivencia *more uxorio*. (*Alma R. G.*)

PIZZIMENTI, M.: «Responsabilità civile del medico per violazione del dovere d'informazione: il crinale della necessità dell'intervento», *NGCC*, 2014, núm. 12, pp. 1176-1182.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 6 de junio de 2014 n. 12830 sobre el consentimiento informado del paciente al tratamiento médico, que profundiza en la responsabilidad profesional y la obligación de información del médico: lesión del derecho a la salud *versus* violación del derecho de autodeterminación. (*Alma R. G.*)

PUCCELLA, R.: «Un improvvido legislatore fa più danno dei medici (brevi considerazioni in merito a Trib. Milano, 17.7.2014 e 18.11.2014)», *NGCC*, 2015, núm. 1, pp. 36-38.

Con apenas una distancia de pocos meses el Tribunal de Milán ha intervenido con dos pronunciamientos (sentencias de 17 de julio y 18 de noviembre de 2014), de sentido opuesto, en torno a la naturaleza jurídica de la responsabilidad del médico que no ha celebrado un contrato de obra profesional con el paciente. (*Alma R. G.*)

PUTTI, P. M.: «Diritto e nuove tecnologie: il caso del formalismo negoziale», *CI*, 2014, núm. 6, pp. 1229-1263.

Artículo sobre el impacto que tienen las nuevas tecnologías sobre las motivaciones históricas del formalismo negocial. En particular, se centra en el estudio de las razones históricas de la normativa que impone las formalidades en el testamento. (*Alma R. G.*)

REYET, T.H.: «Les contrats structurellement déséquilibrés», *RD*, 2015, núm. 21, pp. 1217-1225.

Problemas de desigualdad y desequilibrio en los contratos tal y como se regulan en el Proyecto de contratos francés. (*R. A. R.*)

ROBINEAU, M.: «L'adhésion à un contrat d'assurance-vie préexistant n'est pas une novation», *SJ*, 2015, núm. 22, pp. 1040-1042.

Adhesión al contrato de seguro de vida. Inexistencia de novación contractual subjetiva. (*R. A. R.*)

SALOMONI, A.: «Responsabilità dell'operatore bancario nei confronti del cliente in caso di addebito non autorizzato su conto corrente *on line*», *NGCC*, 2015, núm. 2, pp. 141-147.

Comentario a la sentencia del Tribunal de *Firenze* de 20 de mayo de 2014 sobre la responsabilidad del operador bancario por el uso abusivo de las cartas credenciales informáticas del cliente titular de la cuenta corriente *on line* en el ámbito del servicio de *homebanking*. (*Alma R. G.*)

SAUVAGE, F.: «Les clauses de retour et d'interdiction d'aliéner impropres à déjouer l'entrée en communauté universelle du bien donné», *SJ*, 2015, núm. 24, pp. 1149-1151.

Donación de bienes en comunidad hereditaria. Problemas de revocación y cláusulas prohibitivas. (*R. A. R.*)

SENIGAGLIA, R.: «Gli effetti del recesso del contratto a distanza o concluso fuori dei locali commerciali sui contratti accessori: dalla disposizione alla norma», *CI*, 2014, núm. 6, pp. 1380-1427.

Artículo sobre la regulación del destino del contrato accesorio tras el desistimiento del consumidor del contrato principal. En particular, el régimen jurídico del destino del contrato accesorio en el artículo 58 del Código de Consumo: una disposición no clara. La extensión a los contratos accesorios del desistimiento del consumidor del contrato celebrado a distancia o fuera de los locales comerciales. (*Alma R. G.*)

SOLINAS, C.: «La tutela del consumatore nei contratti di fornitura di energia elettrica», *CI*, 2015, núm. 2, pp. 435-460.

Artículo sobre la tutela del consumidor en el ámbito de la política europea en materia de energía eléctrica y sobre las particularidades que presenta dicha tutela respecto a la protección del consumidor con carácter general. (*Alma R. G.*)

TOSI, E.: «La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21», *CI*, 2014, núm. 6, pp. 1264-1315.

Artículo que detalla varias cuestiones en relación con la regulación del contrato virtual con los consumidores en la reciente normativa italiana; así, la desmaterialización del lugar de la contratación: el espacio virtual de Internet, la desmaterialización del objeto del contrato: nuevos bienes inmateriales, la desmaterialización de las formas de la contratación: las formas informático-telemáticas y el comercio electrónico y la clasificación del contrato virtual. (*Alma R. G.*)

VISINTINI, G.: «Causalità e danno», *CI*, 2015, núm. 2, pp. 262-272.

La doble noción de la causalidad en el derecho, la causalidad jurídica y la causalidad de hecho y el concurso de causas. (*Alma R. G.*)

WICKER, G.: «La suppression par le projet d'ordonnance: la chose sans le mot?», *RD*, 2015, núm. 27, pp. 1557-1568.

El proyecto de reforma del Derecho de contratos en Francia pretende la supresión de la causa como elemento del contrato. ¿Es posible? Consecuencias jurídicas. (*R. A. R.*)

WITZ, C.: «Droit uniforme de vente internationale de marchandises», *RD*, 2015, núm. 15, pp. 881-893.

Compraventa internacional de mercaderías. Regulación legal uniforme. Consecuencias. (*R. A. R.*)

ZANELLI, P.: «“Rent to buy” nelle leggi 80 e 164 del 2014: ora dunque *emptio tollit locatum*?», *CI*, 2015, núm. 1, pp. 12-38.

La crisis económica ha dado lugar a nuevas fórmulas contractuales como el *rent to buy*, mezcla entre un inicial contrato de arrendamiento de un inmueble y una sucesiva venta de dicho inmueble arrendado. Se busca con esta fórmula retrasar en el tiempo el efecto traslativo de la compraventa pero permitiendo al futuro adquirente gozar de forma inmediata de la disponibilidad del inmueble. (*Alma R. G.*)

ZINGALES, I.: «Profili processuali della tutela giurisdizionale del diritto alla salute», *DFP*, 2014, núm. 2, pp. 888-905.

Artículo sobre la gravedad del daño a la salud y protección de la misma en caso de denegación por parte de la Administración Pública de prestaciones médicas o de suministro de fármacos. (*Alma R. G.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

BRÉMOND, V.: «La vigueur du droit de suite hypothécaire», *SJ*, 2015, núm. 17, pp. 820-823.

La hipoteca. Eficacia frente a terceros y fuerza de la acción. (*R. A. R.*)

BUSET, G.: «Anche una procura a vendere può violare il divieto del patto commissorio?», *NGCC*, 2015, núm. 1, pp. 65-73.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 8 de julio de 2014 n. 15486 sobre el fundamento y operatividad de la prohibición del pacto comisario. (*Alma R. G.*)

CONTALDO, A.: «Forme di finanziamento pubblico diretto ed indiretto della cinematografia: tax credit e fondi per l'industria cinematografica», *Dir. Aut.*, 2014, núm. 3, pp. 323-350.

Artículo sobre el sostenimiento del cine italiano introducido por la Ley de Financiación de 2008 a la luz del panorama internacional de gravamen fiscal. (*Alma R. G.*)

CRISTIANI, F.: «Il problema della c.d. retroattività dell'usucapione», *NLCC*, 2014, núm. 62, pp. 1302-1322.

Estudio doctrinal y jurisprudencial de los efectos de la usucapión, especialmente en los supuestos de usucapio libertatis y comunidad de bienes entre cónyuges. (*M. R. D. R.*)

DE MARTINIS, P.: «Sulla presunta estensione automatica dell'ipoteca alle parti comuni condominiali», *NGCC*, 2014, núm. 12, pp. 578-589.

Artículo acerca de cuándo puede constituirse una hipoteca válida sobre un elemento común de un inmueble y, por tanto, qué debe entenderse por «elemento común» que sea hipotecable. (*Alma R. G.*)

DIRIX, E.: «Das neue belgische Gesetz zu den Mobiliarsicherheiten», *ZEuP*, núm. 2, 2015, pp. 273-287.

La Ley de Garantías del Crédito de 11-VII-2013, con entrada en vigor en 2015, ha modificado el Derecho belga de los derechos reales de garantía sobre bienes muebles. La Ley contiene una completa modernización de las condiciones de constitución y desarrollo de estos derechos, incluida la reserva de dominio y el derecho de retención.

La principal novedad es la aceptación de garantías mobiliarias sin privación de la posesión del constituyente del derecho.

Una interesante característica de la reforma es que para la reforma se han tenido en cuenta distintos modelos internacionales, como el art. 9 del *Uniform Commercial Code (UCC)*, el *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, libro IX) y el *Legislative Guide on Secured Transactions*, de UNCTRAL. (*M. G.-R.*)

DROSS, W.: «Que l'article 544 code civil nous dit-il de la propriété?», *RTDC*, 2015-1.º, pp. 27-44.

Estudio doctrinal sobre el concepto de propiedad a raíz del artículo 544 del Código civil francés. Problemas doctrinales y jurisprudenciales. (*R. A. R.*)

GILBERT, S.: «Réforme du Code de l'expropriation: Une codification "a droit constant"», *SJ*, 2015, núm. 7, pp. 289-292.

Nueva regulación de la expropiación forzosa en Francia. Adaptación normativa de la práctica existente hasta el momento. (*R. A. R.*)

HEURGAS-DARRAPEN, H./SALVANDY, J.: «L'hydre de l'hypothèque rechargeable?», *RDI*, 2015, núm. 7-8, pp. 341-354.

El autor se plantea el análisis jurídico de la denominada hipoteca recargable ¿Es posible? Consecuencias jurídicas y problemas que se plantean en la práctica. (R. A. R.)

LUCCHINI, E.: «Comunione legale tra coniugi e acquisti per usucapione», *NGCC*, 2014, núm. 12, pp. 533-552.

Artículo relativo a los problemas que plantea la adquisición por usucapión en el contexto del régimen de comunión legal de bienes entre cónyuges: el momento relevante para la determinación de la titularidad común o privativa del bien adquirido por usucapión, usucapión y bienes muebles no inscritos de carácter personal, renuncia por parte de los cónyuges del derecho a beneficiarse de la usucapión (ganada por ambos)... (Alma R. G.)

MAGRI, G.: «Usucapione ed acquisto a non domino nel prisma della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo», *RDC*, 2014, núm. 6, pp. 1402-1428.

Reflexiones sobre el fundamento de la prescripción adquisitiva y la adquisición a non domino del derecho de propiedad, a propósito de las decisiones de Tribunal Europeo sobre Derechos Humanos. (M. R. D. R.)

MANCINI, N.: «L'anatocismo bancario alla luce dei mutamenti normativi dell'estate 2014», *NLCC*, 2015, núm. 2, pp. 346-386.

Observaciones a la reforma del art. 120, 2 t.u.b. come modificato dalla l. 27 dicembre 2013, n. 147, en relación a la prohibición del anatocismo bancario. (M. R. D. R.)

POLLAUD-DULIAN, F.: «Détruire, dit-elle: le rapport Reda de la commission juridique du Parlement européen sur le droit d'auteur», *RD*, 2015, núm. 11, pp. 639-643.

Problemas del Derecho de autor y su tratamiento por la comisión jurídica europea. (R. A. R.)

ROSTILL, L.: «Relative title and deemed ownership in English personal Property Law», *Oxford J. Legal Stud.*, 2015, vol. 35, n. 1, pp. 31-54.

Estudio que tiene por objeto la relación entre el título y el derecho de propiedad en el derecho inglés. El autor profundiza dos elementos claves: la relatividad de los títulos y el hecho de que la posesión de un bien mueble es condición para ser propietario. Esto, por ejemplo, puede generar problemas frente a posibles reclamos de titularidad de ese bien por parte de un tercero, invocando un título diferente. (A. F.)

ROUX, J. M.: «Après les réformes de la loi de 1965: le droit de la copropriété en difficulté?», *RDI*, 2015, núm. 5, pp. 245-250.

Problemas actuales de la comunidad de bienes existentes tras la reforma de 1965. Situación actual y falta de resolución con la reforma del derecho de edificación. (R. A. R.)

TIRFNE, P.: «Le nouveau code de l'expropriation: pour cause d'utilité publique: une réforme cosmétique plutôt qu'une réforme de fond», *RDI*, 2015, núm. 6, pp. 281-290.

La reforma del Código de expropiación recientemente realizada en Francia ha traído grandes críticas por parte de la doctrina. En este artículo el autor analiza uno de los puntos más debatidos: la expropiación por causa de utilidad pública, criticando la poca variación del legislador. (*R. A. R.*)

TOZZI, F.: «Web, diritto di autore e *corpus digitalis*», *Dir. Aut.*, 2014, núm. 3, pp. 382-385.

Artículo que estudia el profundo cambio que han introducido las nuevas tecnologías digitales en las plataformas de disfrute y de producción de las obras de autor. (*Alma R. G.*)

#### DERECHO DE FAMILIA

ALCURI, M.: «L'attribuzione del cognome paterno al vaglio della Corte di Strasburgo», *DFP*, 2014, núm. 2, pp. 537-561.

Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Estrasburgo de 7 de enero de 2014: la normativa italiana que atribuye el apellido del progenitor de sexo masculino a los hijos vulnera el artículo 14 de la Convención para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales. (*Alma R. G.*)

AMORE, G.: «La trascrizione ex art. 2645 ter c.c. fra destinazione e separazione patrimoniale», *NLCC*, 2014, núm. 4, pp. 869-916.

Observaciones sobre las causas y efectos de la separación patrimonial, en los supuestos de patrimonios especialmente protegidos de personas con discapacidad. (*M. R. D. R.*)

ASTONE, A.: «La sentenza di divorzio su domanda congiunta e l'impugnazione da parte di uno dei coniugi», *NGCC*, 2015, núm. 2, pp. 167-171.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 20 de agosto de 2014 n. 18066 sobre la impugnación de la sentencia de divorcio en los casos en que la demanda de petición del divorcio ha sido conjunta. (*Alma R. G.*)

BALESTRA, L.: «La dichiarazione giudiziale di paternità alla luce della riforma della filiazione», *RTDPC*, 2014, núm. 4, pp. 1223-1259.

Estudio de la reforma de la regulación de la filiación, en relación con la legitimación activa y pasiva y juez competente para dirimir el objeto de las acciones de filiación, así como los medios de prueba admitidos y los efectos de la sentencia. (*M. R. D. R.*)

BARCHIESI, L.: «La contribuzione nella nuova famiglia», *RDC*, 2014, núm. 6, pp. 1297-1336.

Observaciones sobre la aplicación de los artículos 143.3 y 315 bis del CC, tras la reforma introducida por el artículo 1.8 de la l.10-12-2012, n. 219,

sobre la necesidad de la contribución a las necesidades de la familia por todos los miembros de la unidad familiar con capacidad para ello. (*M. R. D. R.*)

BIANCA, M.: «Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni», *DFP*, 2015, núm. 1, pp. 184-203.

Comentario a la *Ordinanza* del Tribunal de Roma de 20 de agosto de 2014 sobre el intercambio erróneo de embriones y la determinación del título de paternidad y maternidad. (*Alma R. G.*)

CAMPIGLIO, C.: «Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)», *NGCC*, 2014, núm. 12, pp. 1132-1139.

Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014 recurso 65192/11 que, a propósito de las sentencias dictadas por dicho tribunal contra Francia en materia de gestación por sustitución, reflexiona sobre el límite del orden público internacional en sede de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia de familia. (*Alma R. G.*)

CARRANO, R.: «L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico di famiglie omogenitoriali», *DFP*, 2014, núm. 4, pp. 1533-1564.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 30 de julio de 2014, que estima, por primera vez en Italia, la petición de una mujer de adoptar a la hija biológica de su compañera homosexual. (*Alma R. G.*)

CHÉNEDÉ, F.: «L'établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger», *RD*, 2015, núm. 20, pp. 1172-1177.

Problemas del reconocimiento de filiación en los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. (*R. A. R.*)

CICERO, C.: «L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; ovvero, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino», *DFP*, 2014, núm. 4, pp. 1289-1318.

Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 10 de junio de 2014 n. 162 sobre la inconstitucionalidad de la prohibición de la fecundación artificial heteróloga en el artículo 4 párrafo 3.º de la Ley n. 40/2004 de 19 de febrero de procreación asistida. (*Alma R. G.*)

CIPRIANI, N.: «La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali», *DFP*, 2015, núm. 1, pp. 174-203.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 30 de julio de 2014, primer pronunciamiento en Italia sobre el reconocimiento de la adopción en parejas homosexuales: el derecho del menor a una familia y la multiplicidad de modelos familiares; tutela del menor en la adopción por parejas homosexuales. (*Alma R. G.*)

COCUCCIO, M.: «Il matrimonio putativo», *DFP*, 2014, núm. 3, pp. 1233-1247.

Artículo que analiza el matrimonio putativo, en particular, el presupuesto de la buena fe, la responsabilidad del cónyuge de mala fe y del tercero, los efectos de este tipo de matrimonio respecto a los hijos. (*Alma R. G.*)

DANOVI, F.: «Diritti dei nonni e competenza del giudice minorile: la parola alla Corte Costituzionale», *DFP*, 2014, núm. 3, pp. 1033-1050.

Comentario de la *ordinanza* del Tribunal de menores de Bolonia de 5 de mayo de 2014 relativo al derecho de los menores de edad a ser oídos en juicio respecto del derecho a relacionarse con sus abuelos. (*Alma R. G.*)

D'AVACK, L.: «Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare», *DFP*, 2014, núm. 3, pp. 973-1017.

Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 10 de junio de 2014 n. 162, que declara inconstitucional la prohibición legal de la fecundación artificial heteróloga: ponderación de los intereses constitucionales que subyacen en la fecundación de este tipo y la libertad de tener un hijo en cuanto derecho fundamental. (*Alma R. G.*)

DE CRISTOFARO, G.: «Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile», *NLCC*, 2014, núm. 4, pp. 782-803.

Propuesta alternativa de reconstrucción de la naturaleza y contenido de la titularidad y responsabilidad derivada de la patria potestad, tras las novedades del d.lgs. n. 154/13, el reg. CE n 2201/2003 y la Convención Internacional. (*M. R. D. R.*)

FABRE, MAGNAN, M.: «Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant. À propos de la gestatio pour autrui», *RD*, 2015, núm. 4, pp. 224-229.

El interés del menor. Distintas perspectivas atendiendo a la gestación subrogada. (*R. A. R.*)

FAVARA, S.: «Omosessualità e matrimonio canonico», *DFP*, 2014, núm. 3, pp. 1180-1232.

Artículo que analiza la condición homosexual en el matrimonio canónico. (*Alma R. G.*)

FREZZA, G.: «Qualche dubbio sull'ammissibilità e sulla fondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 38, comma 1 disp. att. c.c.», *DFP*, 2014, núm. 4, pp. 1319-1330.

Comentario de la *ordinanza* del Tribunal de menores de Bolonia de 5 de mayo de 2014 sobre el derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos (novedad legal de la reforma de filiación del año 2012) y competencia del juez de menores para hacer valer dicho derecho de los abuelos. (*Alma R. G.*)

GALLMEISTER, I.: «Assistance médicale à la procréation: conséquences de l'ouverture aux couples de femmes», *RD*, 2015, núm. 31, pp. 1777-1782.

Problemas legales y éticos sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida a parejas de mujeres. Consecuencias. (R. A. R.)

GATTO, A.: «Efficacia costitutiva della trascrizione del provvedimento straniero di adozione», *DFP*, 2014, núm. 4, pp. 1447-1459.

Comentario a la sentencia del Tribunal de menores de Roma de 20 de octubre de 2011 sobre el derecho y status del menor en el momento de su entrada en el estado italiano en virtud de un procedimiento extranjero de adopción o de acogimiento preadoptivo y eficacia de la inscripción de dicho procedimiento extranjero de adopción. (*Alma R. G.*)

GIACOBBE, E.: «Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma “Bianca”», *DFP*, 2014, núm. 2, pp. 817-840.

Artículo sobre el interés del menor y la admisión de la acción de declaración judicial de paternidad o maternidad natural. (*Alma R. G.*)

GIACOBBE, E.: «Le sezioni unite tra nomofilachia e “nomofantasia”», *DFP*, 2014, núm. 4, pp. 1368-1446.

Artículo que versa sobre si la convivencia conyugal durante cierto tiempo constituye un límite a la eficacia civil de la posterior sentencia eclesiástica de nulidad matrimonial. (*Alma R. G.*)

HAUSER, J.: «Point de départ du délai de deux ans pour assigner en divorce pour alteration définitive du lien conjugal», *SJ*, 2015, núm. 29, pp. 1413-1415.

Inicio del plazo para ejercitar la acción de divorcio por extinción del lazo conyugal. (R. A. R.)

KHAYAT, I.: «Chausse-trape des dispositions de l'article 1408 du code civil: doit-il s'appliquer en cas d'indivision complexe préexistante?», *RD*, 2015, núm. 11, pp. 644-648.

Problemas de indivisión de bienes matrimoniales en la sociedad de gananciales. Aplicación del art. 1408 CC. (R. A. R.)

LAGARDE, P.: «Die Leihmutterchaft: Probleme des Sach- und des Kollision-rechts», *ZEuP*, núm. 2, 2015, pp. 233-240.

Artículo sobre la llamada maternidad de alquiler (*Leihmutterchaft*), referido tanto a aspectos sustantivos como a problemas de colisión de normas.

El autor hace un repaso de los países que admiten la maternidad de alquiler, y los que no. Entre estos últimos se encuentran Francia y Alemania. El profesor Lagarde hace especial hincapié en los niños nacidos según este método en países que no lo admiten. El niño queda en un limbo jurídico, cuando su interés es el que hay que proteger primordialmente. De hecho, dos resoluciones de 26-VI-2014 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han puesto en evidencia a la legislación y jurisprudencia francesas por la incerteza de las consecuencias de los niños así nacidos en cuanto a su identidad, nacionalidad y situación hereditaria, considerándolo una infracción del art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En definitiva, para el autor del artículo, la justicia más elemental exige distinguir estrictamente entre el destino del ilícito contrato de maternidad subrogada, por una parte, y el *status* del niño, por otra. (M. G.-R.)

LAI, F.: «Osservazioni sulla situazione possessoria del convivente *more uxorio*», *DFP*, 2014, núm. 4, pp. 1330-1345.

Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 2 de enero de 2014 n. 7, que, dentro del marco doctrinal y jurisprudencial que amplía la tutela del conviviente *more uxorio*, afirma que dicha forma de convivencia lleva consigo, sobre la vivienda en la que se desarrolla el programa de vida en común, un poder de hecho basado en un interés propio del conviviente bien diferente de aquel derivado de razones de pura hospitalidad. (Alma R. G.)

LO GIUDICE, M.: «Maternità surrogata: alcune declinazioni penalistiche della trascrivibilità dell'atto di nascita formato all'estero; la non configurabilità del delitto di alterazione di stato (art. 567, comma 2 c.p.) per conformità alla *lex loci*: il difficile ruolo del diritto penale in campo biogiuridico: tra esigenze di prevenzione, derive paternalistiche e diritti dell'uomo», *DFP*, 2014, núm. 4, pp. 1474-1494.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 8 de abril de 2014, de nuevo sobre la gestación por sustitución: aspectos penales de la responsabilidad que tienen los progenitores en el caso de la solicitud de inscripción del acto de nacimiento del hijo fruto de una fecundación heteróloga seguida de una maternidad subrogada en el extranjero. (Alma R. G.)

LONG, J.: «L'adozione in casi particolari del figlio del *partner* dello stesso sesso», *NGCC*, 2015, núm. 2, pp. 117-123.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Menores de Roma de 30 de julio de 2014, que admite por primera vez un concepto de paternidad social frente al tradicional de la paternidad genética, reconociendo la adopción del hijo por parte de la pareja homosexual del progenitor biológico. (Alma R. G.)

LONGOBUCCO, F.: «Interesse del minore e rapporti giuridici a contenuto non patrimoniale: profili evolutivi», *DFP*, 2014, núm. 4, pp. 1642-1650.

De la potestad a la responsabilidad: los límites legales a la actividad sustitutoria de los progenitores en el ámbito patrimonial y no patrimonial. Apertura hacia «una autonomía de decisión del menor en el ámbito existencial». (Alma R. G.)

LORENZETTI, A.: «Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans», *NGCC*, 2014, núm. 12, pp. 1152-1161.

Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional italiano de 11 de junio de 2014 y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de julio de 2014 recurso 37359/09 sobre el «divorcio obligado» de la persona transsexual a partir de la estructura heterosexual del matrimonio. (Alma R. G.)

LOUIS, S.: «—Calcul des parts contributives des père et mère au profit de leurs enfants —Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence», *R. T. D. Familial*, 2015, núm. 2, pp. 155-224.

Estudio jurisprudencial del año 2013 sobre los distintos modos de calcular las pensiones alimentarias de los padres. Comienza con la noción de obligación parental de alimentos, continúa con el cálculo y modos de pago y finaliza con problemas de procedimiento y ejecución. (*Alma R. G.*)

MORACE PINELLI, A.: «Fondo patrimoniale e azione revocatoria fallimentare», *DFP*, 2014, núm. 3, pp. 1050-1067.

Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 8 de agosto de 2013 n. 19029 sobre la problemática que plantea la aplicación de la normativa concursal en materia de patrimonio familiar. (*Alma R. G.*)

NAPOLI, E. G.: «Affidamento ad un solo genitore e opposizione all'affidamento condiviso», *DFP*, 2015, núm. 1, pp. 297-320.

Artículo sobre el régimen de custodia compartida de los hijos en las crisis familiares del divorcio y la separación. (*Alma R. G.*)

PALMERI, G.: «L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte costituzionale 11 giugno 2014, n. 170 in materia di divorzio del transesuale», *NGCC*, 2014, núm. 12, pp. 553-566.

Artículo que comenta una decisión del Tribunal Constitucional italiano de 11 de junio de 2014 sobre el divorcio impuesto a la persona transexual: derecho a la identidad de género *versus* estructura heterosexual del matrimonio. (*Alma R. G.*)

PANI, V.: «Osservazioni a margine di talune problematiche applicative in tema di accordi sulla crisi coniugale», *DFP*, 2014, núm. 2, pp. 582-601.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 23 de septiembre de 2013 n. 21736 sobre las transmisiones patrimoniales realizadas por el marido a favor de la mujer y de los hijos con ocasión de la separación conyugal. En particular, autonomía y validez de los acuerdos no contenidos en el verbal de homologación de la separación. (*Alma R. G.*)

PATRINO, F.: «Matrimonio e famiglia negli ultimi progetti di legge sulla libertà religiosa», *DFP*, 2014, núm. 2, pp. 906-935.

Artículo sobre el tratamiento de la familia y el matrimonio en los últimos proyectos legales sobre libertad religiosa en su dimensión privatística. (*Alma R. G.*)

PELLEGRINI, L.: «Comodato di immobile ad uso di casa familiare», *NGCC*, 2015, núm. 2, pp. 130-137.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 29 de abril de 2014 n. 20448 sobre asignación de la vivienda familiar al cónyuge del comodatario tras la crisis familiar. (*Alma R. G.*)

PIRAINO, S.: «Famiglia, società e diritto», *DFP*, 2014, núm. 2, pp. 781-788.

Artículo sobre la libertad y solidaridad en la familia y en la sociedad civil; individualismo, familia y sociedad civil; la función social de la familia. (*Alma R. G.*)

PORCELLI, M.: «La famiglia al plurale», *DFP*, 2014, núm. 3, pp. 1248-1262.

Artículo que trata de la noción de familia y la pluralidad de modelos familiares; la relevancia de los diferentes modelos de convivencia en las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, por último, las uniones homosexuales. (*Alma R. G.*)

PORCELLI, M.: «La responsabilità genitoriale alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla legge di riforma della filiazione», *DFP*, 2014, núm. 4, pp. 1628-1641.

Del concepto de potestad parental al concepto de responsabilidad parental: paso del reconocimiento de los derechos de los menores de edad a la efectividad de su tutela. (*Alma R. G.*)

QUADRI, E.: «Il nuovo intervento delle sezioni unite in tema di convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale», *NGCC*, 2015, núm. 1, pp. 47-60.

Artículo a propósito de la doctrina del Tribunal Supremo italiano que mantiene que la convivencia conyugal durante un cierto tiempo excluye la eficacia de la posterior sentencia canónica de nulidad del matrimonio. (*Alma R. G.*)

RESTIVO, E.: «Sul riconoscimento non veridico di un figlio naturale», *DFP*, 2014, núm. 2, pp. 705-712.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 17 de octubre de 2012, que ha establecido la imposibilidad de impugnar el reconocimiento de un hijo natural por parte de un sujeto que en un momento anterior lo ha llevado a cabo con la conciencia de su falsedad (reconocimiento normalmente llamado de complacencia). (*Alma R. G.*)

RIMINI, C.: «I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari», *DFP*, 2015, núm. 1, pp. 209-225.

Artículo sobre los pactos relativos a la pensión de divorcio: atribución jurídica y disponibilidad por los interesados; la progresiva afirmación de los valores de autodeterminación en el actual derecho de familia. (*Alma R. G.*)

ROMA, U.: «Ordine pubblico, coniugale e pronunce ecclesiastiche di nullità del matrimonio: le sezioni unite suppliscono all'inerzia legislativa con una sostanziale modifica dell'ordinamento», *NGCC*, 2015, núm. 1, pp. 50-61.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 17 de julio de 2014 n. 16379, que se refiere a la cuestión de si la convivencia conyugal constituye o no un obstáculo al reconocimiento de las sentencias eclesiásticas de nulidad del matrimonio. (*Alma R. G.*)

SCALERA, A.: «*Mater semper certa est?* Considerazioni a margine dell'ordinanza sullo scambio di embrioni», *NGCC*, 2014, núm. 12, pp. 1115-1122.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 8 de agosto de 2014, que lleva a plantearse de qué modos ha de tutelarse la relación jurídica entre el nacido fruto de las técnicas de reproducción asistida y los padres genéticos. En particular, cuando se han implantado de forma errónea embriones en el útero de una mujer que es diferente a aquella cuyos óvulos han sido fecundados. (*Alma R. G.*)

VAN GYSEL, ACH.: «La cohabitation légale: quo vadis?», *RTD Familial*, 2015, 1.º, pp. 9-40.

Estudio a propósito de la ley de 2 de junio de 2013 que prohíbe la cohabitación forzosa de los cónyuges en Bélgica. (*R. A. R.*)

VERDICCHIO, V.: «La diseredazione “per giusta causa” (chiose a margine dell'art. 448 bis c.c., introdotto dalla l.n. 219/12)», *NLCC*, 2014, núm. 2, pp. 275-281.

Observaciones a la reforma del derecho de desheredación de legitimarios, herederos legales no legitimarios y el pacto de familia, en atención a los artículos 448 bis y 561 a 563 CC (*M. R. D. R.*)

ZINGALES, I.: «Profili problematici in tema di individuazione del regime che disciplina i provvedimenti presidenziali ex art. 708, comma 3 c.p.c.», *DFP*, 2014, núm. 3, pp. 1090-1106.

Artículo que analiza la relevancia de las condiciones físicas y psicológicas precarias del cónyuge a los fines de obtener la separación personal. (*Alma R. G.*)

## DERECHO DE SUCESIONES

BARRIÈRE BROUSSE, I.: «La mise en application du règlement européen sur les successions: cauchemar à l'office notarial?», *RD*, 2015, núm. 29, pp. 1651-1654.

El 17 de Agosto de 2015 se puso en vigor el Reglamento europeo de sucesiones. La función de los oficiales en materia sucesoria. Consecuencias jurídicas frente a la situación anterior. (*R. A. R.*)

## VARIA

RENTSCH, B.: «Die Zukunft des Personalstatus im gewöhnlichen Aufenthalt», *ZEuP*, núm. 2, 2015, pp. 288-312.

Artículo de Derecho internacional privado sobre el futuro del estatuto personal en la residencia habitual, que, a la vez, es una contestación al artículo de D'AVOUT, «La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle», en *FS Audit*, 2014, pp. 15 y ss. (*M. G.-R.*)

SEIFERT, A.: «Das europäische Arbeitsrecht im Gesamtgefüge des europäischen Privatrechts», *ZEuP*, núm. 2, 2015, pp. 241-272.

El Derecho del trabajo europeo en el conjunto del Derecho privado europeo. Se pregunta el autor en qué medida ha influido el Derecho del trabajo europeo en el conjunto del Derecho privado europeo, y viceversa. (*M. G.-R.*)

## DERECHO MERCANTIL

### PARTE GENERAL. EMPRESA

BENATTI, F.: «I codici deontologici come tutela essenziale del mercato», *CI*, 2015, núm. 2, pp. 278-294.

Artículo dedicado a los códigos deontológicos en su función protectora del mercado: el carácter jurídico de los códigos deontológicos y su evolución; los códigos y la competencia; el tema de las tarifas y la concreción en los códigos de la normativa sobre publicidad. (*Alma R. G.*)

### DERECHO DE SOCIEDADES

ALBERTINI, L.: «L'esercizio dei diritti sociali nella società per azioni da parte del chiamato all'eredità: profili applicativi», *CI*, 2014, núm. 6, pp. 1428-1465.

Artículo que reflexiona sobre el ejercicio de los derechos sociales por parte del llamado a la herencia en las sociedades por acciones: algunos derechos administrativos y derechos patrimoniales. En particular, el derecho de opción y el ejercicio del derecho de voto. Análisis especial de las operaciones sobre el capital: el aumento y la reducción. (*Alma R. G.*)

CIAN, M.: «Le società di capitale (a r.l.) "quasi a-capitalizzate": spunti per una ricostruzione sistematica e della disciplina», *NLCC*, 2014, núm. 4, pp. 755-768.

Observaciones a la transformación y evolución de los diferentes tipos de sociedad de capital: sociedad de responsabilidad limitada y sociedad ordinaria con procedimiento constitutivo simplificado. (*M. R. D. R.*)

CUZACQ, N.: «Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre: Acte II, scène 1», *RD*, 2015, núm. 18, pp. 1049-1055.

Obligaciones de cuidado de las sociedades matrices sobre las filiales en el ámbito de las sociedades anónimas. (*R. A. R.*)

SANTIFILIPPO, P.: «I patti parasociali. Per una riflessione sulle tecniche di controllo», *NLCC*, 2014, núm. 6, pp. 1135-1165.

Análisis de los pactos parasociales, autonomía de la voluntad y medios de control, en aras de una gestión más útil y eficaz. (*M. R. D. R.*)

SCARPA, D.: «Estinzione delle società di capitali e tutela dei creditori sociali: evoluzione giurisprudenziale e riflessioni sistematiche», *CI*, 2014, núm. 6, pp. 1202-1224.

Artículo que analiza la evolución jurisprudencial en materia de liquidación y cancelación de las sociedades de capital, los efectos de la cancelación de las sociedades de capital en el Registro de Empresas y la tutela de los acreedores sociales en el caso de cancelación y extinción de las sociedades de capital. (*Alma R. G.*)

TADROS, A.: «Les dividendos: fruits ou produits des droits sociaux?», *SJ*, 2015, núm. 26, pp. 1279-1281.

Naturaleza jurídica de los dividendos sociales: ¿frutos o rendimientos de las acciones? Estudio doctrinal y jurisprudencial. (*R. A. R.*)

VINCENT, C.: «La faillite du plan de cession (ou les incidences du prepack-cession)», *RD*, 2015, núm. 10, pp. 577-583.

Cesión de empresa como forma de protección de ésta. Quiebra y consecuencias de tal situación. (*R. A. R.*)

#### INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

LE FUR, AV/SCHMIDT, D.: «Sanctions des abus de marché: «l'aiguillage», source de déraillements», *RD*, 2015, núm. 25, pp. 1450-1456.

Los problemas de abuso en el Mercado financiero. Abusos y sus consecuencias legales. (*R. A. R.*)

#### CONTRATOS MERCANTILES

SALOMONI, A.: «Responsabilità dell'operatore bancario nei confronti del cliente in caso di addebito non autorizzato su conto corrente *on line*», *NGCC*, 2015, núm. 2, pp. 141-147.

Comentario a la sentencia del Tribunal de *Firenze* de 20 de mayo de 2014 sobre la responsabilidad del operador bancario por el uso abusivo de las cartas credenciales informáticas del cliente titular de la cuenta corriente *on line* en el ámbito del servicio de *homebanking*. (*Alma R. G.*)

#### DERECHO CONCURSAL

HENRY, L.C.: «Le nouveau règlement «insolvabilité»: entre continuité et innovations», *RD*, 2015, núm. 17, pp. 979-987.

Los cambios en los supuestos de insolvencia financiera de las empresas. Ventajas e inconvenientes de la nueva regulación legal. (*R. A. R.*)

SÉVELY-FOURRIÉ, C.: «La créanse du Fonds de garantie doit-elle ceder devant l'impératif de redressement du débiteur surendetté?», *RD*, 2015, núm. 22, pp. 1283-1292.

Problemas de insolvencia del deudor. Preferencia de créditos. (*R. A. R.*)

### ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L	American Journal of Comparative Law
CLR	California Law Review
C. L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
ERPL	European Review of Private Law
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
L. Q. R.	Law Quarterly Review
MLR	Modern Law Review
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
N. Y. U. L. Rev.	New York University Law Review
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile
RD	Recueil Dalloz
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI	Revue de Droit Immobilier
RIDA	Revue Internationale du Droit d' Auteur
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCLA L. Rev.	University of California Los Angeles Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

## JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2014

**Jenifer BLANCO RUEDA (Escuela Judicial), Ramón CASAS VALLÉS (Universidad de Barcelona), Marta RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (Escuela Judicial), Carles VENDRELL CERVANTES (Universidad Autónoma de Madrid)**

**STC 7/2014, 25 de febrero.**

**Recurso de amparo: Estimado.**

**Ponente: Ollero Tassara.**

**Conceptos: Derecho a la intimidad personal. Libertad de información.**

**Interés público constitucionalmente relevante. Detalles de una relación sentimental. Tolerancia respecto de publicaciones anteriores similares.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1.d) CE.**

A diferencia de lo que en ocasiones ha sostenido la Sala Primera del Tribunal Supremo (*vid. infra* la reseña a la STC 19/2014, *Melanie Olivares*), según la jurisprudencia constitucional, el derecho fundamental a la libertad de información solo protege aquellas informaciones que afectan al conjunto de los ciudadanos y que contribuyen a la formación de la opinión pública sobre determinadas materias de interés general. Las informaciones frívolas que solo entretienen –como, al parecer, las que ocuparon al presente caso– no quedan protegidas por la libertad de información. Bajo esta perspectiva, si, por ejemplo, los detalles de la vida amorosa de un ex ministro y vicepresidente conservador y divorciado que se opuso en su día al divorcio no son una de esas informaciones de interés público constitucionalmente relevante (*vid. STC 176/2013, caso Álvarez-Cascos*), tampoco presenta tal interés la publicación de una noticia que revela la relación sentimental de una actriz. Esta es, en esencia, la razón que lleva al Tribunal Constitucional a censurar la ponderación realizada por el Tribunal Supremo y a estimar el recurso de amparo de los demandantes.

Los hechos del caso se refieren a dos publicaciones en la revista «¡Qué me dices!» de sendos reportajes fotográficos que daban cuenta

de la nueva relación amorosa de la actriz española de origen colombiano Mónica Estarreado. Las fotografías, que habían sido tomadas en lugares públicos (la calle, una gasolinera y un parque), mostraban a la actriz y a su pareja abrazándose y besándose; por su parte, los comentarios del reportaje resaltaban, en tono pretendidamente humorístico, aspectos banales de las imágenes y el papel de la actriz en la obra televisiva *Yo soy Bea*.

La actriz y su pareja interpusieron dos demandas (una para cada reportaje) contra la editora de la revista y su director por vulneración del derecho a la intimidad –no del derecho a la propia imagen–, y solicitaron la cesación y remoción del reportaje y una indemnización de 25.000 y 20.000 euros para cada uno de los demandantes. La Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 14.<sup>a</sup>) confirmó la estimación parcial de la primera demanda y la concesión de una indemnización de 12.000 euros a cada demandante. Respecto de la segunda demanda, la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 8.<sup>a</sup>) revocó la sentencia de primera instancia –que había estimado parcialmente la demanda y concedido una indemnización de 12.000 euros a cada demandante– y desestimó la demanda. La Sala Primera del Tribunal Supremo –por medio de los argumentos examinados por el Tribunal Constitucional, que se exponen *infra* 2)– acordó la prevalencia de la libertad de información sobre el derecho a la intimidad y la desestimación de las demandas.

Como queda dicho, la presente sentencia del Tribunal Constitucional estima los dos recursos de amparo acumulados de la actriz y su pareja y revoca las dos sentencias del Tribunal Supremo impugnadas.

A continuación se resume la argumentación seguida por el Tribunal Constitucional:

1) *La justificación de la especial trascendencia constitucional.*—Con carácter preliminar, la sentencia descarta la existencia del óbice planteado por las demandadas y recurridas en amparo, relativo a la posible ausencia de la especial trascendencia constitucional. Para el Tribunal Constitucional, esta trascendencia es clara, por dos razones: por un lado, en afirmación algo discutible, considera que el asunto plantearía un «problema o faceta del derecho a la intimidad personal» novedoso sobre el que no habría doctrina constitucional, «cual es la determinación del canon a aplicar respecto de la información relativa a la vida privada de una persona afectada por el reportaje pero que carece de notoriedad o relevancia política o social» (FD 2.<sup>o</sup>); por otro lado, advierte –aquí con más razón– que las sentencias del Tribunal Supremo impugnadas constituyen una línea jurisprudencial consolidada que parte de premisas «que no se corresponden con la doctrina del Tribunal Constitucional» (ibid.).

2) *Las premisas (erróneas) de la ponderación del Tribunal Supremo.*—El enjuiciamiento que desemboca en la revocación de las sentencias del Tribunal Supremo se construye sobre un análisis separado de cada uno de los argumentos o circunstancias que llevaron a la jurisdicción ordinaria a concluir acerca de la prevalencia del derecho a la intimidad en el presente caso (FD 4.<sup>o</sup>). En síntesis, estos argumentos fueron los siguientes: (i) la proyección pública de la actriz, que en aquel momento era la protagonista de una serie televisiva de gran éxito, y el carácter accesorio de su pareja en los reportajes determinan una reducción del ámbito de protección del derecho a la intimidad; (ii) el hecho de que las imágenes fueran captadas en

lugares abiertos al público, y no de manera clandestina o furtiva, determina que los afectados asumieron el riesgo de ser fotografiados; o dicho de otro modo y en términos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos o del propio Tribunal Supremo: los afectados no poseían, en esos ámbitos, expectativas razonables de privacidad; (iii) si, como queda dicho, la actriz era una «*celebridad social*», la publicación tenía interés público o general y, en particular, para los lectores de la revista en la que fueron publicados los dos reportajes litigiosos; y (iv) la conducta anterior de la actriz –que había concedido entrevistas y había posado como modelo– revelaría una pauta de comportamiento favorable a dar a conocer aspectos de su vida privada.

3) *La crítica del Tribunal Constitucional a los argumentos del Tribunal Supremo.*—La sentencia censura cada uno de los argumentos expuestos del siguiente modo: (i) la notoriedad pública de la actriz protagonista de los reportajes no excluye la protección del derecho a la intimidad (algo que, evidentemente, la Sala Primera del Tribunal Supremo no dijo); por otro lado, la pareja de la actriz no puede formar parte de los personajes de notoriedad pública, sin que el Tribunal Constitucional aclare el juego de la doctrina de la imagen o información accesorio utilizada por el Tribunal Supremo. En realidad, parece que este último argumento es insustancial o que, cuando menos, solo se revela útil una vez se ha acreditado la prevalencia de la libertad de información: si el Tribunal Constitucional hubiese concluido que el reportaje presenta interés público informativo en términos constitucionales, el carácter accesorio de la pareja de la actriz no parece que hubiese limitado o excluido ese interés, y bien podría haber servido para explicar *ex post* que, no obstante su falta de notoriedad pública, esa persona también debe soportar la intromisión en su esfera privada; (ii) es irrelevante el hecho de que las fotografías hubiesen sido captadas en lugares públicos; lo relevante para el Tribunal Constitucional –que no analiza de forma expresa la doctrina de las expectativas razonables de privacidad invocada por el Tribunal Supremo– es un dato que este no habría tenido en cuenta, a saber: que las imágenes habrían sido captadas *clandestinamente* por un *paparazzo*. El argumento del Tribunal Constitucional no está exento de objeciones: tratándose de fotografías captadas, como ha quedado expuesto, en la calle, una gasolinera y un parque, el hecho de que quien las realizara fuera un fotógrafo profesional que trabaja para la prensa sensacionalista carece relevancia, y parece situar el elemento clave de la ponderación en el reproche a un tipo de medios; cuando, en realidad, la existencia de interés público informativo y en consecuencia la prevalencia de la libertad de información dependen del contenido de la información (piénsese que, en este caso, el conflicto a resolver se hubiese planteado en los mismos términos si las fotografías las hubiese facilitado a la revista un aficionado que se hubiese encontrado por casualidad a la pareja efigiada en la calle, en la gasolinera o en el parque. Mayor interés hubiese tenido analizar más concretamente los espacios públicos en los que fueron tomadas las fotografías –lo que tampoco se realizó en los pronunciamientos de la jurisdicción ordinaria–, y analizar en consecuencia si verdaderamente los efigiados disponían de expectativas razonables de privacidad; (iii) la relación sentimental de los protagonistas no es un información amparada por el interés público constitucionalmente protegido por la libertad de información, por cuanto no es una información que tenga «*trascendencia para la comunidad*», al «*no afectar[r] al conjunto de los ciudadanos*». El Tribunal Constitucional –en el argumento de mayor peso– reitera, frente a lo argumentado por el Tribunal

Supremo, que el derecho fundamental del artículo 20.1 d) no protege la mera curiosidad del espectador o lector [FD 4.º (d)]; y (iv) respecto de la posible relevancia de la conducta anterior de la actriz, el Tribunal Constitucional señala que su presencia anterior en los medios no se refirió a la relación ahora divulgada en los reportajes litigiosos y que, aun en este caso, esta revelación no habría determinado su licitud, pues el titular del derecho a la intimidad ha de consentir o autorizar toda intromisión en su esfera íntima. No señala la sentencia, no obstante, el que en realidad parece el extremo relevante (y que el Tribunal Supremo tampoco acertó en destacar), a saber: si la presencia mediática de la actriz en las publicaciones anteriores se refirió a aspectos personales y, en particular, a sus relaciones sentimentales. En este caso, la argumentación del Tribunal Constitucional sería menos convincente, pues, precisamente y al margen de todo reproche, esa conducta podría haber generado ese interés público, que, si bien seguiría careciendo del elemento cualificado exigido en la jurisprudencia constitucional (*afectación a la comunidad*), presentaría un matiz relevante que acaso podría justificar la prevalencia sobre el derecho a la intimidad.

**STC 9/2014, 27 enero.**

**Recurso de amparo: Estimado.**

**Ponente: González Rivas.**

**Conceptos: Función y ámbito material del incidente de nulidad de actuaciones. Derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso previsto en la ley. Motivación, incongruencia omisiva, irrazonabilidad y arbitrariedad.**

**Preceptos de referencia: Artículos 241 LOPJ, 228 LEC y 24 y 53. 2 CE.**

La junta vecinal de Camplongo de Arbas (León) interpuso demanda ante el TSJ de Castilla y León contra la junta vecinal de Villanueva de la Tercia (León), solicitando la efectividad de una cláusula arbitral contenida en la escritura de división material de ambos pueblos en el Monte de la Campa, suscrita por ambas partes, y la designación judicial de un árbitro. Admitida a trámite la demanda, la defensa de la junta vecinal de Villanueva de la Tercia opuso como excepciones procesales las siguientes: i) falta de capacidad procesal de la actora; ii) falta de postulación; y iii) falta de reclamación administrativa previa. En relación a la cuestión de fondo la parte se opuso a la pretensión de la actora negando la existencia de cláusula arbitral. La Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Castilla y León dictó Sentencia estimando la demanda interpuesta pero olvidó dar respuesta a dos de las excepciones alegadas oportunamente: La falta de capacidad procesal de la actora en el proceso y la falta de reclamación administrativa previa. Para denunciar el vicio de incongruencia omisiva, la demandante de amparo optó por la vía del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, incidente que fue inadmitido a trámite mediante Providencia del siguiente tenor literal:

*«No ha lugar a su admisión, toda vez que la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva que se denuncia se concreta en imputar a la sentencia cuestionada vicio de incongruencia omisiva*

*y es lo cierto que el cauce elegido impide entrar a resolver sobre dicha pretensión, puesto que el incidente de nulidad regulado en el artículo 241 LOPJ arbitra un trámite excepcional, orientado a la rescisión de resoluciones firmes, que sólo se justifica por la gravedad irreparable de la vulneración de los derechos fundamentales sufrida por quien ha sido parte del proceso, excluyéndose de su ámbito las pretensiones fundadas en la incongruencia, en armonía con lo dispuesto en el artículo 228 LEC, asimismo invocado, a partir de la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo. En definitiva el carácter excepcional de este incidente no permite incluir entre las causas de nulidad, la incongruencia, por lo que la vulneración invocada al no asentarse sobre vicios de forma invalidantes relacionados con un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE, no puede ser objeto de revisión por esta vía.»*

Tal fundamentación no tiene razón de ser, puesto que es indudable que el vicio de incongruencia omisiva se incluye en el ámbito objetivo del incidente de nulidad. En efecto, el TC

*«Ha venido incluyendo, entre los recursos y remedios procesales exigibles para cumplir el requisito previsto del artículo 44.1 a) LOTC, el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ que, desde la modificación operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, constituye un remedio destinado a reparar los defectos de la resolución no recurrible que originen cualquier vulneración de un derecho fundamental, entre ellos, la incongruencia omisiva en que puedan incurrir las resoluciones judiciales (por todas, SSTC 28/2004, de 4 de marzo, FJ 4; 235/2005, de 26 de septiembre, FJ 2; y 155/2007, de 18 de junio, FJ 2). Por si esto fuera poco, la sentencia señala, como lo hacen otras tantas (SSTC 174/2004, de 18 de octubre, FJ 2; 268/2005, de 24 de octubre, FJ 4 y 288/2005, de 7 de noviembre, FJ 1), que el incidente de nulidad constituye un medio igualmente idóneo para denunciar la incongruencia que el establecido en el artículo 215.2 LEC, precepto que recoge la posibilidad de solicitar el complemento de las sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso.»*

De todo ello, resulta la inevitable estimación del amparo con la consiguiente declaración de nulidad y retroacción de actuaciones, pues la Providencia olvida la función esencial de tutela y defensa de los derechos fundamentales que ha de cumplir el incidente de nulidad, e incurre en una vulneración clara del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso. Así lo entiende el TC en aplicación de la STC 153/2012, mencionada también en la STC 204/2014 (*vid. infra* la correspondiente reseña).

**STC 18/2014, 30 de enero.**

**STC 75/2014, 8 de mayo.**

**STC 125/2014, 21 de junio.**

**STC 127/2014, 21 de julio.**

**CI: Inadmisión a trámite por inexistencia o insuficiencia del juicio de aplicabilidad y relevancia.**

**Ponente: González-Trevijano (18/2014), Xiol (75/2014), Enríquez (125/2014), Asua (127/2014).**

**Conceptos: Convivencia *more uxorio* y matrimonio. Régimen económico. Distinción entre voluntad de convivencia y voluntad de equiparación de ambas situaciones. Derecho civil de Galicia. Necesidad del juicio de aplicabilidad y relevancia de la Cuestión de inconstitucionalidad por parte del órgano proponente.**

**Preceptos de referencia: DA 3.<sup>a</sup> Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (texto original y texto resultante de la reforma introducida por la Ley gallega 10/2007, de 27 de junio, en vigor desde el 3 de julio). Artículos 9.3, 10.1, 14 y 149.1.8.<sup>a</sup> CE.**

La STC 18/2014 es la primera de una serie de cuatro resoluciones que abordan un mismo problema, aunque sin entrar en el fondo por no haberse cumplido con las exigencias del juicio de aplicabilidad y relevancia por parte del órgano proponente que es, en todos los casos, el TSJ de Galicia. Quedan así sin resolver los interesantes problemas de constitucionalidad planteados con referencia a la DA 3.<sup>a</sup> Ley 2/2006.

La sentencia tiene su origen en los problemas de una pareja de hecho, cuya convivencia se había prolongado desde enero de 1994 a agosto de 2006 cuando, al parecer, él la dejó a ella. La mujer interpuso entonces demanda contra su ex pareja pidiendo que se reconociera la existencia de una unión de hecho y una comunidad de bienes análoga a la sociedad de gananciales, cuya disolución y liquidación asimismo solicitaba. La base de su pretensión era la DA 3.<sup>a</sup> de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia:

*«1. A los efectos de la aplicación de la presente Ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges.*

*2. Tendrán la consideración de relación marital análoga al matrimonio la formada por dos personas que lleven conviviendo al menos un año, pudiéndose acreditar tal circunstancia por medio de la inscripción en el registro, manifestación expresa mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio admisible en derecho. En caso de tener hijos en común será suficiente con acreditar la convivencia.»*

La pareja tenía hijos comunes y, por tanto, la actora entendía que, para estimar sus pretensiones, le bastaba acreditar la convivencia. La sentencia del JPI de Chantada (15/1/2008) consideró probada la unión de hecho y, asimismo, aplicable la transcrita DA 3.<sup>a</sup> Sin embargo, rechazó la aplicación del régimen de gananciales *«pues existía una delimitación patrimonial voluntariamente aceptada y sobradamente acreditada en el proceso»*. La decisión fue

confirmada por la AP de Lugo (21/4/2009), que reforzó su argumentación con la nueva redacción dada a la DA 3.<sup>a</sup>, 2, Ley 2/2006 por la Ley gallega 10/2007, de 27 de junio:

«2. *Tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio. [...]»*

Como puede verse, la reforma eliminó la exigencia del año de convivencia, restringiendo no obstante los medios de prueba a la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia. La Audiencia entendía que la reforma no hacía sino aclarar las dudas que había suscitado la previa redacción de la DA 3.<sup>a</sup> 2 Ley 2/2006 y a este objeto se remitía a la Exposición de Motivos de la Ley 10/2007, en la que se explicaba que la repetida DA 3.<sup>a</sup> se introdujo en su día en el texto de la Ley 2/2006 «*en aras de eliminar [...] la discriminación existente entre los matrimonios y las uniones análogas a la conyugal; sin embargo, “no fue intención del legislador establecer la equiparación ope legis de quienes no desearan ser equiparados”*» (EdM pfo. III). De acuerdo con las sentencias de instancia y apelación, en el proceso se habría acreditado la voluntad de convivir, pero no la voluntad de equiparación entre la unión y el matrimonio, pudiendo alcanzarse más bien la conclusión opuesta. La actora recurrió en casación ante el TSJ de Galicia alegando, en sustancia, que el caso debía haberse resuelto aplicando la DA 3.<sup>a</sup> Ley 2/2006, cuyo tenor literal obligaba a estimar la demanda pues se cumplían sus requisitos (convivencia superior a un año o existencia de descendencia común). Por su parte el demandado oponía que, en realidad, la repetida DA 3.<sup>a</sup> no era aplicable dada su fecha de entrada en vigor, posterior al inicio de la convivencia y casi también a su cese.

En esta situación, el TSJ decidió plantear Cuestión de Inconstitucionalidad, con referencia a la DA 3.<sup>a</sup> Ley 2/2006. A su entender, esta norma, de naturaleza exclusivamente civil, «*atañe a una parte nuclear de las relaciones familiares, como son las relaciones jurídico-patrimoniales y a la creación ex lege de un estado civil casi matrimonial de gran relevancia en cuestiones como el régimen económico matrimonial o el sucesorio (la legítima del cónyuge viudo o la sucesión intestada)*». Una regulación de este tipo, proseguía el TSJ, iba más allá de las competencias de la Comunidad Autónoma, limitadas a la «*conservación, modificación y desarrollo*» de su Derecho civil propio:

«*El órgano judicial que interpone la cuestión declara que el estatus de la familia en Galicia no ha diferido nunca del establecido por el derecho común y, por lo demás, el legislador gallego en la exposición de motivos de la norma impugnada no justifica en modo alguno por qué equipara jurídicamente las parejas de hecho al matrimonio, ni aparece la razón de la innovación legislativa, ni su conexión con las instituciones propias de Derecho civil gallego, llegando a la conclusión de que el legislador gallego se ha excedido de la competencia que la Constitución le confiere para desarrollar el derecho civil propio de Galicia*» [antecedente 3.b) STC].

El planteamiento de la Cuestión se justificaba adicionalmente con los siguientes argumentos:

«i) *La equiparación de las parejas de hecho al matrimonio excede de lo meramente formal y se adentra en el núcleo de las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, pues se crea una nueva forma de matrimonio en Galicia y tales relaciones son competencia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.8 CE; ii) la Constitución dispone que el matrimonio es un derecho potestativo y, consecuentemente, su reverso no puede ser impuesto de forma obligatoria por el legislador, pues menoscabaría el libre desarrollo de la personalidad. Esta es la tacha de inconstitucionalidad que se atribuye a la Ley 2/2006 al imponer a las parejas de hecho un estatus cuasi matrimonial sin contar con la voluntad de sus miembros; iii) el principio de no discriminación no puede justificar la constitucionalidad de la norma, pues el Tribunal Constitucional ya dejó claro en su STC 155/1998, de 13 de julio, FJ 3, que la libertad de elección entre mantener una relación extramatrimonial y contraer matrimonio legitima el tratamiento diferenciado de los dos tipos de convivencia y iv) la equiparación de las parejas de hecho y el matrimonio afecta a la seguridad jurídica de terceros, que carecen de un registro público en el que figure el estatus familiar de la pareja, importante en caso de realizar con cualquiera de ellos un negocio jurídico» (ibídem).*

El Tribunal Constitucional, sin embargo, no entra en el fondo de esas cuestiones pues entiende que no se cumplen los requisitos de admisibilidad:

«Es preciso recordar que el artículo 35.1 LOTC exige que la norma con rango de ley de la que tenga dudas un Juez o Tribunal debe ser “aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo”, añadiéndose en el apartado 2 del indicado precepto que el órgano judicial deberá especificar o justificar, en el auto de planteamiento de la cuestión, en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Es decir, la norma cuestionada debe superar el denominado “juicio de relevancia”, o lo que es lo mismo, la justificación de que la decisión del proceso depende de su validez, dado que la cuestión de inconstitucionalidad no puede resultar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad propias, lo que sucedería si se permitiera que se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que la cuestión se suscita (STC42/2013, FJ 2, con cita de otras)» (FJ 2).

Esa exigencia es la que no se habría cumplido en el caso planteado:

«Sin embargo, pese a que el órgano judicial afirma dedicar el fundamento segundo de su Auto de planteamiento a despejar las dudas formuladas por el demandado respecto a la aplicabilidad de la norma al caso, resulta que, como acabamos de transcribir, des-

*carta expresamente pronunciarse acerca de la eventual aplicación retroactiva de la norma a situaciones de convivencia more uxorio iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor, como era la que acontecía en el caso que debía resolver. Igualmente, aun cuando lo haya considerado expresamente, no hace mención a la posible aceptación de una interpretación de la norma, la derivada de la modificación introducida por la posterior Ley 10/2007, que haría innecesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, en cuanto que, al poner el acento en la exigencia de la voluntariedad, determinaba un sentido de la regulación contenida en la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006 que excluía su aplicación al caso» (FJ 2).*

El órgano proponente, en definitiva, no habría justificado la necesidad del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, *«dado que no define la aplicabilidad de la norma al caso por razones temporales y tampoco, pese a que afirma aplicable la disposición adicional tercera en su redacción original, razona acerca de en qué medida la reforma del precepto, llevada a cabo por la Ley 10/2007, implica una modificación de su interpretación que podría haber hecho innecesario el pronunciamiento de este Tribunal, pues, en tanto que la norma no sería aplicable, no tendría efectos para el caso concreto»* (FJ 5). Por tanto, al no haberse satisfecho suficientemente los juicios de aplicabilidad y relevancia (art. 35 LOTC), el Tribunal, sin necesidad de entrar en el fondo, determina la inadmisión a trámite de la Cuestión (art. 37.1 LOTC).

El mismo problema de fondo subyace en las otras tres Cuestiones de Inconstitucionalidad planteadas por el propio TSJ de Galicia, dando lugar a pronunciamientos en idéntico sentido. Seguidamente, se resumen de forma abreviada las situaciones de hecho correspondientes, que ilustran muy bien la problemática subyacente.

a) *STC 75/2014 (Ponente Xiol).*—El caso tiene su origen en el fallecimiento en accidente de uno de los miembros de una pareja de hecho heterosexual. El superviviente interpuso demanda contra los padres de ella, herederos abintestato, pidiendo que se le reconociera el usufructo vitalicio de la mitad del haber hereditario líquido, de acuerdo con lo previsto en el Derecho civil de Galicia. La convivencia se había prolongado desde el 31/10/2005 hasta el 13 de julio de 2007 (fecha del accidente). El demandante invocaba la DA 3.ª de la Ley 2/2006, junto con la Ley 10/2007 y su Exposición de Motivos a efectos interpretativos. De acuerdo con la demanda, en la fecha del accidente ya se había superado el año de convivencia legalmente exigido y, en cuanto a la voluntad de equipararse a un matrimonio, debía aceptarse cualquier otra forma de prueba diferente de la inscripción registral, en la medida en que el Registro aún no existía cuando la causante falleció. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia dictaron sentencia desestimatoria. Sometido el caso al Tribunal Superior, éste interpuso Cuestión de Inconstitucionalidad que, como la primera, fue inadmitida a trámite por inexistencia o insuficiencia del juicio de aplicabilidad y relevancia exigido por el artículo 35 LOTC. La argumentación de la STC 75/2014 va en la línea de la previa STC 18/2014: *«El órgano judicial deja en suspenso tanto la decisión sobre la aplicación retroactiva o no del cómputo del año de convivencia ini-*

*cialmente exigido como la relativa a la eficacia de la disposición adicional tercera respecto las relaciones de las pareja preexistentes y extinguidas por fallecimiento de uno de sus miembros antes de que se hubiera creado el registro de parejas de hecho. Pues bien, en la hipótesis de que el órgano judicial decidiese, descartar la aplicación de la norma a situaciones de hecho preexistentes, o bien computar el año de convivencia exigido, solo a partir de la entrada en vigor de la Ley 2/2006, de 14 junio, resultaría que la disposición cuestionada no es aplicable al litigio y en consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la existencia o inexistencia de fundamento competencial para la regulación de las parejas de hecho en el Derecho civil de Galicia, sería innecesario o indiferente para la decisión del proceso en el que, realmente, lo que se debate es la existencia misma de una situación de convivencia de hecho sometida a las previsiones de la norma» (STC 75/2014, FJ 2)*

b) *STC 125/2014 (Ponente Enríquez).*—En este caso cambia un tanto el escenario. Quien demanda es la madre del fallecido contra la pareja de hecho de éste, con la pretensión de que se le reconozca la propiedad abintestato de los bienes del difunto (un inmueble y un automóvil). Con anterioridad, la madre había intentado sin éxito una acción de desahucio por precario, que no prosperó al entenderse que la demandada tenía derecho a ocupar la finca como pareja del fallecido. La convivencia había durado desde el 10 de junio de 2005 hasta el 12 de agosto de 2007 (fecha del accidente, posterior a la entrada en vigor de la Ley 10/2007) y la unión de hecho se había inscrito como tal en el registro del Concello de Lugo (10 de junio de 2005). La acción reivindicatoria de la madre fue desestimada en primera instancia y apelación, al entenderse plenamente aplicable en ambas instancias la DA 3.<sup>a</sup> Ley 2/2006. La demandante acudió al TSJ en casación pues, en su opinión «los órganos judiciales debían haber aplicado la norma que estaba en vigor en la fecha del fallecimiento del causante (12 de agosto de 2007), es decir, la disposición adicional tercera de la Ley 10/2007, de 28 de junio, de Derecho civil de Galicia (vigente desde el 3 de julio de 2007), que excluye el supuesto enjuiciado, en la medida en que no se había creado el registro necesario para que su aplicación pudiera ser efectiva. A partir de ahí, para la actora no existe en el presente caso la posibilidad de extender los derechos y obligaciones propios del matrimonio a los convivientes de una pareja de hecho. Igualmente, la actora defiende que las situaciones existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2006, de 14 junio (vigente desde el 19 de julio de 2006), no pueden considerarse como situaciones consolidadas a los efectos de la propia ley como ha afirmado la Sala. A su parecer, el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE garantiza la irretroactividad de las normas, salvo que expresamente legislador haya previsto lo contrario, lo que no es el caso». El TSJ de Galicia interpuso Cuestión de Inconstitucionalidad, que corrió la suerte ya conocida (inadmisión a trámite), con la misma argumentación: inexistencia o insuficiencia del juicio de aplicabilidad y relevancia por parte del órgano proponente.

c) *STC 127/2014 (Ponente Asua).*—El problema es, una vez más, el derivado de la ruptura de una pareja de hecho (unida desde 1972) por fallecimiento de uno de sus miembros, la mujer, el 25 de mayo de 2007. La difunta había otorgado testamento el 19/1/2007, instituyendo heredero a su hijo, nacido de una relación previa. El conflicto, por tanto, se produce entre éste y la ex pareja de la madre, que es quien interpuso demanda pidiendo que se le reconociera el usufructo de la mitad de los bienes hereditarios, entre los que

se incluía el inmueble en el que la pareja había venido conviviendo y del que el hijo había intentado desahuciar al ahora demandante. Como de costumbre, son importantes para entender los términos del litigio y los argumentos de las partes la fechas de inicio y fin de la convivencia junto con las fechas de entrada en vigor de la Ley gallega 2/2006 y de la Ley 10/2007 de reforma de la anterior. La demanda fue desestimada y también fracasó el recurso de apelación. La Cuestión de Inconstitucionalidad de la DA 3.ª Ley 2/2006, planteada por el TSJ de Galicia fue, a la postre, inadmitida por las razones ya conocidas.

**STC 19/2014, 10 de febrero.**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Roca Trías.**

**Conceptos: Derecho a la propia imagen. Libertad de información. Interés público constitucionalmente relevante. Imagen de actriz semidesnuda (*top-less*) en una playa. Mero entretenimiento y satisfacción de la curiosidad.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1.d) CE.**

Existe un grupo de casos recurrente en nuestra jurisprudencia –también en la de otros ordenamientos de nuestro entorno– que se refiere a la publicación no autorizada en revistas de entretenimiento de la imagen de personas de notoriedad pública en *top-less*, captada, igualmente de forma no autorizada, en playas abiertas al público. Su resolución nunca fue seriamente controvertida: estas publicaciones constituían, según convenido, una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen (si no hay consentimiento en la explotación comercial, hay infracción); tan solo se objetaba usualmente el alcance de la indemnización que correspondía a la persona efigiada (*vid.* STS de 29 de marzo de 1988, *Silvia Munt*; STS de 1 de julio de 2004, Ángeles Martín; STS de 7 de julio de 2004, *Naomi Campbell*, entre otras).

No obstante, a finales de 2008, la Sala Primera del Tribunal Supremo fijó una doctrina innovadora, claramente distinta de la mantenida anteriormente por los tribunales (entre ellos, como queda dicho, el propio Tribunal Supremo). Esta doctrina, expuesta en las STS de 18 de noviembre de 2008 (*Laura Ponte y sobrino del Rey*) y STS de 12 de junio de 2009 (*María Reyes*), podía resumirse del siguiente modo: (i) el concepto de interés público informativo protegido por el derecho fundamental a la libertad de información [art. 20.1 (d) CE] que puede justificar o *legitimar* intromisiones en el ámbito objetivo de protección del derecho fundamental a la propia imagen comprende también el «*interés propio de los medios pertenecientes al género frívolo, de entretenimiento o espectáculo*» [STS de 12 de junio de 2009, *María Reyes* (FJ 3)]; y (ii) la aplicación del artículo 8.2 a) de la LO 1/1982 –debidamente integrado por ese concepto de interés público informativo– determina la licitud de la publicación por parte de estos medios de la imagen desnuda del personaje de notoriedad o proyección pública cuando la imagen ha sido captada en lugares claramente abiertos al público y que, por ello, no pueden considerarse, según las circunstancias, recónditos.

Esta doctrina –valiente, bien pensada y fundamentada en términos de política jurídica [*vid.*, parcialmente, Á. CARRASCO PERERA, «Cámaras ocultas y desnudos playeros en la jurisprudencia reciente», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 787/2009 (BIB 2009/1830)], aunque no exenta de importan-

tes objeciones técnicas, especialmente en cuanto a su aplicación y a su falta de encaje en la estructura normativa del derecho a la propia imagen— es rotundamente desautorizada por la presente STC 14/2014. Y lo es, por medio de un razonamiento mucho más sencillo, más clásico, pero menos imprevisible en cuanto a su aplicación: la afectación al derecho fundamental a la propia imagen que supone publicar la imagen de famosos desnudos en un medio de entretenimiento sin su consentimiento —dice el Tribunal Constitucional— no puede justificarse por la prevalencia del derecho a la libertad de información, pues este solo protege aquellas informaciones o imágenes que «satisfacen objetivamente la finalidad de formación de la opinión pública», no aquellas otras que «se mueven en el terreno del mero entretenimiento y de la satisfacción de la curiosidad intrascendente de cierto público» (FD 7.º).

Los hechos de la STC 19/2014 no presentan particularidades dentro del grupo de casos indicados: la revista *Interviú* publicó en 2005 un reportaje formado por nueve fotografías de la actriz Melanie Olivares, «en las que aparece paseando y tomando el sol en top-less en una playa de Ibiza»; como es habitual en la revista indicada, una de las fotografías se reprodujo en su portada.

La sentencia de primera instancia —confirmada en apelación por la Secc. 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid— estimó parcialmente la demanda y condenó al medio y al director de la revista a indemnizar a la actriz con 70.000 euros, entre otros pronunciamientos. El Tribunal Supremo, por medio de la doctrina jurisprudencial reseñada, casó la sentencia de la Audiencia y desestimó la demanda. El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo de la actriz y declara la nulidad de la resolución del Tribunal Supremo, sobre la base de la siguiente fundamentación:

1) *Asunción de la caracterización del derecho fundamental a la propia imagen de la STC 23/2010 (Chabeli).*—Para definir el contenido y alcance del derecho fundamental afectado en el caso e invocado como infringido en el recurso de amparo, el Tribunal parte de la caracterización realizada en sus pronunciamientos anteriores y, muy en particular, de la caracterización realizada por la STC 23/2010 (*Chabeli*). Aunque ello no sea especialmente relevante para la resolución del conflicto planteado en el presente caso, la asunción de la doctrina de esta última sentencia significa confirmar dos extremos importantes para definir el ámbito objetivo de aplicación del artículo 18.1 CE, a saber: (i) que si bien el contenido esencial de este derecho es defensivo o negativo (facultad de impedir la captación y reproducción de la imagen), la facultad (positiva) del titular del derecho de consentir o autorizar intromisiones es también parte del contenido del derecho fundamental; de ahí que se cite el artículo 2.2 LO 1/1982 como manifestación de esta facultad (FD 4.º y 5.º); (ii) que la reducción del ámbito objetivo del derecho fundamental de la propia imagen operada por la jurisprudencia constitucional desde la STC 81/2001 (*Emilio Aragón*) lo es «por razones teleológicas» y determina que su protección solo comprenda «la esfera moral y relacionada con la dignidad humana» (FD 4.º). Es claro que, en el presente caso, las imágenes en *top-less* de la actriz pertenecen a esa esfera moral o ámbito constitucional; lo es menos en otros casos de la jurisdicción ordinaria, pues todavía esta debe delimitar con mayor claridad esas dos esferas (*vid.*, p. ej., las dudas suscitadas en el Pleno de la Sala Primera en su STS de 8 de mayo de 2014, *David Bisbal*).

2) *La interpretación clásica del derecho a la libertad de información: solo protege las informaciones que satisfacen objetivamente la finalidad de formación de la opinión pública.*—Esta es, como ha quedado expuesto, la doctrina constitucional y que determina la rotunda desautorización de la doctrina formulada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Con independencia de si las imágenes fueron captadas en una playa más o menos recóndita, de si la persona efigiada es un personaje de notoriedad pública, de la interpretación —tan cara a la Sala Primera del Tribunal Supremo— de la realidad social como criterio de resolución de conflictos jurídicos, el derecho fundamental a la libertad de información no ampara publicaciones que no contribuyan en lo más mínimo «a un debate de interés general o a la formación de la opinión pública» (FD 7.º). No hay, en suma, «interés público de protección constitucional» (*ibid.*), de manera que los tribunales, al constatar que la actriz no consintió la explotación comercial de su imagen, debieron proteger el derecho fundamental a la propia imagen. Al argumento planteado por el Tribunal Supremo —la información publicada tenía «el interés propio de los medios pertenecientes al género de entretenimiento», sin que estos medios puedan quedar excluidos del artículo 20.1 d) CE—, el Tribunal Constitucional responde que, en efecto, «es aceptable que el concepto de interés noticiable sea aplicado a los programas [sic] de entretenimiento», pero, para ello, la información debe tener «relevancia pública» en el sentido constitucional indicado.

**STC 23/2014, 13 de febrero.**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Pérez de los Cobos. Votos particulares discrepante de Asua Batarrita, al que se adhiere Ortega Álvarez, y de Ollero Tassara.**

**Conceptos: Derechos a la intimidad personal y a la autodeterminación informativa. Presunción de inocencia e indefensión. Conservación de muestras biológicas y perfiles de ADN para la identificación de autores de hechos delictivos futuros o concretos.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 18.4 CE; artículo 24.2 CE.**

Los recurrentes en amparo fueron condenados por la Audiencia Nacional como autores de delitos relacionados con el terrorismo (de ETA) por los siguientes hechos: en febrero de 2002, simularon un accidente en la vía pública para parar un autobús, expulsaron a su conductor y al único pasajero que viajaba en el vehículo y lanzaron varios cócteles molotov que incendiaron totalmente el autobús. Tras su fuga, la *ertzaintza* se hizo con las prendas que cubrían el rostro de los autores y que estos habían abandonado, lo que permitió realizar análisis de ADN. En 2003, un año después —dato no incluido en el relato fáctico de la sentencia, sino en su primer voto particular—, la policía vasca consiguió extraer el ADN de otras muestras biológicas obtenidas de cigarrillos arrojados por los demandantes en la vía pública. Como se intuirá, la comparación entre los datos obtenidos en 2002 y los de 2003 permitieron identificar a los recurrentes en amparo y condenarles por los hechos descritos.

Los recurrentes en amparo consideran que la obtención y utilización sin autorización judicial de sus datos de ADN determina una vulneración de su derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), de su derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE), al derecho a la presunción de inocencia

y a no sufrir indefensión (art. 24 CE). La mayoría del Tribunal desestima el recurso de amparo.

1) *¿Por qué la extracción por la policía del ADN de las muestras obtenidas de los cigarrillos sin autorización judicial no constituye una vulneración del derecho a la intimidad de los recurrentes?*—Con carácter preliminar, el Tribunal reseña la distinción trazada por la jurisprudencia del TEDH que distingue entre, por un lado, la conservación de muestras biológicas y perfiles de ADN para la identificación de futuros hechos delictivos (ilícita) y, por otro, aquellas extracciones directamente destinadas a vincular a una persona determinada con un delito concreto (lícita). Esta premisa, no obstante, no parece servir como marco para la *ratio decidendi* de la sentencia (como se desprende del voto particular de Asua Batarrita, el hecho de que la muestra de los cigarrillos fuese obtenida un año después de los hechos delictivos, permite dudar acerca de dónde se situaría el presente caso en la distinción del TEDH). En realidad, la conclusión de la inexistencia de vulneración del derecho a la intimidad de los recurrentes resulta de que, a juicio de la mayoría, la injerencia en este derecho satisfizo todos los requisitos exigidos por la propia jurisprudencia constitucional y, en particular, porque la obtención del ADN de los recurrentes por la policía (i) perseguía un fin constitucionalmente legítimo, a saber: la comparación con otros datos en el curso de una investigación acerca de la autoría «de graves delitos como son los delitos relacionados con el terrorismo»; (ii) tenía cobertura legal; (iii) no requería autorización judicial, y ello, por las razones ya expuestas en la anterior STS 199/2013, que se refieren, entre otras, a la escasa incidencia material en la intimidad personal de los recurrentes, que solo consistiría en el «riesgo de que el análisis de ADN fuese más allá de la mera identificación neutra, dada la naturaleza meramente identificativa del perfil genético obtenido a partir de los sectores no codificantes del ADN» (FD 2.º); y (iv) la medida fue proporcionada, al ser adecuada y al no existir un medio alternativo para comprobar si los recurrentes eran los autores de los hechos delictivos.

2) *¿Y por qué no constituye una vulneración del derecho a la autodeterminación informativa (protección de datos personales)?*—Por tres razones (FD 3.º): (i) porque los datos obtenidos de los recurrentes se refieren a su perfil genético (el obtenido con efecto identificativo neutral), que no incorpora otro tipo de datos que puedan contribuir a configurar un perfil o caracterización de la persona en sus aspectos ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole; (ii) la identificación de los recurrentes no resultó de la mera inclusión de sus perfiles genéticos a una base de datos de personas sospechosas, «sino que derivó de su comparación con los perfiles de ADN correspondientes a personas desconocidas que habían sido obtenidos a partir de muestras biológicas halladas en vestigios de otros hechos delictivos». Y, de haberse incluido en una base de datos, el derecho fundamental invocado permitiría a los recurrentes reaccionar contra esa «pretendida e hipotética conservación de sus perfiles de ADN solicitando la eliminación de sus perfiles de la base de datos a la que afirman que se incorporaron, lo que no consta haberse efectuado, de suerte que la lesión denunciada no sólo se construye sobre hechos no acreditados cumplidamente, sino que tampoco se habrían agotado los remedios disponibles para lograr su reparación, primero ante la Administración y luego, en su caso, ante la jurisdicción ordinaria»; y (iii) como ha quedado expuesto para el derecho a la intimidad, existe una finalidad constitucionalmente legítima.

2) *¿Por qué la utilización de las muestras obtenidas de los cigarrillos no constituye una del derecho a la presunción de inocencia y a no sufrir indefensión?.*—No se infringieron los derechos del artículo 24 CE invocados por los recurrentes porque (i) en relación con la falta de garantías de la cadena de custodia (esto es, la garantía de que los datos fueron correctamente analizados y contrastados) es una cuestión de hecho que no puede ser abordada por medio del enjuiciamiento del recurso de amparo; (ii) no se pudo vulnerar ni se vulneró el derecho de los recurrentes a no declarar contra sí mismos, por cuanto la cuestión enjuiciada no es una declaración y, en todo caso, por cuanto los recurrentes no se vieron forzados a realizar ninguna acción.

**STC 40/2014, 11 de marzo.**

**CI: Estimada. Se declara inconstitucional y nulo el artículo 174.3 párrafo V del TR de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con los efectos señalados en el fundamento jurídico 6.**

**Ponente: Ortega Álvarez. Voto particular discrepante de Roca Trías y Xiol Ríos.**

**Conceptos: Parejas de hecho. Pensión de viudedad. Leyes autonómicas. Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. Pretendida discriminación entre parejas de hecho (no entre pareja de hecho y matrimonio). Legislación básica de Seguridad Social.**

**Preceptos de referencia: Artículo 174.3, V TRLGSS. Artículos 14 y 149.1.8.ª y 17 CE.**

El caso tiene su origen en la reclamación de una pensión de viudedad por parte de la superviviente de una pareja de hecho. La demandante y el causante constaban empadronados en un mismo domicilio desde 1996, tenían dos hijos en común y disponían de libro de familia. Al menos desde 1991 la actora y sus hijos figuraban en el INSS a cargo del causante. La solicitud fue denegada porque, si bien estaban acreditadas la convivencia estable y notoria con el causante durante cinco años y la carencia de rentas en los términos legales, la unión de hecho no constaba en documento público ni estaba inscrita en registro específico alguno. La interesada, en su recurso ante el TSJ de Asturias alegaba que *«en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se lleva a efecto conforme a lo que establezca su legislación específica, y que, en el caso de autos, había de aplicarse el artículo 3 de la Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables, según la cual, se entiende por tales las que han convivido maritalmente como mínimo un periodo ininterrumpido de un año, pudiendo ser acreditada la convivencia por medio de cualquier medio de prueba»*. El recurso fue desestimado con el argumento de que Asturias carecía de Derecho civil propio (aunque en un voto particular se sostuvo que sí lo tenía, de carácter consuetudinario). Planteado recurso de casación para unificación de doctrina, la Sala 4.ª Tribunal Supremo decidió plantear Cuestión de Inconstitucionalidad en relación con el párrafo quinto del artículo 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS, RD Leg. 1/1994).

El artículo 174 TRLGSS regula la pensión de viudedad, refiriéndose su apartado 3 a las parejas de hecho. Para mayor comodidad se transcribe segui-

damente su contenido, destacando el párrafo V, objeto de la Cuestión planteada y a la postre anulado por inconstitucional:

«3. [I] *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.*

[II] *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.*

[III] *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.*

[IV] *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.*

[V] *“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”» (énfasis y numeración de párrafos añadidos).*

A juicio del TS el párrafo V infringiría el artículo 14 CE (igualdad) por cuanto podría conducir a tratar de manera diferente a parejas de hecho en idéntica situación, en función de la Comunidad Autónoma de residencia o vecindad y, más en concreto, de si esa Comunidad tiene o no Derecho civil propio. En

Asturias, al no haber Derecho civil propio, la única manera de acceder a la pensión pasaría por la constancia en escritura pública o la inscripción en un registro específico de parejas de hecho. En otras Comunidades, en cambio, la aplicación del Derecho civil propio permitiría prescindir de esas exigencias por admitirse, con mayor flexibilidad, otros medios de prueba. No se trataba por tanto de un problema de posible discriminación de las parejas de hecho en relación con las casadas, sino de discriminación entre parejas de hecho por razón de la diversidad de leyes civiles existentes en España.

El TS pedía al TC que se pronunciara sobre «*si el precepto cuestionado viola el principio de igualdad ante la ley al establecer unos requisitos –y unos medios de acreditación de los mismos– para acceder a la pensión de viudedad en los casos de las parejas de hecho que no son los mismos para todos los ciudadanos/as del Estado español sino que dependen de varias circunstancias: que estén o no en el ámbito de aplicación de una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio; que, en caso afirmativo, dicha Comunidad tenga o no una legislación específica aplicable a las parejas de hecho a efectos de causar la pensión de viudedad; y, en fin, que todas esas legislaciones específicas establezcan o no los mismos requisitos y las mismas formas de acreditarlos*». Si la respuesta fuera afirmativa, seguía el TS, se abrían dos posibilidades para eliminar la desigualdad. La primera consistiría en declarar nula por inconstitucional la totalidad del párrafo quinto del artículo 174.3 LGSS, dejando solamente en vigor la regla general del párrafo cuarto, que quedaría como regla única para todo el Estado. La segunda pasaría por efectuar una declaración de inconstitucionalidad parcial del precepto cuestionado, que llevara a declarar que la alusión al Derecho civil propio de ciertas Comunidades Autónoma resulta nula, por desprenderse de ella una inevitable violación del principio de igualdad.

a) *El artículo 174.3 TRLGSS y el alcance de la Cuestión planteada.*— El TC empieza su análisis exponiendo los antecedentes del artículo 174.3 TRLGSS y su relación con el Derecho autonómico y, más específicamente, con el de aquellas Comunidades que disponen de Derecho civil propio. El artículo 174.3 TRLGSS tiene su origen en el acuerdo al que llegaron el Gobierno, sindicatos y organizaciones empresariales el 13 de julio de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social. Tal acuerdo se canalizó a través de la Ley 40/2007 que, entre otras cosas, reformó el artículo 174 LGSS estableciendo en su apartado tercero los requisitos exigibles a las parejas de hecho para acceder en su momento a una pensión «de viudedad». Tales requisitos son dos. De un lado «*la convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años (a acreditar mediante el correspondiente certificado de empadronamiento)*»; y, de otro, «*la publicidad de la situación de convivencia more uxorio, imponiendo, con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento, la inscripción en el registro de parejas de hecho (en alguno de los registros específicos existentes en la Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia) o la constitución en documento público*». Importa subrayar, y así lo hace el TC con remisión a la doctrina del TS, que los dos requisitos no implican una duplicación de las pruebas referidas a un mismo extremo (la existencia de la pareja de hecho), «*sino que el artículo 174.3 LGSS se refiere a dos exigencias diferentes: la material, esto es, la convivencia como pareja de hecho estable durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante; y la formal, ad solemnitatem, es decir, la verificación*

de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de “análoga relación de afectividad a la conyugal”, con dos años de antelación al hecho causante» (FJ 3). Sobre esta base, el TC constata que el artículo 175.3, V TRLGSS «remite a la legislación de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio todo lo relativo a la “consideración” y a la “acreditación” de pareja de hecho, a salvo del “requisito de convivencia”» y que «de este modo, el artículo 174.3 LGSS diferencia dos regímenes distintos en función de si la pareja de hecho reside en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio o no», ya que, como resulta de su propio tenor literal «no se remite a las normas sobre parejas de hecho aprobadas por la gran mayoría de las Comunidades Autónomas, sino exclusivamente a la legislación sobre parejas de hecho de aquellas Comunidades Autónomas que cuentan con “Derecho civil propio”» (FJ 3). El análisis de las leyes de parejas de hecho de estas Comunidades, prosigue el TC, «pone de manifiesto que existen diferencias entre estas normas y lo previsto con carácter general en el párrafo cuarto del artículo 174.3 LGSS, tanto en la consideración de pareja de hecho como en su acreditación». Con todo, «la duda de constitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo se ciñe al inciso del párrafo quinto del artículo 174.3 LGSS relativo a la acreditación formal de la pareja de hecho, porque es el único de aplicación al caso» (FJ 3).

b) *Ausencia de razones que puedan justificar la diferencia de trato.*— Como queda dicho, a juicio del TS, la vulneración del principio de igualdad derivaría de que, tratándose de parejas de hecho en idéntica situación, el reconocimiento o no de la pensión dependería sólo de la Comunidad Autónoma de residencia o vecindad, con lo que no sólo se violaría el artículo 14 CE sino también el artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE (legislación básica y régimen económico de las Seguridad Social). El Tribunal Constitucional asume este razonamiento. El principio de igualdad, dice, «no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida» (FJ 4). El TC, tras el pertinente análisis, concluye que la diferencia de trato —que existe— no tiene justificación objetiva («por cuanto no se aprecian razones para deducir que la situación de necesidad en relación a esta prestación es mayor o más grave en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio») y tampoco puede justificarse «en atención a la finalidad de la prestación que en el caso de las parejas de hecho, según hemos señalado en la STC 41/2013, de 14 de febrero, FJ 4, no es otra que atender un estado real de necesidad del supérstite» (FJ 4). La conclusión es clara: «La determinación de los sujetos beneficiarios de una prestación de la Seguridad Social, en este caso la pensión de viudedad, constituye una norma básica que corresponde establecer al Estado ex artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE y debe hacerlo de forma unitaria para todos los sujetos comprendidos dentro de su ámbito de cobertura, salvo razones excepcionales debidamente justificadas y vinculadas a la situación de necesidad que se trata de proteger» (FJ 4).

c) *Las competencias civiles de las Comunidades Autónomas* (art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE).—El Abogado del Estado, el Fiscal General del Estado y la Letrada de la Seguridad Social entendían que debía desestimarse la Cuestión porque la diferencia de trato quedaría amparada por la pluralidad derivada de las competencias autonómicas en materia civil. El TC aborda esta cuestión, pero rechaza de plano la tesis anterior por no tratarse a su juicio de un problema de Derecho civil sino de Seguridad Social. El artículo 174.3, V TRLGSS «no tiene por objeto la regulación de las parejas de

*hecho, ni guarda tampoco relación con las competencias autonómicas en materia de Derecho civil, porque no se trata de modificar, conservar o desarrollar el Derecho civil foral, lo que derivaría en diferencias consecuencia de la coexistencia de distintos derechos civiles en el ordenamiento español. En realidad se trata de una norma de Seguridad Social que, por referencia a otras normas, regula, exclusivamente, la forma de acreditar los requisitos para el acceso a una prestación de la Seguridad Social, la pensión de viudedad en el caso de parejas de hecho estables. [...] Lo contrario conduce al resultado de introducir diversidad regulatoria en un ámbito en el que el mantenimiento de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional deriva del artículo 14 CE en relación con el artículo 149.1.17.ª CE. Con el precepto que enjuiciamos, el legislador introduce, siquiera por vía de remisión, un factor de diversidad determinante de la desigualdad de trato en el régimen jurídico de la pensión de viudedad, trato desigual que ya hemos considerado carente de justificación» (FJ 5).*

Por todo ello, el TC declara inconstitucional y nulo el párrafo V del artículo 174. 3 TRLGSS, «por vulneración del artículo 14 CE, en relación con el artículo 149.1.17.ª CE».

d) *El voto particular.*—Los magistrados discrepantes consideran, en primer lugar, que la Cuestión no debió admitirse a trámite por carecer de relevancia para el caso. Asturias es una Comunidad sin Derecho civil propio por lo que, dados los términos de la norma, tampoco sería aplicable su ley de parejas de hecho. En segundo lugar, en cuanto al fondo, consideran que la norma no infringe el artículo 14 CE ni en consecuencia es inconstitucional: «La falta de Derecho civil propio no impedirá a las parejas de hecho de otras Comunidades Autónomas acceder a la pensión de viudedad, mediante el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 174.3 LGSS. La desigualdad se produciría si estas parejas no pudieran acceder a la pensión por carecer la Comunidad Autónoma donde se hallan domiciliadas de Derecho civil propio, pero no cuando se aplica este Derecho para determinar quiénes tienen derecho a obtener dicha pensión y se aplican las reglas de su Derecho en la constitución y la acreditación de la pareja, que conforman su estatuto jurídico». A juicio de los discrepantes, la sentencia de la mayoría se basa en una repudiable «interpretación literal y no realista de la norma cuestionada».

**STC 44/2014, 7 de abril.**

**CI: Pérdida parcial de objeto respecto al artículo 174.3, V TRLGSS (STC 40/2014). Desestimación en lo demás.**

**Ponente: Asua Batarrita.**

**Conceptos: Igualdad. Convivencia *more uxorio* y matrimonio. Pensión de viudedad. El requisito de inexistencia de vínculo matrimonial con otra persona y principio de igualdad.**

**Preceptos de referencia: Artículo 14, CE. Artículo 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).**

La sentencia tiene en su origen la reclamación de una pensión de viudedad. La reclamante había sido pareja de hecho del fallecido. No obstante, la solicitud fue denegada por no cumplirse el requisito de inexistencia de vínculo matrimonial pues la solicitante continuaba casada con otra persona. Simplemente, se separó en su día sin que el matrimonio hubiera llegado a disol-

verse por posterior divorcio o muerte (sentencia firme de separación de 18 de abril de 1984). La solicitante recurrió la denegación alegando que el artículo 174.3, V TRLGSS (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social) remitía a las leyes civiles de las Comunidades Autónomas, algunas de las cuales no exigían la inexistencia de vínculo matrimonial. A su juicio, ello implicaba una infracción de los artículos 14.1 y 139.1 CE al propiciarse un tratamiento desigual injustificado para situaciones de hecho sustancialmente idénticas. Recibido el recurso, la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León decidió plantear ante el TC la posible inconstitucionalidad del artículo 174.3 TRLGSS, centrando sus dudas en dos extremos: «1.º *La remisión efectuada en ese precepto a la legislación específica de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, en cuanto a la “consideración de pareja de hecho y su acreditación” (párrafo quinto del art. 174.3 LGSS) y 2.º La exigencia de que los miembros de la pareja de hecho, a los efectos de causar la pensión de viudedad, “no tengan vínculo matrimonial con otra persona” (párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS)».*

El TC aborda el análisis empezando por el artículo 174.3, V TRLGSS, respecto del cual se limita a señalar que ha sido declarado inconstitucional en la STC 40/2014, sintetizando la doctrina sentada en ella: «*La norma cuestionada introducía en la regulación de la pensión de viudedad un criterio de diferenciación entre los sobrevivientes de las parejas de hecho carente de justificación, en tanto que la remisión que realizaba a la legislación específica de las Comunidades Autónomas de Derecho civil propio daba lugar a que los requisitos de acceso a la pensión de viudedad fueran distintos en función de la definición de la pareja de hecho y los modos de acreditarla previstos en las correspondientes legislaciones de las referidas Comunidades Autónomas. A este respecto, precisamos que el párrafo quinto del artículo 174.3 LGSS no constituía una norma de legislación civil vinculada al artículo 149.1.8.º CE, sino una norma de Seguridad Social, que en principio y salvo justificación suficiente, que no concurría en ese caso, debía establecer “con el más exquisito respeto al principio de igualdad”» (FJ 2). Por tanto, en lo que se refiere a este primer asunto, se produce la desaparición sobrevenida del objeto de la Cuestión.*

El segundo asunto atañe al requisito de inexistencia de vínculo matrimonial con otra persona que, a juicio del órgano proponente, implicaría un trato desigual entre parejas de hecho y, también, entre éstas y el matrimonio.

a) *La definición del supuesto llevada a cabo por el artículo 174.3 TRLGSS (qué es una pareja de hecho a efectos legales) no implica discriminación entre parejas de hecho.*—Sostenía el TSJ que la regulación legal implicaba discriminar a unas parejas de hecho respecto de otras. El TC, sin embargo, lo rechaza: «*No es que a unas parejas de hecho se les reconozca el derecho a la prestación y a otras no, sino que, a los efectos de la Ley, unas no tienen la consideración de pareja de hecho y otras sí» (FJ 3). Esto es, prosigue la sentencia:*

«*El artículo 174.3 LGSS condiciona la existencia misma de la pareja de hecho, a los efectos de poder optar a obtener la pensión, al cumplimiento de un presupuesto previo de carácter subjetivo, consistente en que los sujetos no se hallen impedidos para contraer matrimonio y que no tengan un vínculo matrimonial subsistente con otra persona, y de una exigencia material, referida a la convivencia como pareja de hecho estable durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante.*

*Quiere ello decir que, a los efectos de la Ley, no son parejas estables que queden amparadas por su regulación las que no reúnan esos precisos requisitos para su existencia, al margen de que el derecho a la pensión exija, además, la acreditación de la realidad de la pareja de hecho a través de un requisito formal, ad solemnitatem, consistente en la verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de análoga relación de afectividad a la conyugal, con dos años de antelación al hecho causante (STC40/2014, de 11 de marzo, FJ 3). Y tales presupuestos suponen una opción libremente adoptada por el legislador a la hora de acotar el supuesto de hecho regulado que no resulta prima facie arbitraria o irracional» (FJ 3).*

b) *Unión de hecho y matrimonio.*—El órgano proponente sugería que tampoco estaba justificada la diversidad de régimen de la «*pensión de pensión de viudedad de las parejas de hecho (art. 174.3 LGSS) y el de la pensión de viudedad del que sea o haya sido cónyuge en casos de “separación y divorcio” (art. 174.2 LGSS)*». El TC rechaza también esta idea pues con ella, dice, se pretende «*contrastar dos situaciones que no resultan equiparables, a saber, la de la unión matrimonial y la de la unión de hecho, que conforme a una reiterada doctrina de este Tribunal no resultan realidades equivalentes, pues mientras que el matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1 CE), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2 CE), 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 3). Por lo demás, es claro que el requisito de inexistencia de vínculo matrimonial es razonable y proporcionado pues «*obedece al objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y de coordinar internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social, evitando la concurrencia de títulos de reclamación que den lugar a un doble devengo de la pensión*» (FJ 3). Resumiendo: La pensión puede obtenerse como supérstite de una pareja de hecho (que lo sea por cumplir los requisitos legales) o como viudo/a en caso de matrimonio. Por ello es lógico que la ley defina con claridad ambas situaciones evitando solapamientos y eventuales comportamientos ventajistas. La Cuestión se desestima así en este punto.

**STC 45/2014, 7 de abril.**

**CI: Pérdida parcial de objeto respecto al artículo 174.3, V TRLGSS (STC 40/2014). Desestimación en lo demás.**

**Ponente: González-Trevijano.**

**Conceptos: Convivencia *more uxorio* y matrimonio. Unión de hecho acreditada y no acreditada. Pensión de viudedad. Exigencia de inscripción registral o constancia en documento público. Igualdad ante la ley. Regulación administrativa y regulación civil.**

**Preceptos de referencia: Artículos 14, 139.1 y 149.1.17 CE. Artículo 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).**

D.<sup>a</sup> Nuria solicitó pensión de viudedad como consecuencia del fallecimiento de su pareja con fecha 18 de agosto de 2010. Por resolución de la

Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 20 de septiembre de ese año le fue denegada por no haberse constituido formalmente como pareja de hecho con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante, y por no acreditar el nivel de ingresos previstos en el artículo 174.3 LGSS. Rechazada la reclamación previa, fue interpuesta demanda contra la resolución administrativa. El Juzgado de lo Social n.º 1 de Salamanca dictó sentencia desestimatoria. Contra dicha sentencia interpuso la interesada recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ Castilla y León, que decidió promover la presente cuestión de inconstitucionalidad.

En el auto de planteamiento razona la Sala que existe un doble régimen jurídico en el artículo 174.3 LGSS en el acceso a la pensión de viudedad: por un lado el régimen común, en el que se exige que la pareja de hecho esté inscrita o se constituya en documento público con dos años de antelación; y por otro el régimen de las Comunidades Autónomas con legislación civil propia, en las que no es necesario tal requisito, bastando en algunas de ellas acreditar determinados años de convivencia. Así resulta de los párrafos IV y V del mencionado artículo 174.3 LGSS (*vid.* su transcripción *supra* en la reseña de la STS 40/2014)

En opinión del órgano judicial, tal regulación provoca unos resultados que no pueden aceptarse a la luz de los artículos 14, 139.1 y 149.1.17 de la Constitución. El TC entiende que el Estado es el único competente para establecer los requisitos exigibles para el acceso a la acción protectora en la modalidad contributiva de la Seguridad Social. No sería así admisible que algunas Comunidades Autónomas puedan delimitar la condición de beneficiario, tanto al definir la pareja de hecho como al establecer la forma de acreditar su existencia.

En cuanto al párrafo quinto del artículo 174.3 cuestionado, el TC resuelve la duda de constitucionalidad planteada recordando que la reciente sentencia 40/2014, de 11 de marzo, ya declaró inconstitucional y nulo por vulneración del artículo 14 CE, en relación con el artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE, esta norma. En aquella sentencia, la sala precisó que el referido párrafo quinto del artículo 174.3 LGSS no constituía norma de legislación civil vinculada al artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE, sino una norma de Seguridad Social, que en principio y salvo justificación suficiente –que no concurría en este caso– debía establecer los requisitos a cumplir por las parejas de hecho para poder acceder a la pensión de viudedad con el «*más exquisito respeto al principio de igualdad*». Lo contrario, conduciría al resultado de «*introducir diversidad regulatoria en un ámbito en el que el mantenimiento de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional deriva del artículo 14 CE en relación con el artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE*» (FJ 5).

Por consiguiente, dicho párrafo ha sido expulsado del ordenamiento, una vez anulado por inconstitucional, lo que impone ahora apreciar, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la desaparición sobrevenida del objeto de la presente cuestión con relación al mismo.

En cuanto al otro objeto de la cuestión, el párrafo cuarto del artículo 174.3 LGSS, la duda de constitucionalidad viene dada por considerar que la exigencia de «inscripción» de la pareja de hecho en el registro administrativo correspondiente o su formalización mediante documento público podría vulnerar el artículo 14 CE al tratarse de un requisito «exorbitante». Pretende el órgano judicial proponente aplicar la doctrina establecida por la STC 199/2004, de 15 de noviembre. Sin embargo, esta doctrina no resulta

aplicable automáticamente al caso. La aplicación pretendida por el Auto de planteamiento supondría identificar dos realidades jurídicas (matrimonio y convivencia extramatrimonial) que no resultan equivalentes y que están sometidas a un diverso régimen jurídico en materia de pensión de viudedad. Esta diversidad no resulta incompatible con el principio de igualdad, pues sólo el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1 CE), circunstancias que no son predicables de la unión de hecho *more uxorio* (por todas, STC 93/2013, FJ 5).

En este sentido, lo propio del juicio de igualdad es «*su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas*» y, de otro, «*que las situaciones subjetivas que quieran tratarse sean efectivamente homogéneas o equiparables*». Sólo una vez verificadas ambas exigencias resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma (STC 160/2012, FJ 7). Desde este enfoque, como reconoce la STC 93/2013 (FJ 7), el hecho de que el legislador pueda establecer regímenes de convivencia *more uxorio* con un reconocimiento jurídico diferenciado al del matrimonio, estableciendo ciertas condiciones y atribuyéndole determinadas consecuencias, no impone la necesidad de otorgar un idéntico tratamiento a la convivencia *more uxorio* acreditada y a la no acreditada, o a la que se verifique por medio de los mecanismos probatorios legalmente contemplados frente a la que carece de ellos, pues no es irrazonable definir a aquéllos como los que garantizan que la atribución de derechos asociada cumplirá las exigencias de seguridad jurídica. En consecuencia, el párrafo cuarto del artículo 173.4 LGSS no vulnera el derecho a la igualdad ante la ley del artículo 14 CE, pues el requisito exigido por la norma no carece de una finalidad constitucionalmente legítima en cuanto atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de la pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social.

**STC 51/2014, 7 de abril.**

**CI: Pérdida parcial de objeto respecto al artículo 174.3, V LGSS (STC 40/2014). Desestimación en lo demás.**

**Ponente: Valdés Dal-Ré.**

**Conceptos: Convivencia *more uxorio* y matrimonio. Pensión de viudedad. Exigencia de inscripción registral o constancia en documento público. Igualdad ante la ley. Regulación administrativa y regulación civil.**

**Preceptos de referencia: Artículos 14, 139.1.<sup>a</sup> y 149.1.17 CE. Artículo 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.**

D.<sup>a</sup> María presentó demanda contra el INSS y la Tesorería General. Impugnaba la resolución administrativa que le denegó la pensión de viudedad tras el fallecimiento de su pareja de hecho el 16 de noviembre de 2011 y una convivencia ininterrumpida, acreditada, al menos desde 1996. De dicha convivencia

nació un hijo, en 1999, al que se reconoció pensión de orfandad. La resolución de la Dirección Provincial del INSS, sin embargo, denegó la pensión de viudedad por no cumplirse los requisitos del artículo 174 LGSS dado la pareja no constaba inscrita en registro local o autonómico alguno y tampoco había acta notarial en la que se plasmase su existencia (*vid.* la transcripción del precepto *supra* en la reseña de la STC 40/2014). La interesada presentó reclamación previa, que fue desestimada, y más tarde demanda ante el Juzgado que promueve la cuestión de inconstitucionalidad. Las dudas acerca de la constitucionalidad de los preceptos son sintéticamente las siguientes:

1) A falta de una regulación jurídica unitaria en la legislación civil estatal, a la que correspondería la competencia según artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE, quedan desprotegidas algunas unidades de convivencia familiar, lo que podría ser contrario al derecho a la igualdad recogido en la Constitución. Destaca que el Decreto 124/2000, por el que la C. A. de Castilla La Mancha creó el registro de parejas de hecho y reguló la inscripción a efectos meramente declarativos, infiriéndose de ello que la referida inscripción no es sino un medio de prueba más de la convivencia *more uxorio*, pero no es exclusivo ni excluyente de otros.

2) La remisión genérica e incondicionada de la legislación estatal a otras legislaciones autonómicas puede dar lugar a desigualdades no justificadas entre los españoles, lo que vulneraría el artículo 139 CE.

En cuanto al párrafo quinto del artículo 174.3 cuestionado, el Tribunal Constitucional resuelve la duda planteada recordando que la reciente sentencia 40/2014, de 11 de marzo, ya declaró inconstitucional y nulo por vulneración del artículo 14 CE, en relación con el artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE, esta norma. En aquella sentencia se precisó que el referido párrafo quinto del artículo 174.3 LGSS no constituía norma de legislación civil vinculada al artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE, sino una norma de Seguridad Social, que en principio y salvo justificación suficiente – que no concurría– debía establecer los requisitos a cumplir por las parejas de hecho para poder acceder a la pensión de viudedad con el «*más exquisito respeto al principio de igualdad*». Lo contrario, conducía al resultado de «*introducir diversidad regulatoria en un ámbito en el que el mantenimiento de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional deriva del artículo 14 CE en relación con el artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE*» (FJ 5). Por consiguiente, dicho párrafo ha sido expulsado del ordenamiento, una vez anulado por inconstitucional, lo que impone ahora apreciar, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la desaparición sobrevenida del objeto de la presente cuestión con relación al mismo.

En cuanto al otro objeto de la cuestión, el párrafo cuarto del artículo 174.3 LGSS, el Juzgado proponente pone en duda la diferencia de trato normativo derivada de que las parejas de hecho hayan o cumplido o no los requisitos formales de acreditación previstos en la Ley (inscripción en registro o constitución en documento público). Sin embargo, si atendemos a la regulación del precepto, constatamos que no es que a unas parejas de hecho se les reconozca el derecho a la prestación y a otras no, sino que, a los efectos de la Ley, unas tienen la consideración de pareja de hecho y otras no. Esto es, el artículo 174.3 LGSS se refiere a dos exigencias diferentes: la material, referida a la convivencia como pareja de hecho estable durante un periodo mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante; y la formal, *ad solemnitatem*, es decir, la verificación de que la pareja se ha cons-

tituido como tal ante el Derecho y dotada de análoga relación de afectividad a la conyugal, con dos años de antelación al hecho causante. Y todo ello presidido por un presupuesto previo de carácter subjetivo: que los sujetos no se hallen impedidos para contraer matrimonio y que no tengan un vínculo matrimonial subsistente con otra persona. Ello supone una opción adoptada por el legislador a la hora de acotar el supuesto de hecho regulado que no resulta *prima facie* arbitraria o irracional.

Por todo ello, cabe concluir que el reconocimiento de esas realidades familiares no impone al legislador otorgar idéntico tratamiento a la convivencia *more uxorio* acreditada y a la no acreditada, o a la que se verifique por medio de los mecanismos probatorios legalmente contemplados frente a la que carece de ellos, pues no es irrazonable definir a aquéllos como los que garantizan que la atribución de derechos asociada cumplirá las exigencias de la seguridad jurídica.

En consecuencia, se afirma que el apartado cuarto del artículo 174.3 LGSS, no vulnera el derecho a la igualdad del artículo 14 CE. Tampoco vulnera el artículo 39.1 y 2, porque es la libre opción de los convivientes de no formalización de su realidad familiar conforme a criterios legales definidos la que determina la consecuencia denegatoria de la pensión solicitada, y no por tanto una decisión normativa.

**STC 60/2014, 5 de mayo.**

**CI: Pérdida parcial de objeto respecto al artículo 174.3, V LGSS (STC 40/2014). Desestimación en lo demás.**

**Ponente: Pérez de los Cobos. Voto particular discrepante de Roca Trías y Xíol Ríos.**

**Conceptos: Convivencia *more uxorio* y matrimonio. Pensión de viudedad. Exigencia de inscripción registral o constancia en documento público. Igualdad ante la ley. Regulación administrativa y regulación civil.**

**Preceptos de referencia: Artículos 14, 139.1.<sup>a</sup> y 149.1.17.<sup>a</sup> CE. Artículo 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.**

El 19 de noviembre de 2010, D. Rafael formuló demanda contra el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social reclamando el reconocimiento de pensión de viudedad al haber fallecido la persona con la que formaba pareja de hecho. Dicha demanda fue desestimada por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Salamanca, al no estar inscrita la pareja en registro oficial alguno, ni constituida en documento público como exige el artículo 174.3 LGSS a efectos prestacionales. Contra la anterior sentencia la parte actora interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, quien plantea la cuestión de inconstitucionalidad.

La cuestión se plantea en relación con el artículo 174.3 LGSS, en la redacción dada por la Ley 40/2007, por la diferencia de trato por razón del territorio que, a efectos de acreditar el requisito de la exigencia de pareja de hecho, resulta de la remisión que el precepto legal realiza en su párrafo quinto a la legislación específica de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, diferencia que el órgano judicial considera que podría vulnerar el artículo 14 en relación con el artículo 139.1, ambos de la Constitución (*vid.* la transcripción del art. 174.3 TRLGSS *supra* en la reseña de la

STC 40/2014). El órgano judicial también cuestiona la constitucionalidad del párrafo cuarto del artículo 174.3 LGSS, en cuanto exige como requisito constitutivo para el acceso a la pensión de viudedad la inscripción en un registro de parejas de hecho o la constitución de la pareja mediante documento público, lo que a su juicio podría ser contrario al artículo 14 CE por la distinción que se realiza a efectos de acceder a la pensión de viudedad entre parejas de hecho que se han formalizado y las que no lo han hecho.

En primer lugar y por lo que hace al párrafo quinto del artículo 174.3 LGSS, la duda de constitucionalidad planteada por el órgano judicial ha sido resuelta por este Tribunal en la reciente STC 40/2014, de 11 de marzo, en la que fue declarado inconstitucional y nulo por vulneración del artículo 14 CE, en relación con el artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE.

En segundo lugar y por lo que hace al párrafo cuarto del artículo 174.3 LGSS se hace preciso recordar, que el trato desigual por sí mismo considerado no es necesariamente contrario a la Constitución, solamente lo será cuando introduzca una diferencia de trato entre situaciones que puedan considerarse sustancialmente iguales y sin que exista una justificación objetiva y razonable. En el presente caso, el órgano judicial proponente de la cuestión pone en duda la diferencia de trato normativo derivada de que las parejas de hecho hayan cumplido o no los requisitos formales de acreditación previstos en la Ley. Sin embargo, tal como ya se indicó en la STC 51/2014, si atendemos a la regulación del artículo 174.3 LGSS, se constata que no es que a unas parejas de hecho se les reconozca el derecho a la prestación y a otras no, sino que, a los efectos de la Ley, unas no tienen la consideración de parejas de hecho y otras sí. Desde este enfoque el Tribunal, como ya hizo en la STC 93/2013 (razonando que el legislador puede establecer regímenes de convivencia *more uxorio* con un reconocimiento jurídico diferenciado al del matrimonio, estableciendo ciertas condiciones para su efectivo reconocimiento y atribuyéndole determinadas consecuencias), afirma ahora que el reconocimiento de esas realidades familiares no impone al legislador otorgar un idéntico tratamiento a la convivencia *more uxorio* acreditada y no acreditada, o a la que se verifique mediante los mecanismos probatorios legalmente contemplados frente a la que carece de ellos, pues no es irrazonable definir aquellos como los que garantizan que la atribución de derechos asociada cumplirá las exigencias de seguridad jurídica. En suma, la norma cuestionada responde a una justificación objetiva y razonable desde el punto de vista constitucional, obedeciendo a una finalidad legítima, en tanto que atiende a constatar a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social.

*Voto particular.*—Los magistrados que lo formulan discrepan de la tesis según la cual los medios probatorios establecidos en el artículo 174.3, IV LGSS son un medio necesario y proporcionado para la consecución de los objetivos legítimos ya expuestos, pues con ello se excluye con carácter absoluto cualquier otro medio de acreditación de la existencia de una pareja de hecho, comprendidos aquellos que han sido establecidos y desarrollados en los territorios con Derecho civil propio o que pudieran establecerse en el futuro, lo cual desde su punto de vista no es acorde al marco constitucional. A su juicio, por tanto, también esta norma, tal como viene interpretada, debería declararse inconstitucional.

**STC 79/2014, 28 de mayo.**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: González Rivas. Voto particular discrepante de Valdés Dal-Ré al que se adhiere Asua Batarrita.**

**Conceptos: Derecho fundamental al honor. Libertad de información y libertad de expresión. Base factual suficiente. Partidos políticos.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1.d) CE.**

El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información y opinión que resuelve la presente sentencia tiene origen en las declaraciones y expresiones emitidas por el periodista Federico Jiménez Losantos en el programa «La Mañana» de la COPE en junio de 2005, referidas a Esquerra Republicana de Catalunya (ERC) y a su presidente y secretario general en aquel tiempo, Josep-Lluís Carod-Rovira y Joan Puigcercós, respectivamente.

Antes de reseñar las declaraciones litigiosas, importa destacar un hecho –fundamental, según la propia sentencia, para resolver el caso–, bien conocido, que se produjo en enero de 2004: Carod-Rovira, que desempeñaba el cargo de *Conseller Primer* (Consejero Primero) del gobierno tripartito de la Generalitat de Cataluña, se reunió con representantes de ETA en el sur de Francia, según publicaron los medios y reconoció el propio político.

Precisamente al hilo de esta reunión, aunque un año y medio más tarde, Jiménez Losantos dijo lo siguiente (*apud* AH 2):

— «*Carod-Rovira dice que piensa emprender acciones legales contra el Partido Popular y contra los organizadores de la manifestación del sábado en Salamanca por las amenazas de muerte que se profirieron en esa marcha contra él. El líder de Esquerra ha tachado a los populares de chulos de barrio y de franquistas sin escrúpulos y les ha acusado de hacer escarnio de la libertad y de la democracia. Asegura que acudirá a los tribunales para hacerles callar y para acabar con la impunidad con la que amparan, dice, su odio, su racismo y su xenofobia contra Cataluña.*»

— «*[H]ay mucha gente que ignora que ERC es un partido siempre violento, siempre golpista, cuyas juventudes, los “Escamots” desfilaban a la manera fascista con camisetas verdes, que fue desde Prats de Motlló golpista.*»

— «*[N]o sé si es que piensa el ladrón que todos son de su condición y piensa que el PP también está lleno de pistoleros sin arrepentir como lo está la Esquerra Republicana, y si te atreves Roviretxe, llévame a los Tribunales y vamos a repasar cuántos terroristas de Terra Lliure tienes en tu partido, con su historial y actividades. Empezando por Puigcercós; ¿era terrorista o sólo era el brazo político de los terroristas? Este Otegi de la ETA catalana.*»

— «*[E]stos socios de la ETA en Perpiñán, en lugar de tener que responder de su fechoría, de por qué pactaron con la ETA de matar en Madrid y no en Barcelona, en Zaragoza y no en Lérida, en Valencia y no en Gerona, encima se permiten utilizar la justicia contra los que nos atrevemos a criticar sus fechorías. Encima presumiendo.*»

— «*El número 2 de Esquerra, Joan Puigcercós, ha atribuido los insultos de la manifestación del sábado a la impotencia que sufre el Partido Popular ante la fuerza de los republicanos y ha*

*asegurado que es mejor que los populares se manifiesten a que den golpes de Estado. No obstante, les ha acusado de mantener una actitud guerra civilista.*

— *Ha habido una manifestación absolutamente pacífica pidiendo que no expolie el gobierno del PSOE, ¡del PSOE! no de Roviretxe creo, que no rompa el Archivo de Salamanca.»*

— *«[M]e alegra mucho que comuniquen que Puigcercós, que era el jefe político de Terra Lliure, el Otegi de la época..., no sé si estará reconstruyendo algún comando Madrid, no sé.»*

La demanda que ERC, J. Puigcercós y J. Ll. Carod-Rovira dirigieron contra el periodista y a la cadena COPE por vulneración del derecho al honor fue estimada en la alzada por la Secc. 14.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, que revocó la sentencia del juzgado de primera instancia. La Sala Primera del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación y confirmó la resolución desestimatoria del juzgado. La mayoría del Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo formulado por ERC, J. Puigcercós y J. Ll. Carod-Rovira.

1) *¿Es un partido político titular del derecho fundamental al honor?*— Según la jurisprudencia constitucional, es indiscutible que las personas jurídicas son titulares del derecho fundamental al honor del artículo 18.1 CE (así lo recuerda la propia STC 79/2014, FD 3.º). Por otro lado, es claro, también, que las instituciones públicas y sus órganos no son titulares del derecho a la libertad de información y expresión (así STC 244/2007, *Gobernador Civil de Guipúzcoa*). Pero, los partidos políticos, ¿están del mismo modo excluidos del ámbito de protección del artículo 18.1 CE? Esta es la objeción que planteó la representación del periodista y la cadena radiofónica, de manera que, a su juicio, el recurso de amparo debió inadmitirse (al menos, cabe suponer, respecto del recurso de amparo formulado por ERC). La respuesta del Tribunal Constitucional es contundente: los partidos políticos son titulares del derecho fundamental al honor; no solo por su consideración como persona jurídica privada (en la que apenas entra el Tribunal), sino porque esta es también la conclusión a la que ha llegado el TEDH respecto del artículo 8 del CEDH; y todo ello, al margen de que «*el grado de tolerancia a la crítica debe ser mayor*» (FD 3.º).

2) *Las afirmaciones de Losantos acerca de la vinculación entre ERC y ETA y, en particular, del supuesto “pacto” que habrían alcanzado en virtud del cual ETA no atentaría en Catalunya, ¿son información u opinión?*—Esta es —bajo el planteamiento habitual de la jurisprudencia constitucional en los conflictos entre derecho al honor y libertad— la cuestión preliminar que aborda la sentencia y de la que desprenden consecuencias fundamentales para la resolución del caso (como se ocupará de resaltar el voto particular del magistrado Valdés Dal-Ré). En concreto, la queja aducida por los recurrentes en amparo residía en las afirmaciones del periodista acerca del supuesto «pacto» que habrían alcanzado ETA y ERC en virtud del cual ETA no atentaría en Catalunya, que consideraban falsa y difamatoria. Para el Tribunal Constitucional —a diferencia del planteamiento de los recurrentes y del voto particular—, estas afirmaciones son opinión y, por tanto, no quedan sujetas al canon de libertad de información veraz del artículo 20.1 d) CE, esto es y como es sabido, la diligencia del periodista en la averiguación de los hechos. La razón de esta conclusión estriba, según la mayoría del Tribunal, en la existencia de «*una base factual suficiente*» formada por dos elementos: en primer lugar, la

indiscutida existencia de la citada reunión en enero de 2004 (de la que no se desprende necesariamente ese pretendido pacto); y, en segundo lugar y sobre todo, porque *«entre otras conjeturas que se trasladaron a la opinión pública por algún medio de comunicación, una de ellas era que se había alcanzado el pacto que se indica por el demandado, pues así fue publicado en el diario “ABC” en la edición impresa de 30 de enero de 2004»* (FD 5.º).

3) *Premisas para el enjuiciamiento del caso.*—Para el Tribunal Constitucional, en el caso debe prevalecer la libertad de opinión del periodista frente al honor de los demandantes, tal como también concluyó la Sala Primera del Tribunal Supremo. Esta conclusión se apoya en tres consideraciones preliminares (FD 7.º): (i) las afirmaciones litigiosas se difundieron públicamente a través de la radio y *«se fomentaba con ellas un debate público»*; (ii) los hechos valorados y las afirmaciones que adornan tal valoración *«se refieren a la actuación de los dirigentes de un partido político en el ejercicio de su actividad política»*, de manera que nos encontramos en aquel grupo de casos en los que, según la jurisprudencia constitucional, el juzgador debe ser más permisivo con la crítica; y (iii) según esta misma jurisprudencia, el criterio para determinar, en el ámbito de las opiniones, su carácter ofensivo y difamatorio reside en *«su vinculación o desvinculación con el juicio de valor que se emite o con la información transmitida»*.

4) *La prevalencia de la libertad de opinión.*—A juicio de la mayoría, las expresiones de Losantos deben ser consideradas *«especialmente hirientes y desabridas»*; lo son, en particular, las *«continuas referencias a los recurrentes como aliados, socios o amigos de ETA»*. Pero se trata, a juicio del Tribunal, de expresiones realizadas en el marco de una crítica a la reunión celebrada entre representantes de ETA y Carod-Rovira (la aludida *base factual suficiente*, debidamente integrada, como ha quedado expuesto, por la *conjetura* publicada en el ABC). En este sentido, las expresiones del periodista constituyen el tipo de *«críticas»* o *«revelaciones»* que los titulares de cargos públicos deben soportar *«aunque duelan, choquen o inquieten»* (FD 8.º).

5) *El voto particular: la radical ausencia de base fáctica para sostener el juicio crítico del periodista.*—A juicio de los magistrados discrepantes, en el presente caso no existía base factual alguna que permitiera encuadrar las afirmaciones de Losantos en el ámbito de la libertad de expresión; al contrario, para ellos, debieron ser enjuiciadas —tal como sostuvieron los recurrentes— *«con los criterios propios del canon de libertad de información veraz del artículo 20.1.d) CE (diligencia en la averiguación de los hechos)»*. Y ello, al margen de la inexistencia de esa base factual suficiente, porque los políticos y los partidos requieren de una particular defensa de su derecho al honor frente a las *«meras difamaciones gratuitas, insultos, afrentas o insidias»* (de acuerdo, en este punto, con los magistrados discrepantes, R. Berco-vitz, *«De la dificultad de combinar el honor con la política»*, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 5/2014, BIB 2014/2879). Además, el voto particular dirige una crítica a la mayoría por la referencia a la publicación en el diario ABC, por cuanto constituiría un hecho que no formó parte de los autos del procedimiento en la jurisdicción ordinaria. De este modo, a juicio de los magistrados discrepantes, podría haberse vulnerado el principio de invariabilidad de los hechos (art. 44.1 [b] LOTC).

**STC 92/2014, 10 de junio.**

**CI: Cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por el pleno del TC, en relación con el artículo 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Desestimada.**

**Ponente: Ortega Álvarez. Voto particular discrepante del propio Ortega Álvarez, al que se adhieren Asua, Valdés y Xiol.**

**Conceptos: Igualdad y discriminación. Unión homosexual y pensiones de viudedad. Imposibilidad de contraer matrimonio antes de la Ley 13/2005 de reforma del Código civil («matrimonio homosexual»).**

**Preceptos de referencia: Artículo 14 CE. Artículo 174.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Ley 13/2005.**

Los hechos de los que trae causa la sentencia son los siguientes. D. Arturo F. L. y D. Manuel A. G., convivieron ininterrumpidamente más de cuarenta años hasta el fallecimiento de este último en agosto de 2002, teniendo en esa fecha la condición de pensionista de jubilación. D. Arturo solicitó del INSS el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, entendiéndolo que había de ser incluido por analogía dentro del artículo 174 LGSS, lo cual le fue denegado al no acreditar el solicitante matrimonio con el fallecido. Formalizada reclamación previa, también fue desestimada por idéntico motivo. D. Arturo presentó entonces demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 3 de Gijón, que dictó Sentencia desestimatoria por entender que el demandante no cumplía el requisito de previa relación matrimonial, exigido para poder solicitar la pensión de viudedad. Formulado recurso de suplicación, fue desestimado por los mismos motivos por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias en octubre de 2014. Tras ello, D. Arturo formuló finalmente recurso de amparo al entender violado el artículo 14 CE (igualdad y no discriminación).

La cuestión interna de inconstitucionalidad se suscita en relación con un precepto, el artículo 174.1 LGSS, de cuya aplicación depende el fallo del recurso de amparo. Tal como se desprende del Auto de planteamiento de la cuestión (ATC 8/2013), la duda de constitucionalidad se refiere concretamente a si el precepto cuestionado, en la medida en que sólo reconoce la pensión de viudedad al cónyuge superviviente, pudiera suponer una vulneración del artículo 14 CE, al llevar consigo la desigualdad de trato de las parejas homosexuales respecto de las parejas heterosexuales, y por tanto una discriminación por razón de orientación sexual, proscrita en el segundo inciso del artículo 14 CE, toda vez que al no existir, en el momento en que se denegó la pensión, posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, las parejas estables homosexuales nunca podrían encontrarse en la situación legal exigida en el artículo 174.1 LGSS, con la consiguiente imposibilidad de acceder a la pensión de viudedad.

Precisamente, la posibilidad de contraer o no matrimonio ha sido un aspecto de especial significación para la doctrina constitucional a la hora de enjuiciar supuestos en los que el ordenamiento jurídico brinda a los cónyuges un tratamiento más favorable que el dispensado a las parejas de hecho, incluidos los casos relacionados con prestaciones de la Seguridad Social. El TC ha afirmado al respecto que *«es claro que en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes»* y que las diferencias entre una y otra situación pueden *«ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia»* (STC 184/1990). La libertad para contraer matrimonio es un factor

que permite justificar, adicionalmente, ese distinto tratamiento. Ahora bien, *«No toda imposibilidad de cumplir los requisitos legales para contraer matrimonio permite concluir que quienes se ven así impedidos tienen, sólo por ello, los mismos derechos y deberes que quienes conviven matrimonialmente. Para que esto sea así la causa que limita la libertad de casarse debe ser una causa que pugne con los principios y reglas constitucionales»*.

Afirmado lo anterior, el TC examina si la causa que en el presente supuesto limita la libertad de contraer matrimonio es una causa que pugne con los principios y reglas constitucionales. Recuerda a este objeto el TC la doctrina sentada en su STC 198/2012, según la cual la configuración del matrimonio como unión que sólo cabe entre personas de diferente sexo es una opción legislativa acorde con nuestra Constitución, sin que ello implique, no obstante, que sea la única configuración constitucionalmente legítima. Por ello, como ha afirmado el ATC 222/1994, pronunciándose sobre un supuesto como el que ahora nos ocupa (denegación de pensión de viudedad a superviviente de una pareja homosexual): *«La exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el artículo 14 CE, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales»*. Y no pugna con el artículo 14 CE por la razón esencial de que *«al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1 CE) que genera ope legis una pluralidad de derechos y deberes»*. Ello implica que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio, como la pensión de viudedad, *«a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual»* (ATC 222/1994).

Como ha afirmado reiteradamente el TC, el legislador tiene un amplio margen de apreciación y configuración del régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social y, por tanto, de decisión acerca de las situaciones que han de considerarse o no merecedoras de protección (STC 41/2013). La pensión de viudedad, tal y como la concibe el legislador, no es una institución llamada, sin más, a compensar el daño derivado de la minoración de ingresos sufrida por el superviviente de una pareja, sino a compensar ese daño cuando se produce en el ámbito de la familia sustentada en el previo matrimonio. Las uniones de hecho heterosexuales resultaban excluidas del acceso a la pensión porque pudiendo acceder al matrimonio decidían libremente no hacerlo, debiendo por tanto, correr con las consecuencias. Las uniones homosexuales, en cambio, quedaban fuera de la esfera de protección porque la configuración del matrimonio en aquel momento –lo que habría de cambiar después– era una configuración clásica o tradicional, que respondía a la idea de que las uniones homosexuales y heterosexuales tenían una funcionalidad distinta dentro de la sociedad. Conviene recordar a estos efectos que la extensión de la pensión de viudedad a quienes convivían de forma estable extramatrimonialmente estaba lejos de ser la pauta en la legislación internacional y en el Derecho comparado en aquel momento. Es más, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tuvo ocasión de pronunciarse, en el *Caso Mata Estévez c. España*, sobre la conformidad al derecho a la igualdad y a la no discriminación del sistema español que vinculaba el acceso a la pensión de viudedad a la previa existencia de vínculo matrimonial, afir-

mando en su Sentencia de 10 de mayo de 2001, que tal regulación no era discriminatoria puesto que perseguía un fin legítimo («protección de la familia fundada en los vínculos del matrimonio») y existía una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin en cuestión. El Tribunal estimó, pues, que el trato diferenciado dispensado a las relaciones homosexuales entraba dentro del legítimo margen de apreciación del Estado. Idea que fue reafirmada en la más reciente STEDH de 24 de junio de 2010, *Caso Schalk and Kopf c. Austria*.

Ha de ser por tanto el legislador —en modo alguno el Tribunal Constitucional actuando como legislador positivo retrospectivo y comprometiendo desembolsos económicos del erario público— el que decida, en su caso al hilo de los cambios sociales, en qué momento procede extender la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance. Así lo ha hecho el legislador con posterioridad, tanto al regular el matrimonio homosexual (Ley 13/2005) como al regular el acceso a la pensión de viudedad mediante la configuración de parejas estables, tanto heterosexuales como homosexuales (Ley 40/2007). Una decisión de política legislativa ciertamente legítima, como también lo era, no obstante, la anterior, que ninguna tacha ofrecía, desde la perspectiva del artículo 14 CE.

*Voto particular.*—En síntesis, el motivo de la discrepancia es el siguiente: No se trata, como a primera vista pudiera parecer, de un problema de diferencia de trato normativo entre matrimonio y parejas de hecho, sino de otro distinto y previo. La discriminación que se plantea no se produce porque la norma trate de forma diferenciada a las personas casadas y a las que integran una unión de hecho libre y voluntariamente constituida, sino por el hecho de que, en el supuesto sometido a consideración, no existe libertad para optar entre contraer matrimonio o no contraerlo, en la medida en que, hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, éste no era factible entre personas del mismo sexo, con la consecuente imposibilidad de que las uniones de hecho formadas por personas del mismo sexo pudieran cumplir con el requisito determinante del nacimiento de la prestación de Seguridad Social. De hecho, la doctrina constitucional sobre la diferencia de tratamiento entre matrimonio y unión de hecho no puede entenderse sin atender a la premisa que la condiciona y sustenta: la existencia o no de libertad para contraer matrimonio. Dicho en otros términos, olvidados por la Sentencia a juicio de los discrepantes, el hecho de que, en sí misma, la inexistencia de reconocimiento del matrimonio homosexual hasta la modificación del Código Civil en 2005 no pugnase con las reglas y principios constitucionales, no exime al Tribunal de analizar la legitimidad del trato diferenciado que tal exigencia suponía en relación con el acceso a una prestación de la Seguridad Social. Es decir, teniendo en cuenta la finalidad de la prestación, debe advertirse que de nuestra doctrina se desprende la imposibilidad de que puedan establecerse como requisitos para el acceso a las prestaciones, condiciones de imposible cumplimiento para alguno de sus posibles beneficiarios. Y son condiciones de imposible cumplimiento aquéllas derivadas de lo que la STC 41/2013 denomina razones tanto biológicas como jurídicas, tratándose en el presente caso de una condición imposible del segundo tipo.

Por último, destacan los magistrados discrepantes que el hecho de que el legislador tenga un amplio margen de apreciación y configuración del régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social y, por tanto, de decisión acerca de las situaciones que han de considerarse o no merecedoras de protección y aun siendo legítima la idea que subyace a tal afirmación, que no

es otra que garantizar la sostenibilidad del sistema de prestaciones, nunca se podrá promover tal objetivo a través de un medio que sea discriminatorio.

**STC 93/2014, 12 de junio.**

**STC 98/2014, 23 de junio.**

**STC 115/2014, 8 de julio.**

**STC 116/2014, 8 de julio.**

**STC 124/2014, 21 de julio.**

**STC 157/2014, 6 de octubre.**

**RR. A: Desestimados.**

**Ponente:** Ortega Álvarez (SSTC 93 y 98/2014), González Rivas (STC 115/2014), Valdes Dal-Ré (SSTC 116 y 124/2014) y Martínez-Vares (STC 157/2014). **Votos particulares discrepantes del propio Ortega Álvarez, al que se adhieren Asua, Valdés y Xiol (en la STC 93/2014), Xiol (en la STC 98/2014), Asua (en la 115/2014), Valdés y Asua (en las SSTC 116 y 124/2014) y Ortega y Xiol (en la STC 157/2014).**

**Conceptos:** Igualdad y discriminación. Unión homosexual y pensiones de viudedad. Imposibilidad de contraer matrimonio por tratarse de situaciones previas a la Ley 13/2005, de reforma del CC («matrimonio homosexual»).

**Preceptos de referencia:** Artículo 14, 39.1 y 41 CE. Ley 13/2005.

La STC 93/2014 resuelve el recurso de amparo planteado por D. Arturo al que se había denegado una pensión de viudedad tras el fallecimiento de su pareja, con la que no había contraído matrimonio por tratarse de personas del mismo sexo y no permitirlo la ley en aquel momento (muerte previa a la Ley 13/2005 de reforma del Código civil). En pocas palabras, su queja se basaba en que se le había denegado la pensión al exigirle un requisito de imposible cumplimiento para él y su pareja. Este recurso de amparo, que se desestima, es el que dio lugar al planteamiento de la Cuestión de Inconstitucionalidad Interna resuelta por la STC 92/2014 (*vid supra*). Los argumentos de la mayoría (contrarios al amparo) y de la minoría (favorables a su concesión) son los mismos que pueden verse en la reseña de la citada sentencia y a los que, por tanto, se remite. Lo mismo sucede con las SSTC 98, 115, 116, 124 y 157/2014 que desestiman los correspondientes recursos de amparo en casos coincidentes con el de la STC 94/2014.

**STC 102/2014, 23 junio.**

**RA: Estimado.**

**Ponente:** González Rivas.

**Conceptos:** Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación. Valoración de la prueba. *Ratio decidendi*. Función del incidente de nulidad de actuaciones.

**Preceptos de referencia:** Artículos 24 CE y 241 de la LOPJ.

La sentencia resuelve y acoge la petición de amparo contra una Sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Murcia y contra una Providencia del mismo órgano que inadmite un incidente de nulidad de actuación.

nes, al entender que ambas resoluciones vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva *ex* artículo 24.1 CE, por falta de motivación. Los hechos que configuran el caso se resumen a continuación.

El demandante en amparo formuló una demanda de juicio declarativo ordinario contra sus hermanos en ejercicio de las acciones declarativa de dominio y de división de cosa común respecto de cinco fincas registrales. Dicha demanda se desestimó en primera instancia y contra la sentencia desestimatoria se interpuso recurso de apelación. En los motivos de apelación el recurrente alegaba que: «i) ostentaba un título de propiedad respecto de las cinco fincas, aduciendo la existencia de negocios fiduciarios entre los tres hermanos que se constataban por la documental practicada; ii) se habían celebrado sendos actos de conciliación en los años 1991 y 1997, con la presencia y consentimiento de los tres hermanos, con resultado de avenencia; y iii) la nave industrial, el transformador y las cámaras frigoríficas de una de las fincas (4.368) pertenecen a los tres hermanos, que habían abonado las cantidades para la instalación del negocio por terceras partes, según resultaba de la prueba documental y testifical practicada». La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso al entender acreditada la titularidad indivisa de tres de las fincas (16.983, 1.788 y 5.653); respecto de las otras dos fincas (4.368 y 7.166), desestimó la acción por los siguientes fundamentos: «i) las fincas están inscritas registralmente a nombre de uno de los codemandados; y ii) el demandante no ha probado el dominio, si bien se acepta que se celebraron dos actos de conciliación con avenencia en los años 1991 y 1997, entendiéndose el Tribunal de apelación que “resulta incomprensible que a fecha de presentación de la demanda (año 2008), es decir diecisiete años después del primer acto de conciliación, don Juan José Gomáriz se encuentre en la misma situación”». Los evidentes déficits de motivación llevaron al recurrente a promover incidente de nulidad de actuaciones que fue despachado, mediante Providencia de inadmisión, en estos términos: «Visto el contenido del escrito presentado, lo dispuesto en los artículos 238 y 241 LOPJ, 225 y 228 LEC y artículo 24.1 y 53.2 CE, así como los fundamentos de derecho primero y segundo de la sentencia dictada en esta instancia, procede la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones».

De todo ello resulta que la sentencia recurrida no cumple con las exigencias de la motivación que implica suficiencia (en el sentido de expresiva *ad casum* de la *ratio decidendi*) y fundamentación en Derecho (esto es, no arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o error patente en la interpretación de la causa legal aplicada). En efecto, y respecto de la respuesta desestimatoria de la acción sobre dos fincas (4.368 y 7.166), constata el TC «que, por una parte, se da un valor absoluto a la inscripción registral, sin referencia alguna a la prueba practicada en el proceso y sin ninguna explicación complementaria sobre los negocios fiduciarios alegados por el demandante, y, por otra parte, se desprovee de valor a los actos de conciliación celebrados en los años 1991 y 1997 con el argumento de que han transcurrido diecisiete años y que resulta “incomprensible” que el demandante se encuentre en la misma situación, razonamiento que no es inteligible en los términos en que aparece formulado, tal como alega el Fiscal, pues se trata de una fundamentación de contenido neutro y ambiguo, sin que aparezca explicada ni en el texto ni en el contexto de la Sentencia. Por otra parte, se omite todo pronunciamiento sobre la cuestión referida a la

*nave industrial, transformador y cámaras frigoríficas instaladas en la finca registral 4.368».*

Esta falta de diligencia en la motivación no se remedió en el incidente de nulidad de actuaciones, sino todo lo contrario, la Audiencia reincidió en la desidia ignorando el espíritu que inspiró la nueva regulación del incidente y su función (*vid. infra* STC 204/2014, 15 diciembre).

**STC 135/2014, 8 de septiembre.**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Ortega Álvarez.**

**Conceptos: Derechos a la intimidad personal y a la autodeterminación informativa. Frotis bucal para la realización de la prueba de la ADN al posible autor de un delito. Consentimiento libre e informado para extracción de las muestras. Derecho de defensa.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 18.4 CE; artículo 24.2 CE.**

El recurrente en amparo fue condenado como autor de un delito de homicidio, un delito de robo con violencia y otro de robo con fuerza en las cosas. La identificación del autor de estos delitos resultó de la confrontación del ADN obtenido de la prenda encontrada en el lugar de los hechos con el ADN que resultó de las muestras biológicas obtenidas de un frotis bucal realizado por la policía al recurrente.

El recurso de amparo, que es desestimado por el Tribunal Constitucional, se funda en la vulneración de los derechos a la intimidad personal (art. 18.1) y a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

1) *¿Por qué no se ha vulnerado el derecho a la intimidad del recurrente?*—Porque este consintió de forma libre e informada en la realización del frotis bucal y, como tiene dicho la jurisprudencia constitucional, el consentimiento actúa en estos casos como «fuente de legitimación constitucional de la injerencia en el ámbito de la intimidad personal y genético del afectado» (FD 4.º). En particular, el Tribunal destaca que, según quedó acreditado en el procedimiento, «el recurrente fue informado no solo del tipo de intervención corporal que se iba a practicar (un frotis bucal con un hisopo de algodón), sino también del fin de la diligencia. Así se reflejó documentalmente que su fin era llevar a cabo estudios de ADN que permitiesen determinar su perfil genético y realizar los estudios comparativos necesarios, así como su cotejo en la base de datos de ADN. Información que resultaba suficiente al precisar la finalidad de la diligencia que se iba a practicar. Al mismo tiempo se le informó que los perfiles genéticos del recurrente se cotejarían con los existentes en la base de datos de ADN». En cuanto a la alegación de que el recurrente —con conocimientos escasos del castellano— no habría comprendido el objeto y alcance de la prueba que le realizó la policía, considera el Tribunal que esta prueba era explícita y que el detenido no requirió la presencia de un intérprete.

2) *¿Por qué no se ha vulnerado el derecho a la autodeterminación informativa (protección de datos personales)?*—Por las mismas tres razones que han quedado reseñadas en la STC 23/2014 (*vid. supra*), esto es, porque

(i) los datos obtenidos del recurrente se refieren a su perfil genético, que no incorpora otro tipo de datos que puedan contribuir a configurar un perfil o caracterización de la persona en sus aspectos ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole; (ii) la identificación de los recurrentes no resultó de la mera inclusión de sus perfiles genéticos a una base de datos de personas sospechosas, «sino que derivó de su comparación con los perfiles de ADN correspondientes a personas desconocidas que habían sido obtenidos a partir de muestras biológicas halladas en vestigios de unos hechos delictivos». Y, de haberse incluido en una base de datos, el derecho fundamental invocado permitiría al recurrente reaccionar contra esa «pretendida e hipotética conservación de sus perfiles de ADN solicitando la eliminación de sus perfiles de la base de datos»; y (iii) existe una finalidad constitucionalmente legítima, como es la investigación de un grave delito de homicidio y robo con violencia.

3) *¿Y por qué no se ha vulnerado el derecho de defensa?*—Por lo pronto, porque las pruebas obtenidas no son nulas (al no vulnerar los derechos fundamentales invocados); y, en todo caso, porque la prueba de cargo fue practicada en el procedimiento con todas las garantías exigida en el artículo 24.2 CE.

**STC 137/2014, 8 de septiembre.**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Asua Batarrita.**

**Conceptos: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Carácter subsidiario de la notificación por edictos.**

**Preceptos de referencia: Artículo 24 CE y artículos 686, 156 y 164 de la LEC.**

La sentencia resuelve y acoge la petición de amparo contra un Auto que desestimó un incidente de nulidad de actuaciones en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que los ejecutados habían sido emplazados por edictos. Los hechos se ilustran a continuación: La entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A., formuló contra el recurrente en amparo y su esposa, demanda ejecutiva de procedimiento hipotecario para exigir el pago de una deuda garantizada con hipoteca. En dicha demanda se identifica como domicilio de los demandados a efectos de requerimientos y notificaciones, el de «*Mati, 1, 3.º D Urb. El Mirador de Bonalba blq. III Muchamiel, 03110 (Alicante)*», pero se añade como otro posible domicilio de los demandados el de «*Travesía de la Tejera, s/n, bloque 3, 2.º-B, Tarancón 16400 (Cuenca)*». Con la demanda ejecutiva se acompaña la escritura pública de «*compraventa con subrogación en el préstamo garantizado con hipoteca y ampliación y novación*» en la que figura como domicilio de los compradores el de «*Travesía de la Tejera, sin número, bloque 3, 2.º B*» de Tarancón; mientras que al final de la cláusula segunda de la estipulación relativa a la ampliación del préstamo, queda pactado que: «*Se fija como domicilio de la parte prestataria a efectos de requerimientos y notificaciones el domicilio de la finca que se amplía en esta escritura*». Además se aporta con la demanda «*aviso de servicio*» de Correos dejando constancia del resultado negativo del intento de entrega de telegrama de requerimiento de pago a los ejecutados, enviado a la dirección

de la finca hipotecada; y «aviso de servicio» de Correos indicando que la entrega del mismo telegrama, esta vez en el domicilio de Tarancón, resultó positiva.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de San Vicente del Raspeig dictó Auto despachando ejecución contra los demandados, y el Secretario del Juzgado dictó también decreto ordenando expedir mandamiento al Registro de la Propiedad núm. 5 de Alicante para la remisión de certificación de dominio y cargas relativa al bien hipotecado, además de requerir de pago a la parte ejecutada por los conceptos que se le reclamaban. La notificación se efectuó con resultado infructuoso en el domicilio de Mutxamel. A la vista del resultado negativo de la notificación, el representante procesal de la entidad bancaria ejecutante dedujo escrito ante el Juzgado executor solicitando de conformidad con el artículo 686.3 la publicación de edictos. El Juzgado proveyó a ello mediante diligencia de ordenación. Posteriormente se procedió a la convocatoria de la subasta del bien hipotecado por nueva diligencia de ordenación que, sorprendentemente, esta vez se notificó, con resultado positivo, en el domicilio de Tarancón (Cuenca). Fue entonces, cuando los ejecutados formularon incidente de nulidad de actuaciones por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con resultado de indefensión, toda vez que no habían tenido conocimiento de la causa seguida en su contra, sino hasta haber recibido la diligencia de ordenación con la fecha de la subasta. El Juzgado executor dictó Auto declarando la «inexistencia de la nulidad de actuaciones» instada, en los siguientes términos:

*«El artículo 686 de la LEC señala que en el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro. Sin perjuicio de la notificación al deudor del despacho de la ejecución, no se practicará el requerimiento a que se refiere el apartado anterior cuando se acredite haberse efectuado extrajudicialmente el requerimiento o requerimientos, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 581. A estos efectos, el requerimiento extrajudicial deberá haberse practicado en el domicilio que resulte vigente en el Registro, bien personalmente si se encontrare en él el deudor, o el hipotecante no deudor o el tercer poseedor que haya de ser requerido, o bien al pariente más próximo, familiar o dependiente mayores de catorce años que se hallaran en la habitación del que hubiere de ser requerido y si no se encontrare a nadie en ella, al portero o al vecino más próximo que fuere habido. 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. En el presente supuesto, la notificación de la demanda y el requerimiento de pago se intentaron en el domicilio señalado en la escritura de compraventa con subrogación, ampliación y novación otorgada en fecha 10 de julio de 2007 [...] siendo por tanto que dicho domicilio es el señalado para notificaciones en el Registro de la Propiedad n.º*

*5 de Alicante en la certificación de cargas expedida con fecha 25 de enero de 2012, por lo que no puede entenderse que haya existido indefensión al haberse dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 686 de la LEC, siendo las propias partes, tal y como consta en la escritura, las que fijaron como domicilio para recibir notificaciones, la propia finca hipotecada, y por ello se procedió a remitir a dicho domicilio la demanda y el requerimiento a través de exhorto al Juzgado de Paz de Mutxamel, que procedió a su devolución sin haber hallado a los ejecutados.»*

El TC concede el amparo al considerar que el Juzgado ejecutor hizo una aplicación literal del artículo 686 LEC, sin considerar la procedencia de cualquier otro precepto de la misma ley regulador del deber de diligencia del órgano judicial para lograr la notificación personal antes de acudir a la notificación por edictos. Así, si bien es cierto que la finca hipotecada, sita en la localidad de Mutxamel (Alicante), fue la designada como domicilio a efectos de notificaciones en la escritura de constitución de la hipoteca, no lo es menos que en la propia demanda ejecutiva se hacía constar que el domicilio real de los compradores era el de Travesía de la Tejera s/n portal 3, 2-B de la localidad de Tarancón (Cuenca); y, además, obran en autos los requerimientos de pago por vía extrajudicial, realizados de manera infructuosa a las señas de la finca hipotecada y de forma fructuosa en el domicilio de Tarancón. Para fundamentar el amparo el TC se apoyó en la doctrina asentada en su STC 122/2013, de 20 de mayo, en cuyo FJ 3 recuerda, con cita de las precedentes SSTC 245/2006, de 24 de julio, FJ 4; 104/2008, de 15 de septiembre, FJ 3; y 28/2010, de 27 de abril, FJ 4, que:

*«En materia de procedimientos ejecutivos hipotecarios resulta plenamente aplicable la doctrina general de este mismo Tribunal, en torno al carácter subsidiario de la notificación por edictos, lo cual implica que el órgano judicial tiene no sólo el deber de velar por la correcta ejecución de los actos de comunicación procesal, sino también el de asegurarse de que dichos actos sirven a su propósito de garantizar que la parte sea oída en el proceso. Ello comporta, en lo posible, la exigencia del emplazamiento personal de los afectados y, desde otra perspectiva, la limitación del empleo de la notificación edictal a aquellos supuestos en los que no conste el domicilio de quien haya de ser emplazado o bien se ignore su paradero. En este sentido hemos declarado 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 (por todas, SSTC 40/2005, de 28 de febrero, FJ 2; 293/2005, de 21 de noviembre, FJ 2; y 245/2006, de 24 de julio, FJ 2).»*

**STC 138/2014, 8 septiembre.**

**RA: Estimado.**

**Ponente: González Rivas.**

**Conceptos: Régimen de visitas de los abuelos de los menores. Ponderación del interés superior del menor. Motivación. Traslación a los abuelos del régimen de estancia para progenitores no custodios.**

**Preceptos de referencia: Artículos 94 y 160 del Código civil, 24 y 39 de la CE, 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 y Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.**

Los orígenes del caso se remontan a la crisis de un matrimonio que desemboca en una sentencia de separación por la que se atribuye la custodia de los dos hijos menores a la madre y se fija un régimen de visitas a favor del padre. Con posterioridad, fallece la madre y es el padre quien asume, a partir de entonces y con carácter exclusivo, la guarda y custodia de los menores. La relación del padre con los abuelos maternos de los menores debía alejarse mucho de la cordialidad, y los impedimentos y las dificultades para que los abuelos visitaran a los menores determinaron la interposición de una demanda en la que los abuelos solicitaban el establecimiento de un régimen de visitas a su favor, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 94 y 160 del Código civil. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que estableció un régimen de comunicación y estancia a favor de los abuelos idéntico al que correspondería al progenitor no custodio, sobre la base del principio *favor filii* y los artículos 94 y 160 CC. Sus argumentos fueron los siguientes:

*«Así, ha quedado acreditado que los niños han mantenido una relación muy estrecha con los abuelos, puesto que la custodia de éstos la tenía la madre, la cual necesitaba la asistencia de aquéllos cuando tenía que trabajar, pernoctando los niños con los abuelos en ocasiones, los cuales se encargaban de llevarlos y traerlos del colegio.*

*Por su parte, el padre desde el divorcio en el 2005, disfruta de un régimen de visitas normalizado, teniendo la custodia de los menores desde el fallecimiento de la madre en junio de 2011, e impidiendo las relaciones solicitadas desde julio, según refiere, porque los abuelos le insultan lo que provoca angustia en N., la hija de 11 años.*

*Sin embargo, dicha angustia viene provocada por el enfrentamiento directo de los abuelos con la pareja de su padre, la cual carece de importancia según el perito que ha depuesto a favor del propio demandado, puesto que el estrés desaparecería en una situación normalizada, cuando conozca que tiene que estar con los abuelos un tiempo, o si evita el enfrentamiento con la pareja de su padre o los abuelos dejan de referirse al padre con expresiones insultantes.*

*A ello se añade, que la menor no se niega a tener relaciones con los abuelos, no existiendo, ni siquiera dicho estrés, en el menor A.*

*En consecuencia, valorando que las relaciones de los menores con su familia materna son beneficiosas para éstos, según lo fundamentado más arriba, y no existiendo justa causa que impida la limitación del derecho, la sentencia ha de ser estimatoria.»*

El padre tras ver desestimada su impugnación en apelación y después en casación, recurrió en amparo al considerar vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva por aplicación irracional y arbitraria de los artículos 94 y 160 del CC. Entiende el recurrente que *«el derecho a relacionarse personalmente con los nietos que se reconoce a los abuelos nunca en modo alguno puede equipararse al derecho de estancia reconocido legalmente únicamente a los padres, toda vez que estamos ante figuras jurídicas de diferente naturaleza y que responden a finalidades distintas»*.

La sentencia reseñada discurre por el camino del derecho constitucional a obtener una resolución fundada. Primero recuerda el FJ 3 de la STC 64/2010 de 18 de octubre, donde se concreta el contenido de ese derecho. Después, matiza que en el caso objeto de enjuiciamiento el canon de razonabilidad constitucional de toda resolución judicial deviene más exigente, al verse implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, como el principio del interés superior del menor que tiene su proyección en el artículo 39 CE y en el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. Y, finalmente, el TC centra sus esfuerzos en analizar la razonabilidad y motivación de las resoluciones recurridas hasta llegar a la conclusión de que efectivamente se había lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva por falta de aplicación del canon de razonabilidad reforzado por la conexión con el principio de interés del menor. Cabe destacar el camino del razonamiento que llevó al TC a la anticipada conclusión:

*«El Juzgado de Primera Instancia se pronunció sobre dos cuestiones distintas:*

- a) Reconoció a los abuelos maternos el derecho a relacionarse con sus nietos, al entender que no existía justa causa impeditiva; y*
- b) A continuación, aprobó un amplio régimen de visitas, análogo al que es habitual establecer en el caso de progenitor no custodio e incluso, en algunos aspectos, más extenso que el solicitado por los propios abuelos.*

*La Sentencia de instancia, si bien razona extensamente la primera de las cuestiones, esto es, que no existe causa impeditiva para que los nietos se relacionen con los abuelos, omite toda motivación en relación a la segunda, puesto que fija el derecho a la comunicación y visita con los abuelos maternos de forma infundada, sin exteriorizar ninguna ponderación sobre la proyección que pudiera tener para el interés de los menores este concreto régimen de visitas. Por tanto, el órgano a quo prescindió de un examen de las circunstancias concurrentes a la hora de fijar el contenido y la extensión del derecho a las relaciones personales de los abuelos maternos con sus nietos menores de edad.*

*Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial se limitó a responder genéricamente al recurso planteado por el demandante en cuanto a la extensión del régimen de visitas, afirmando abstractamente que “no hay motivos para modificar el régimen que la Juez de instancia ha establecido, que nos parece el más adecuado al caso presente atendiendo a la correcta valoración de la prueba”.*

*Finalmente, el Auto de inadmisión del recurso de casación dictado por el Tribunal Supremo no repara la lesión denunciada al no apreciar interés casacional en el recurso interpuesto apoyándose en la valoración de la prueba realizada por los órganos de instancia que, como hemos expresado, no había resultado exteriorizada a la hora de determinar la extensión y contenido del régimen de visitas.»*

En resumen, el TC considera que la decisión judicial sobre la conformación del régimen de visitas de los abuelos con los nietos se fundamentó en una genérica traslación del régimen de visitas para progenitores no custodios sin ningún elemento de individualización y sin ninguna referencia al interés de los menores.

**STC 159/2014, 6 de octubre.**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Pérez de los Cobos.**

**Conceptos: Sucesión de títulos nobiliarios. Derecho a la tutela judicial efectiva. Igualdad en la aplicación de la ley. Seguridad jurídica. ¿Bienes de la personalidad?**

**Preceptos de referencia: Artículos 9.3, 14, 18.1, 24 de la CE. DT 1.ª, apartado 3.º, de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de títulos nobiliarios.**

El origen del caso se sitúa en 1984, cuando el recurrente en amparo –Rafael Benjumea Cabeza de Vaca– sucedió a su madre por cesión en el título nobiliario de Marqués de Valdecañas, y, en 1985, cuando el Ministro de Justicia ordenó la expedición de la real carta de sucesión de ese título.

El 17 de noviembre de 2006, la hermana del recurrente en amparo formuló demanda en la que interesó la declaración de nulidad de la cesión del título nobiliario y la declaración de su mejor y preferente derecho a poseer el título en virtud del criterio de preferencia en la sucesión del primogénito que establece la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre la igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios (la «Ley 33/2006»). Esta ley entró en vigor el 20 de noviembre de 2006, esto es, después de la presentación de la demanda, que se fundó en la disposición transitoria 1.ª, apdo. 3.º, según la cual:

*«No obstante lo previsto por el apartado 1 de esta disposición transitoria, la presente Ley se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos nobiliarios que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional, tanto en la instancia como en vía de recurso, así como a los expedientes que se hubieran promovido entre aquella fecha, en la cual se presentó la originaria proposición de Ley en el Congreso de los Diputados, y el 20 de noviembre de 2006, fecha de entrada en vigor de la presente Ley. La autoridad administrativa o jurisdiccional ante quien penda el expediente o el proceso concederá de oficio trámite a las partes personadas a fin de que aleguen lo que a su derecho convenga de conformidad con la nueva Ley en el plazo común de cinco días.»*

La demanda fue desestimada en la primera instancia y en la apelación. No obstante, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó la sentencia de 16 de enero de 2012, que estimó el recurso de casación y la demanda, y fijó la doctrina jurisprudencial que, entre otros extremos que se exponen más abajo, dispone que el término «*expedientes*» de la disposición transitoria 1.ª, apdo. 3.º de la Ley 33/2006 debe interpretarse ampliamente, de manera que quedan comprendidos en él las demandas formuladas antes de la entrada en vigor de esta ley y, por tanto, dentro de la retroactividad contemplada en aquella disposición transitoria.

El recurrente en amparo invoca la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), con afección a bienes de la personalidad (art. 18.1 CE) por manifiesta irrazonabilidad de la sentencia del Tribunal Supremo, así como la infracción del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE). El Tribunal Constitucional desestima el recurso.

1) *Enquadramiento del recurso y relevancia constitucional.*—Del modo en que se desprende de los fundamentos preliminares de la sentencia y fue advertido por el MF, que apoyó la estimación del recurso de amparo (FD 1.º y 2.º), la cuestión controvertida se concreta en la falta de justificación o irrazonabilidad de la subsunción del caso enjuiciado en el supuesto contenido en la norma del apdo. 3.º de la disposición transitoria 1.ª que ha quedado reproducida. Para el recurrente y para el MF, la demanda de nulidad de la adquisición en 1985 de un título nobiliario presentada en 2006 no quedaba comprendida en el ámbito de aplicación de la retroactividad en esa norma; y la argumentación seguida por el Tribunal Supremo para alcanzar la conclusión contraria carecía de toda lógica y era abiertamente contraria al sentido y finalidad de la norma.

Expuesta la cuestión en estos términos, el Tribunal Constitucional considera que el conflicto planteado no afecta a «*ningún derecho fundamental en juego, sino una cuestión de legalidad ordinaria que ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en su calidad de máximo intérprete de la legalidad ordinaria*». Por ello, el enjuiciamiento del caso debe limitarse a comprobar si la motivación de la resolución del Tribunal Supremo fue manifiestamente irrazonable y, como consecuencia de ello, se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva.

De este modo, las otras cuestiones planteadas en el recurso de amparo (igualdad en la aplicación de la ley o seguridad jurídica) devienen accesorias o dependientes de la primera. Como se ve, el Tribunal Constitucional no entra en otra de las cuestiones planteadas por el recurrente en amparo, como es la posible afección de los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE y, en particular, la relación entre los títulos nobiliarios y los derechos fundamentales de la personalidad reconocidos en este precepto. De haber existido esta afección —lo que el Tribunal Constitucional parece negar implícitamente, aunque no puede asegurarse—, quizá el enjuiciamiento de los razonamientos utilizados por la Sala Primera del Tribunal Supremo hubiese sido más severo de lo que fue, como se verá a continuación.

2) *La interpretación de la disposición transitoria 1.ª, apdo. 3.º de la Ley 33/2006 realizada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo tolera el tenor de esta norma y está dotada de racionalidad.*—La sentencia reseña, en primer lugar, los dos argumentos utilizados por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo para concluir acerca de la nulidad de la suce-

sión en el título nobiliario y la preferencia de la hermana del demandante, a saber: (i) como ha quedado dicho, el término «*expedientes [...] pendientes de resolución [...] jurisdiccional*» comprende una demanda presentada después de la publicación de la Ley 33/2006, pero antes de la entrada en vigor; y (ii) el derecho del poseedor de un título nobiliario tiene carácter claudicante, de manera que se somete siempre a la existencia o reclamación de quien acredite un mejor derecho a poseer el título, singularmente cuando, como en el caso, la posesión deriva de un acto de cesión, y no un acto de distribución de títulos por quien posee varios. A continuación, el Tribunal Constitucional concluye que este razonamiento y conclusión no es irrazonable a la luz de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, y no lo es, según expone la sentencia, porque el tenor de la norma afectada toleraría esa interpretación. En conclusión, el enjuiciamiento del razonamiento del Tribunal Supremo por el Tribunal Constitucional es esencialmente formal, simplemente dirigido a comprobar que existió una secuencia lógica-jurídica, sin entrar a valorar la (correcta o incorrecta) fundamentación a luz de la legalidad ordinaria.

La STC 168/2014 (ponente: González Rivas) resolvió otro recurso de amparo que enfrentó a las mismas partes y cuyo objeto coincide esencialmente con la planteada en la STC 159/2014. La única diferencia reside en que el título nobiliario discutido fue adquirido por el recurrente en amparo por sucesión *mortis causa* (a diferencia del título discutido en la primera sentencia, cuya adquisición se produjo por cesión). El Tribunal Constitucional se remite íntegramente a los fundamentos de la STC 159/2014 y desestima el recurso de amparo.

**STC 188/2014, de 17 de noviembre.**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Narváez Rodríguez.**

**Conceptos: Igualdad ante la Ley. Pareja de hecho heterosexual. Exigencia de «haber tenido hijos comunes».**

**Preceptos de referencia: Artículo 14 CE. DA 3.ª Ley 40/2007.**

La mujer recurrente en amparo solicitó una pensión de viudedad tras el fallecimiento, en enero de 2000, del hombre con el que había mantenido una relación estable de pareja, formalizada en escritura pública el 16 de abril de 1999. Mediante resolución de 19 de enero de 2009, la Administración le denegó la solicitud por el hecho de «*no haber tenido hijos comunes con el causante fallecido antes del 01/01/2008 de acuerdo con la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de medidas en materia de seguridad social*». Presentada reclamación administrativa, fue desestimada por resolución de 30 de marzo de 2009. Formulada demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 10 de Málaga, fue asimismo desestimada, de nuevo por no cumplir los requisitos especificados en la DA 3.ª de la citada Ley. La misma suerte corrió el recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ Andalucía. Finalmente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictó Sentencia de 18 de febrero de 2013, en la que desestimó el recurso de casación para unificación de doctrina presentado por la actora, al no haber acreditado ésta la necesaria contradicción entre la resolución impugnada y la aportada como contraste.

En la formulación de su recurso de amparo, la recurrente imputa a las resoluciones aludidas la vulneración del artículo 14 CE por considerar que la exigencia del apartado c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 vulnera el derecho a la igualdad, pues exige un requisito que no obedece a ninguna razón objetivamente justificada relacionada con la pensión de viudedad especial regulada en la citada norma. Tanto el Letrado de la Seguridad Social como el Ministerio Fiscal interesan igualmente el otorgamiento del amparo solicitado.

La sentencia del TC estima el amparo con remisión a la STC 41/2013, en la que, resolviendo una Cuestión de Inconstitucionalidad ya declaró nula la DA 3.<sup>a</sup>, c) de la Ley 40/2007 como contraria al artículo 14 CE. En este sentido, la resolución que se reseña recuerda que la diferencia de trato entre parejas de hecho por haber tenido o no hijos en común, no solo no obedece a ninguna razón objetivamente justificada relacionada con el propio fundamento de la pensión de viudedad, sino que conduce a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supérstites de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (razones biológicas y jurídicas) la exigencia de haber tenido hijos comunes (FJ 9).

**STC 194/2014, 1 de diciembre.**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Asua Batarrita.**

**Conceptos: Igualdad. Formas del matrimonio. Rito islámico. Requisitos para su eficacia civil. Pensión de viudedad.**

**Preceptos de referencia: Artículo 14 CE.**

El Sr. Sene contrajo matrimonio con la Sra. Arnáiz de acuerdo con el rito islámico el 15 de julio de 1999, según certificado emitido por el presidente de la «Comunidad Islámica de Galicia». El matrimonio, no obstante, se contrajo sin el pertinente certificado de capacidad matrimonial expedido por el encargado del Registro Civil. La Sra. Arnáiz falleció el 26 de diciembre de 2007, estando en aquel momento afiliada a MUFACE. En el Registro Civil se dejó constancia de que la difunta era «soltera». El Sr. Sene intentó rectificar este dato (10/12/2008), pero el Registro Civil de Orense rechazó la petición al carecer el matrimonio contraído de eficacia civil por la razón ya indicada: Faltaba el certificado de capacidad, que era necesario toda vez que no concurría la excepción prevista en el convenio de cooperación del Estado con la «Comisión Islámica de España» (Ley 62/1992), conforme a la cual no era necesario el repetido certificado de capacidad si la propia certificación del matrimonio islámico contemplaba la concurrencia de todos los requisitos para la validez civil del matrimonio. Esta resolución no fue recurrida. Paralelamente, el Sr. Sene promovió un expediente de inscripción del matrimonio ante el Registro Civil de Santiago de Compostela (20/1/2009), que también fue denegado por la misma razón: Imposibilidad de inscribir un matrimonio celebrado sin cumplir los requisitos legales para ello.

El 2/5/2009 el Sr. Sene presentó en la Delegación del Ministerio de Economía y hacienda una solicitud de pensión de viudedad. Según consta en la sentencia del TC: «*En el impreso de solicitud aparecía marcado con una “x” el apartado relativo a “viudedad como pareja de hecho”, situación que se*

reitera en el apartado 7 correspondiente a “solicitud de pensión como pareja de hecho del causante”. En la casilla de datos personales del causante se señaló como estado civil soltera, mientras que el estado civil de solicitante se declaró como viudo, pero añadiendo la aclaración (matrimonio islámico). A la solicitud se adjuntó certificado de matrimonio expedido por el presidente y representante legal de la Comunidad Islámica de Galicia, en el que se hacía constar únicamente que “dicho matrimonio se celebró el día 15 de julio de 1999 con el consentimiento de ambas partes”, así como un certificado de convivencia desde 2002, hasta el momento del fallecimiento, expedido por el alcalde presidente del concejo de Coles». La solicitud de pensión fue denegada porque «la relación existente entre el recurrente y la fallecida era de pareja de hecho y no la de matrimonio. Al haber fallecido la interesada antes del 1 de enero de 2008 le era de aplicación la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, que regula el derecho a pensión de viudedad para quienes, habiendo vivido como pareja de hecho con el causante de la pensión, cumplan los requisitos establecidos en dicha disposición y hubiere fallecido antes de su vigencia, por lo que conforme a dicha disposición, para acceder a la pensión regulada en esta disposición, la correspondiente solicitud debería ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley. Presentada la solicitud en fecha 22 de mayo de 2009, no se cumplía el requisito mencionado, que era necesario para tener derecho a la pensión».

El Sr. Sene recurrió alegando que había contraído matrimonio bajo el rito islámico y que, por tanto, estaba casado aunque el matrimonio no constara inscrito. Siendo así, razonaba, «no cabía tramitar su solicitud como “pareja de hecho” ni aplicar la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007». Sostenía además que «no era precisa la inscripción matrimonial para la plena validez del matrimonio celebrado por el rito islámico, debiéndosele aplicar la doctrina de la STC 199/2004»; todo ello con invocación del derecho a la igualdad del artículo 14 CE. El recurso del Sr. Sene fue denegado y asimismo lo fueron los que presentó posteriormente tanto en vía administrativa como, después, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La vía judicial se cerró con sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 12/11/2012, igualmente desfavorable a las pretensiones del Sr. Sene que, finalmente, recurrió en amparo ante el TC.

En el recurso de amparo se reiteraban los argumentos ya conocidos: «Entiende [el recurrente] que se ha vulnerado el principio de igualdad del artículo 14 CE y que por ello tiene derecho a la pensión de viudedad por fallecimiento de su cónyuge legal, con quien estaba casado por el rito islámico. Considera que la resolución administrativa yerra al tramitar la solicitud de pensión de viudedad como de pareja de hecho y por ello entender que la misma estaba presentada fuera de plazo. Por el contrario, la solicitud de pensión de viudedad debió tramitarse partiendo de la existencia de matrimonio entre el recurrente y la fallecida, por lo que se debió aplicar lo dispuesto en el artículo 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, dado que en el expediente aparecía debidamente documentada la existencia del matrimonio contraído con arreglo al rito islámico, sin que la Administración cuestione su existencia o validez». Al entender que, habiendo matrimonio, la relación debía considerarse como unión de hecho por no haberse inscrito aquel, se estaría vulnerando el derecho a la igualdad, tratando de forma diferente situaciones jurídicas en realidad idénticas. Y añadía: «Exigir la inscripción para conceder efectos civiles al matrimonio supone desconocer el artículo 61.1 CC y aboca a

*un resultado desproporcionado que es la denegación del derecho de pensión al recurrente*». En apoyo de su pretensión, el Sr. Sene invocaba dos sentencias. Por una parte, la STEDH de 8 de diciembre de 2009 (Muñoz Díaz c. España), sobre reconocimiento de pensión de viudedad en el caso de un «matrimonio gitano», contra el previo parecer del Tribunal Constitucional español (STC 69/2007). Por otra la STC 199/2004, en la cual se declaró que existía vulneración del derecho a la igualdad del artículo 14 CE en el supuesto de un viudo de una funcionaria al que se le denegó la pensión de viudedad por no estar inscrito su matrimonio religioso, por voluntad propia de los contrayentes, tras haber confirmado la existencia de una relación conyugal.

Planteada la cuestión en estos términos, el TC, ante todo, hace una importante aclaración: «*En contra de lo que afirma la demanda de amparo, en el caso examinado ni la Administración, ni las resoluciones judiciales admitieron en ningún momento la legitimidad del matrimonio celebrado por el rito islámico entre el recurrente y la causante de la prestación, de modo que la cuestión que ahora se suscita, a diferencia de la enjuiciada en la citada STC 199/2004, de 15 de noviembre, no se refiere a si un matrimonio válidamente celebrado pero no inscrito es equiparable a una pareja de hecho o si por el contrario lo es al matrimonio inscrito, ello a los exclusivos efectos de la aplicación del artículo 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, sino que se trata de resolver si un matrimonio celebrado por el rito islámico, sin cumplir los requisitos exigidos por el legislador para otorgarle validez, debe equipararse a matrimonio legítimo, que es lo que propugna el actor*» (FJ 3). Sobre esta base, el TC recuerda que el artículo 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley de clases pasivas del Estado, en la redacción aplicable en el proceso *a quo*, «no contenía de modo expreso el requisito de la inscripción registral y, por tanto, no diferenciaba entre matrimonios registrados y no registrados». No obstante, añade de inmediato, «sí exige para el otorgamiento de la pensión tener la condición de cónyuge legítimo» (FJ 3).

a) *Eficacia civil de los matrimonios contraídos por el rito islámico (FJ 5)*.—La cuestión básica, por tanto, consiste en determinar si el matrimonio mahometano o islámico celebrado por el recurrente y su difunta esposa, cuya realización no se discute, cumplía o no las exigencias legales para ser un matrimonio legítimo desde el punto de vista de la producción de efectos civiles. El punto de partida es el artículo 49 CC que, de acuerdo con el artículo 32 CE, contempla el matrimonio en forma civil o en la forma religiosa legalmente prevista. Ello remite, en el caso que nos ocupa a la Ley 26/1992, por la que se aprobó el acuerdo de cooperación entre el Estado y la «Comunidad Islámica de España» (aunque no afecte al caso, importa señalar que la Ley 26/1992 ha sido recientemente reformada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, que ha modificado el artículo 7 relativo al matrimonio en forma religiosa)<sup>1</sup>. Sobre esta base, lo primero que hay que resaltar es

<sup>1</sup> Para mayor comodidad, seguidamente se transcribe el artículo 7 de la Ley 26/1992:

A) Redacción original, Ley 26/1992:

1. *Se atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil.*

*Los contrayentes expresarán el consentimiento ante alguna de las personas expresadas en el número 1 del artículo 3 y, al menos, dos testigos mayores de edad.*

*Para el pleno reconocimiento de tales efectos, será necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil.*

2. *Las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente. No podrá practicarse la inscripción si se hubiera celebrado el matrimonio transcurridos más de seis meses desde la expedición de dicha certificación.*

3. *Una vez celebrado el matrimonio, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído aquél, enviará al Registro Civil, para su inscripción, certificación acreditativa de la celebración del matrimonio, en la que deberán expresarse las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil.*

4. *Sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar y de los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas, la inscripción del matrimonio celebrado conforme al presente Acuerdo podrá ser promovida también en cualquier tiempo, mediante presentación de la certificación diligenciada a que se refiere el número anterior.*

5. *Las normas de este artículo relativas al procedimiento para hacer efectivo el derecho que en el mismo se establece, se ajustarán a las modificaciones que en el futuro se produzcan en la legislación del Registro Civil, previa audiencia de la Comisión Islámica de España.*

#### B) Redacción resultante de la Ley 15/2015

1. *Se atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil.*

*Los contrayentes expresarán el consentimiento ante alguna de las personas expresadas en el número 1 del artículo 3 y, al menos, dos testigos mayores de edad.*

*Para el pleno reconocimiento de tales efectos, será necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil.*

2. *Las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante copia del acta o resolución previa expedida por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil conforme a la Ley del Registro Civil y que deberá contener, en su caso, juicio acreditativo de la capacidad matrimonial. No podrá practicarse la inscripción si se hubiera celebrado el matrimonio transcurridos más de seis meses desde la fecha de dicho acta o desde la fecha de la resolución correspondiente.*

3. (a) Redacción dada por la disposición transitoria 5.3, con efectos desde el 23 de julio de 2015 hasta el 29 de junio de 2017: *Una vez celebrado el matrimonio, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído aquel extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de las circunstancias del expediente que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la capacidad del representante de la Comunidad Islámica para celebrar matrimonios, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 3, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias de la resolución previa de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio, entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo de la Comunidad.*

(b) Redacción dada por la disposición final 7, con efectos desde el 30 de junio de 2017: *Una vez celebrado el matrimonio, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído aquel extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de las circunstancias del expediente o acta previa que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido, la fecha y número de protocolo en su caso. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la capacidad representante de la Comuni-*

que «no todo matrimonio contraído bajo el rito islámico, es decir, cumpliendo los requisitos de la ley Islámica, tiene validez en España, sino solo aquéllos que cumplan las exigencias que fueron acordadas por el Estado español y la Comunidad islámica, reguladas en la citada Ley 26/1992, de 10 de diciembre». De ella resultan dos vías para el reconocimiento del matrimonio por el rito islámico: «En primer lugar la regla general es que la celebración del matrimonio requiere, con carácter previo, la instrucción de un expediente, para que el instructor del mismo se cerciore de que ambos solicitantes pueden contraerlo, y expida así el certificado de capacidad matrimonial cuando reúnan los requisitos señalados en el Código civil. La capacidad para contraer matrimonio tiene una importancia y complejidad añadidas cuando uno de los contrayentes es extranjero y la instrucción de este expediente previo garantiza en la generalidad de los casos que sólo contraerán matrimonio, ya sea de forma civil o religiosa, aquéllos que cumplan los requisitos legales. [//] En segundo término se establece una regla especial en el caso del matrimonio celebrado por el rito islámico, a diferencia de lo que sucede con otro tipo de matrimonios, consistente en que se permite excepcionalmente a los contrayentes celebrar la ceremonia religiosa sin la previa instrucción del expediente y, por tanto, sin que se haya comprobado la concurrencia de los requisitos civiles, aunque puedan cumplirse los establecidos por la ley islámica, pues no olvidemos que las normas civiles y religiosas difieren en lo que a la capacidad para contraer matrimonio se refiere, y, desde luego, lo es en esta forma de matrimonio islámico. En este caso excepcional en que se contrae matrimonio islámico sin previa instrucción de expediente, la inscripción registral adquiere una especial importancia dado que la misma trasciende de la mera formalidad registral, al encomendar al Juez encargado del Registro Civil la función de comprobar que los contrayentes de un matrimonio islámico ya celebrado reúnan los requisitos de capacidad y validez exigidos por el Código civil, así como por las normas de derecho internacional privado cuando los contrayentes sean extranjeros. Y a estos efectos el artículo 7.3 de la Ley 26/1992 establece que “[u]na vez celebrado el matrimonio, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído aquél enviará al Registro Civil, para su inscripción, certificación acreditativa de la celebración del matrimonio, en la que deberán expresarse las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil” y esta certificación diligenciada permite la inscripción del matrimonio celebrado conforme al rito islámico, una vez realizada la obligada comprobación por el encargado del registro civil». De acuerdo con la Ley 26/1992 el matri-

dad Islámica para celebrar matrimonios, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 3, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias del acta o resolución previa de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio, entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo de la Comunidad.

4. Sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar y de los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas, la inscripción del matrimonio celebrado conforme al presente Acuerdo podrá ser promovida también en cualquier tiempo, mediante presentación de la certificación diligenciada a que se refiere el número anterior.

5. Las normas de este artículo relativas al procedimiento para hacer efectivo el derecho que en el mismo se establece, se ajustarán a las modificaciones que en el futuro se produzcan en la legislación del Registro Civil, previa audiencia de la Comisión Islámica de España.

monio islámico sólo tiene efectos civiles cuando se celebre en una «comunidad islámica perteneciente a la Comisión Islámica de España, que esté inscrita en el registro de entidades religiosas, ante un dirigente religioso islámico o imán y al menos dos testigos (art. 7.1)». La Ley: «Otorga además una especial importancia a la constatación de la concurrencia de los requisitos de capacidad y, por ello, señala el artículo 7.1 que “[s]e atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil” y, como claramente razona la exposición de motivos de la instrucción de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, sobre la inscripción en el Registro de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa, “habrá de extremarse el celo para asegurarse de la inexistencia de impedimento de ligamen”».

Aplicando la doctrina expresada, el TC concluye que los contrayentes, en el caso planteado, no cumplieron los requisitos de capacidad, ni antes ni después de celebrar el matrimonio, por lo que éste carece de validez y eficacia según la ley española. No hay pues infracción del principio de igualdad porque los términos de la comparación difieren: «No resulta posible comparar la situación del recurrente ni con los matrimonios inscritos ni tampoco con los matrimonios no inscritos válidamente contraídos, por una razón clara, que no se cumple la exigencia de aportar un *tertium comparationis* válido. Su matrimonio no fue un matrimonio legítimo en los términos empleados por el artículo 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril».

b) *El Caso Muñoz Díaz (matrimonio gitano)*.—En relación con este caso «el único punto en común que podríamos encontrar entre el matrimonio gitano contraído por la Sra. Muñoz Díaz y el islámico del Sr. Sene es que ambos contrajeron un matrimonio que carecía de validez civil. Sin embargo, las restantes circunstancias que llevaron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a estimar el recurso interpuesto por la Sra. Muñoz Díaz no se producen en esta ocasión. Recordemos que los hechos que se tuvieron en cuenta por el Tribunal de Estrasburgo fueron que “la demandante se casó con M. D. en noviembre de 1971 según los ritos y tradiciones propias de la comunidad gitana. De esta unión nacieron seis hijos. La interesada vivió con M. D. hasta el fallecimiento de este último, el 24 de diciembre de 2000. El Registro Civil les expidió un libro de familia el 11 de agosto de 1983, donde figuran inscritos la pareja y sus hijos. El 14 de octubre de 1986, obtuvieron el título administrativo de familia numerosa, para el que se exigía la condición de ‘cónyuge’ (párrafo 27 anterior) y se han beneficiado de todos los derechos inherentes. Por otro lado, M. D. estaba afiliado a la Seguridad Social y cotizó durante diecinueve años, tres meses y ocho días, y poseía una cartilla de beneficiario donde figuraban a su cargo la demandante, en tanto que esposa, y sus seis hijos. Para el Tribunal se trata en este caso de un documento oficial en la medida en que está sellado por la agencia número 7 de Madrid del INSS” (párrafo 52 de la ETEDH de 8 de diciembre de 2009)». El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su decisión tomó en consideración la buena fe de la demandante y el hecho de que, de alguna forma, la Administración había reconocido la situación, circunstancias que no concurrían en el caso del Sr. Sene.

**STC 204/2014, 15 de diciembre.**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Asua Batarrita.**

**Conceptos: Función del incidente de nulidad de actuaciones. Derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso previsto en la ley. Motivación, incongruencia, arbitrariedad.**

**Preceptos de referencia: Artículos 241 LOPJ y 24 CE.**

La Asociación Proyde interpuso demanda ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Almería en la que reclamaba la elevación a escritura pública de un contrato de compraventa y ejercitaba, subsidiariamente, una acción declarativa de dominio. Dicha demanda fue desestimada mediante sentencia de 18 de enero de 2012 contra la que se planteó recurso de apelación por no haberse practicado en primera instancia, y por causas no imputables a la demandante, todas las pruebas propuestas y admitidas por el Juzgado. La petición de práctica de prueba en segunda instancia fue rechazada por Auto y el recurso de apelación desestimado por Sentencia de 11 de junio de 2013, frente a la cual promovió la actora incidente de nulidad de actuaciones. En dicho incidente se denuncia la infracción del derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa, así como la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al haber incurrido la Sentencia de apelación en defecto de motivación, incongruencia y arbitrariedad. El incidente de nulidad fue inadmitido a trámite por providencia de 23 de julio de 2013, con una argumentación no precisamente prolija y que merece ser reproducida porque su simple lectura permite entender, sin especial dificultad, el porqué del amparo:

*«Más allá de las legítimas discrepancias que la parte pueda mantener con los pronunciamientos que le son desfavorables de la sentencia dictada por esta Sala, cuya nulidad se postula, la misma no se haya incurrido en el artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que determina la improcedencia del incidente planteado.»*

Resulta difícil conocer la *ratio decidendi* de la resolución transcrita. Aparte de la indiscutible concurrencia de los presupuestos procesales para el planteamiento del incidente de nulidad, en cuanto a plazo e improcedencia de cualquier recurso ordinario o extraordinario, la recurrente denunció con meridiana claridad tanto la vulneración de su derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) como la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Y la Audiencia Provincial despachó el asunto con una argumentación a todas luces desafortunada e insuficiente sobre los motivos de la no admisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones y, olvidó el espíritu que orientó la nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones y la ampliación objetiva de su ámbito.

Así, se entiende que la sentencia reseñada recuerde la función que cumple el incidente excepcional de nulidad de actuaciones como instrumento de tutela de los derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que ya exponía la STC 153/2012, de 16 de julio:

«El incidente de nulidad de actuaciones asume, tras la configuración del nuevo amparo constitucional, una función esencial de tutela y defensa de los derechos fundamentales que puede y debe ser controlada por este Tribunal cuando las hipotéticas lesiones autónomas que en él se produzcan tengan “especial trascendencia constitucional”. No puede considerarse como un mero trámite formal previo al amparo constitucional sino como un verdadero instrumento procesal que, en la vía de la jurisdicción ordinaria, podrá remediar aquellas lesiones de derechos fundamentales que no hayan “podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario” (art. 241.1 LOPJ). En definitiva, el incidente de nulidad de actuaciones, sirve, como así ha querido el legislador orgánico, para reparar aquellas lesiones de cualquier derecho fundamental que no puedan serlo a través de los recursos ordinarios o extraordinarios previstos por la ley; su función en materia de tutela de derechos es, por tanto, la misma, en el ámbito de aplicación que le otorga el artículo 241.1 LOPJ, que la realizada como consecuencia de la interposición de un recurso ordinario o extraordinario y como tal debe ser atendida por los órganos judiciales. Una deficiente protección de los derechos denunciados por parte del órgano judicial puede dejar al recurrente sin ningún tipo de protección en aquellos casos en los que las vulneraciones en las que supuestamente incurriera la resolución impugnada a través del incidente de nulidad de actuaciones, carecieran de trascendencia constitucional. Por ello, el órgano judicial debe, –salvo que efectivamente se den las causas de inadmisión de plano, supuesto en el que podrá realizarse una motivación sucinta (art. 241.1 LOPJ)–, realizar una interpretación no restrictiva de los motivos de inadmisión, tramitar el incidente y motivar, en cualquier caso, suficientemente su decisión (STC 9/2014, de 27 de enero, FJ 3). En definitiva, cuando el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones resulte procedente, su inadmisión supone una preterición del mecanismo de tutela pertinente ante la jurisdicción ordinaria.»

Además, añade el TC que si bien «el incidente de nulidad de actuaciones no constituye un recurso en sentido estricto, es un cauce procesal que, al tener por objeto la revisión de resoluciones o actuaciones procesales, debe ser enjuiciado por este Tribunal desde el canon propio del derecho de acceso al recurso legalmente establecido (SSTC 57/2006, de 27 de febrero, FJ 3; y 157/2009, de 25 de junio, FJ 2)». Y, aplicando el indicado canon, concluye la sentencia que el órgano judicial vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la demandante de amparo, privándole de la tutela de los derechos fundamentales que proclama el artículo 53.2 CE.

**STC 212/2014, 18 de diciembre.**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: González-Trejjvano. Voto particular de Asua.**

**Conceptos: Derechos a la tutela judicial efectiva (error patente), a un juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías. Motivación. No obligatoriedad del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE.**

**Preceptos de referencia:** Artículos 14, 24, 23.2 y 103 de la CE; artículo 54.2 del Decreto 2/2002, de 9 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso, promoción interna, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración general de la Junta de Andalucía; Decreto 528/2004, de 16 de noviembre; apartado cuarto de la cláusula cuatro de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio, relativa al acuerdo marco CES, la UNICE y el CEEP, sobre trabajo de duración determinada; artículo 234 Tratado de la Unión Europea y artículo 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

La sentencia que se analiza resuelve el recurso de amparo interpuesto por doña Rocío Luna Fernández contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 12 de enero de 2012 que confirmó en apelación la desestimación de su impugnación de tres concursos de provisión de puestos de trabajo en la Administración autonómica andaluza al considerar ajustado a derecho que no se computasen a efectos de antigüedad los servicios prestados por la recurrente para la Administración Autonómica en calidad de funcionaria interina. El recurso de amparo también se interpone contra el Auto de 13 de Abril de 2012, que desestima el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la citada Sentencia de esta forma: «*La petición del recurrente no puede ser acogida. Entiende que en el caso presente existían dudas interpretativas para plantear cuestión prejudicial, pero en ningún caso que no se planteara implica vulneración del artículo 24 CE ni que ello cause indefensión alguna*».

Cierto es que la sentencia reseñada aborda materias propias del orden contencioso administrativo. Sin embargo, en la misma, también se tratan cuestiones que trascienden este orden jurisdiccional y se consideran de especial relieve. Así, la motivación de las resoluciones y el planteamiento de la cuestión prejudicial como garantías de la tutela judicial efectiva. Antes de exponer los argumentos del TC para justificar la desestimación del amparo, cabría hacer algunas observaciones preliminares. El Derecho de la UE tiene eficacia directa y carácter prevalente en virtud de la cesión parcial de soberanía que supone la Adhesión de España a la UE. Y los jueces nacionales, en su condición de jueces comunitarios, están obligados a salvaguardar la efectividad del derecho comunitario y su primacía respecto al derecho interno conforme a la jurisprudencia del TJUE (*vid.* Sentencias *Vand Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963, *Costa contra Enel*, de 15 de julio de 1964 o *Simmenthal* de 9 de marzo de 1978). Para ello cuentan con el procedimiento de remisión prejudicial que implica cooperación y un reparto de funciones entre el Juez nacional, competente para aplicar el Derecho comunitario a un litigio concreto, y el Tribunal de Justicia, al que corresponde garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros (STJUE de 16 de diciembre de 1981, *Foglia/Novello*). Solo al Juez nacional corresponde valorar la necesidad de plantear una cuestión prejudicial al TJUE. Sin embargo, hay un caso en que el planteamiento de la cuestión deviene obligatorio, esto es, cuando las decisiones del órgano jurisdiccional en cuestión no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno a menos que resulte aplicable la doctrina del acto claro o del acto aclarado (Asunto *Da Costa* y asunto *CILFIT*).

Ahora sí es momento de resumir la argumentación seguida por el TC en la sentencia reseñada, que resuelve dos cuestiones: (a) ¿Alcanza la resolu-

ción recurrida el umbral de motivación establecido por la doctrina constitucional (STC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 5) desde la perspectiva del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE? y (b) ¿La decisión de no plantear cuestión prejudicial implica *per se* la lesión de las garantías previstas en el artículo 24 CE?

a) *Suficiencia o insuficiencia de la motivación.*—A la primera cuestión responde en los siguientes términos: «*En primer lugar cumple afirmar que la Sentencia dictada por el Tribunal de apelación exterioriza adecuadamente cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión adoptada, de manera que las partes han podido conocer la posición del órgano de enjuiciamiento sobre la cuestión que ahora nos ocupa [...] En segundo término, abstracción hecha del juicio que merezcan las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de apelación sobre la incidencia, en el presente caso, de la doctrina recogida en la STJUE de 8 de septiembre del 2011, lo cierto es que los argumentos expuestos sobre tal cuestión no incurrir en arbitrariedad ni adolecen de falta de razonabilidad, pues, al fin y al cabo, la referida argumentación explícita de manera suficiente las consideraciones de índole jurídica que sustentan la decisión finalmente adoptada, de cuyo contenido se desprende que la desestimación de lo pretendido por la demandante no contraviene lo estatuido por la Directiva 1999/70 ni la doctrina enunciada en la reiterada STJUE. Debemos insistir que a este Tribunal no le corresponde pronunciarse sobre el eventual acierto de la decisión finalmente adoptada, ni tampoco alumbrar otras interpretaciones que pudieran resultar más plausibles. Los órganos judiciales son los únicos competentes, ex artículo 117.3 CE, para resolver sobre las materias de estricta legalidad ordinaria.*»

b) *Decisión de plantear cuestión prejudicial y derecho a la tutela judicial efectiva.*—Para responder el TC recurre a la fundamentación contenida en diversas resoluciones, entre ellas, la STC 58/2004, de 19 de abril (FJ 10) y la STC 27/2013 (FJ 6), y concluye lo siguiente: «*La decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio*» (SSTC 180/1993, de 31 de mayo, FJ 2; 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2). *Por este motivo hemos afirmado que, «sin perjuicio de que el artículo 177 TCEE, alegado por el recurrente, pertenece al ámbito del Derecho comunitario y no constituye por sí mismo canon de constitucionalidad (SSTC 28/1991 y 64/1991), ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el artículo 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita*» (STC 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y en el mismo sentido SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 2; 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y ATC 296/1993, de 4 de octubre, FJ 2). *En consecuencia la decisión de no plantear una cuestión prejudicial al amparo del artículo 234 TCE —al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad al abrigo del artículo 163 CE— no implica per se la lesión de las garantías previstas en el artículo 24 CE.*»

En fin, llama la atención cómo en la sentencia del TC queda postergada la cuestión controvertida en el proceso de origen, cual era determinar si las condiciones del trabajo que la demandante desempeñó como funcionaria interina eran o no equiparables a las prestadas por un funcionario de carrera,

de cara a considerar valorable su antigüedad en el concurso de provisión de puestos de trabajo. El TC se limita a analizar y valorar la existencia en la resolución recurrida de argumentación jurídica que venga a justificar, siquiera sea de forma «poco» o «menos» plausible y aun con el reconocimiento expreso de la existencia de dudas interpretativas, la inaplicación del Derecho de la UE y de la doctrina del TJUE. Sin embargo, no analiza si dicha argumentación es ajustada al derecho de igualdad en el acceso al empleo público (art. 23.2 CE) a la Directiva 1999/70, al Acuerdo Marco y a lo marcado por el TJUE que, como se sabe, se inclina irrefutablemente a equiparar servicios prestados en régimen de interinidad y régimen de carrera (véase STJUE de 8/9/2011, que resuelve una cuestión prejudicial sobre la Directiva 1999/70 y el principio de no discriminación consagrado en la cláusula 4.<sup>a</sup> del Acuerdo Marco, y cuya doctrina fue acogida por STS 30/6/2014).

En definitiva, el TC considera que la resolución recurrida en amparo es una resolución que se ajusta a los parámetros de razonabilidad y argumentación, incluso aunque de forma irrazonable se salte el artículo 267 TFUE, y entiende que esto es suficiente para alcanzar la discutible e incompresible conclusión de que no es relevante para la tutela judicial efectiva la ausencia de planteamiento de la cuestión prejudicial, aun cuando la misma, insisto, se revelara imperiosa para el juez (art. 267 TFUE). Se olvida el TC, quizás intencionadamente, de que la motivación que integra el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) no deja de estar vinculada a la autoridad de la balanza y la fuerza de la espada, pues siempre debe estar entre la letra y el espíritu de la ley, entre la legalidad y la flexible proporcionalidad.

*Voto Particular.*—Afortunadamente, la sentencia cuenta con un voto particular de Adela Asua quien entiende que «la resolución del presente recurso de amparo debiera haber seguido la línea jurisprudencial desarrollada en las SSTC 58/2004, de 19 de abril, y 78/2010, de 20 de octubre, en las que declaramos que el no planteamiento de la cuestión prejudicial puede llevar aparejada la lesión del artículo 24.2 CE por incumplimiento de la obligación de remitir al intérprete de la normativa europea el cuestionamiento sobre el alcance de una norma, salvo que sea patente que no concurre duda alguna aplicando los criterios jurisprudenciales europeos al respecto». Y como se reconoce en el auto que desestima el incidente de nulidad de actuaciones, precisamente dudas interpretativas no faltaban en el presente caso.

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ** (Universidad Carlos III de Madrid)

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO** (Universidad de las Palmas de Gran Canaria), **Gabriel GARCÍA CANTERO** (Universidad de Zaragoza), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Universidad de las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Universidad Autónoma de Madrid), **Gemma MINERO ALEJANDRE** (Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Universidad de las Palmas de Gran Canaria)

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

### DERECHO DE LA PERSONA

**1. Derecho al honor de la persona jurídica. Ponderación entre la libertad de expresión y el derecho al honor. Artículo publicado en internet en el que se vincula a una compañía mercantil con el nazismo y se deforma el logotipo de ésta mediante la inserción de la esvástica.**–Conforme a la jurisprudencia constitucional –entre otras, las SSTC 223/1992 y 76/1995–, el reconocimiento de derechos fundamentales de titularidad de las personas jurídicas ha de ser delimitado y concretado a la luz de cada dere-

cho fundamental y de los fines de esa persona jurídica. Concretamente, el derecho al honor, en su vertiente del derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación, pertenece también a las personas jurídicas (STC 214/1991). El análisis del ámbito de protección del ejercicio de su identidad debe realizarse atendiendo a los fines para los que la persona jurídica que ostenta este derecho fue creada. Por ello, la persona jurídica puede ver lesionado su derecho al honor mediante la divulgación de hechos que le conciernen, cuando se la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena. En este caso, la persona jurídica afectada no viene obligada a probar la existencia de un daño patrimonial a sus intereses, sino que basta constatar que existe una intromisión en el derecho al honor de ésta y que tal intromisión no es legítima (STC 139/1995), para lo que habrán de aplicarse los criterios tradicionales de ponderación entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor. El propio TEDH, al interpretar el artículo 10 CEDH, ha sostenido que no contraviene la libertad de expresión consagrada en él la prohibición por un tribunal nacional a un parlamentario de utilizar el término «nazi» aplicado al periodismo realizado por un periódico (STEDH de 21 de marzo de 2000, caso Andreas Wabl contra Austria). **(STS de 12 de diciembre de 2013; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La compañía de transporte aéreo Air B demanda a D. Emilio por intromisiones ilegítimas en su derecho al honor, por la publicación en su blog de varios artículos en los que reproducía un correo escrito por un tercero, con la imagen distorsionada del logotipo de la demandante al que se había añadido una esvástica, calificándola de nazi y cambiando su nombre por el de «Air Goebles», en alusión al ministro de propaganda nazi. El presidente de la compañía aérea había intervenido en un debate público con claras connotaciones políticas, al haber publicado un artículo en las revistas repartidas a sus pasajeros, sobre la política territorial española.

En su sentencia de 26 de febrero de 2010, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Blanes estima la demanda, pues, si bien entiende que el demandado no es el autor del escrito, considera que la inserción de éste en su blog contribuyó a la difusión del texto y de la imagen, haciendo suyas algunas de las expresiones, al no entrecomillarlas e invitar a la difusión por terceros. En la citada sentencia se condena a retirar esos contenidos, a no publicar comentarios equivalentes en el futuro y a publicar el texto íntegro de la sentencia en su blog, así como a indemnizar el daño moral producido a la empresa demandante.

En la sentencia de 14 de abril de 2011, la Audiencia Provincial de Girona desestima el recurso de apelación interpuesto por D. Emilio. Concluye que la previa polémica nacida de la publicación por el director de la compañía demandante de un artículo en el que menospreciaba la lengua catalana no justifica la afectación al prestigio profesional y la buena reputación, y con ello al honor, de la compañía, producida por las expresiones empleadas por el demandado. Como contestación a la actuación de dicho director, el demandado podría hacer ejercitado su libertad de expresión, pero no identificar a la compañía con un crimen humanitario. Además,

tiene en cuenta la mayor difusión alcanzada por los artículos del demandado, dada su trascendencia pública, por haber sido éste diputado y actualmente militante de un partido político catalán.

El Tribunal Supremo desestima asimismo el recurso de casación interpuesto por el demandado. En lo que a la ponderación del derecho al honor y la libertad de expresión se refiere, y concretamente en lo relativo a la medición de la proporcionalidad de las expresiones utilizadas, el Alto Tribunal sostiene que la circunstancia de la previa intervención del presidente de la compañía en la polémica sobre el uso del catalán no legitima cualquier ejercicio por el recurrente de su derecho a la libertad de expresión. Es legítimo efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de la conducta de la empresa, utilizando contenidos descalificadores, pero lo que excede del ámbito de la libertad de expresión protegido constitucionalmente es realizar este tipo de vinculación con el nazismo, que repugna a la sociedad actual. Más aún cuando, por un lado, la declaración se refiere a una empresa de Alemania, país en el que existe una especial sensibilización hacia esta cuestión por haber sufrido directamente el régimen nacionalsocialista; y, por otro lado, las expresiones ofensivas no se profirieron oralmente en el calor de un debate, sino con la meditación presumible de quien redacta un blog y además en reiteradas ocasiones. Por todo ello, la actuación del demandado se califica como intromisión ilegítima en la reputación corporativa de la empresa, susceptible de ser considerada una manifestación del derecho al honor. (*G. M. A.*)

**2. Ponderación del derecho al honor y la libertad de información. Vídeo colgado en internet en el que se pone en entredicho el carácter altruista de una asociación de defensa de víctimas del terrorismo y se lesiona la dignidad y la fama de su presidente y su esposa.**—El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito, pero está limitado por las libertades de expresión e información (SSTC 14/2003, de 28 de enero y 216/2006, de 3 de julio). En cita, entre otras, de las SSTC 6/1988, de 21 de enero, 105/1990, de 6 de junio, 320/1994, de 28 de noviembre y 53/2006, de 27 de febrero, el Alto Tribunal afirma que la Constitución española no reconoce un hipotético derecho al insulto, luego la noticia no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso o desproporcionado. En este sentido, cuando el ejercicio de la libertad de información comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Es precisamente el carácter de la libertad de información como garantía en la formación de una opinión pública libre, la que justifica la exigencia constitucional de la veracidad en el legítimo ejercicio de esta libertad, atendiendo al derecho de los ciudadanos a recibir información veraz, y rechazando la tutela constitucional de la transmisión de rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas, así como noticias gratuitas e infundadas. El requisito de la veracidad no implica al exigencia de

una rigurosa y total exactitud del contenido de la información, pero sí conlleva que no merezca protección constitucional la trasmisión de simples rumores, carentes de toda constatación, o de meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las averiguaciones propias de un profesional diligente, aunque la exactitud total de esa información pueda ser controvertida o contenga errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado. (STS de 15 de enero de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El presidente de una asociación representativa de las víctimas del terrorismo, su esposa y la propia asociación interpusieron una demanda contra la agencia de prensa responsable de la cadena de televisión y el nombre de dominio en cuyo ámbito se creó un vídeo luego difundido por una plataforma audiovisual de Internet, al director de esta agencia y al buscador de Internet que es titular de la citada plataforma, por considerar que el contenido audiovisual suponía una intromisión ilegítima en sus derechos a la imagen y al honor. En dicho vídeo, titulado «Lo que oculta...», seguido del nombre del presidente demandante y de la asociación, se daba a entender que el presidente y su esposa cobraban unas cantidades mensuales de la asociación, lo que se contraponía con imágenes de las cifras que se cobran en concepto de pensiones de viudedad, invalidez y orfandad por las víctimas del terrorismo.

Con fecha de 2 de junio de 2009, el Juzgado de Primera Instancia núm. 48 de Madrid dicta sentencia, en la que, tras haber quedado acreditado mediante prueba testifical que la información transmitida era falsa, ya que el presidente y su esposa no cobraban ningún sueldo, ni la asociación les pagaba en ningún concepto, se declara infringido el derecho al honor, pero no a la propia imagen, de los actores. El vídeo en cuestión transmite el mensaje de que los demandantes cobraban ingentes cantidades de la asociación en comparación con el importe de las pensiones de las víctimas del terrorismo y sus familiares, lo que supone la imputación de hechos que lesionan su dignidad y menoscaban su fama, afectando asimismo a la asociación, al poner en entredicho el carácter altruista de ésta. Se condena a los demandados a pagar una indemnización de los daños y perjuicios y a publicar el texto íntegro de la sentencia en iguales condiciones que el vídeo que originó el litigio. La desestimación de la demanda en lo que a la alegación referida al derecho a la propia imagen se refiere se funda en que las imágenes del vídeo se refieren a personas con proyección pública y habían sido captadas durante actos públicos, como son las manifestaciones.

La agencia de prensa demandada y su director interponen recurso de apelación, que es parcialmente estimado por la sentencia de 16 de febrero de 2010 de la sección 25.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, en el sentido de revocar el pronunciamiento de condena del director y absolverle de las pretensiones deducidas contra él. Entiende que la agencia de prensa había admitido en juicio que el vídeo fue realizado por uno de sus colaboradores y que su alegación de haber perdido el control de dicho vídeo no llegó a ser probada por la recurrente. Además, sostiene la Audiencia Provincial que el administrador no ha de tenerse por responsable de la intromi-

sión ilegítima, pues los demandantes no le imputan a él los actos lesivos de su honor, sino a la sociedad que representa. Al igual que el Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia concluye que, a pesar de la proyección pública del presidente demandante, éste no tiene la obligación de soportar la atribución de conductas consideradas socialmente inmorales, superando los límites de la libertad de expresión, pues no se trata de una opinión o juicio de valor, sino de la noticia sobre una conducta objetivamente rechazable.

Contra dicha sentencia, la agencia de prensa interpone recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo. Entiende el Alto Tribunal que el juicio de ponderación realizado por la sentencia recurrida se ajusta satisfactoriamente a las pautas fijadas por su jurisprudencia anterior. Se funda en que el autor del vídeo no realizó con carácter previo una labor de averiguación y exposición objetiva de los hechos sobre los que versa la información contenida en ese vídeo con la diligencia exigible a un profesional de la información, a pesar de que este deber adquiere su máxima intensidad cuando el contenido transmitido supone un descrédito en la consideración de la persona a la que se refiere. La personalidad pública y la protección pública del demandante no excluyen la intromisión en su derecho al honor cuando la información difundida es falsa, aunque sí la puedan atenuar. (*G. M. A.*)

**3. Libertad de información versus derecho al honor y a la intimidad.**—El derecho a la libertad de información está reconocido en el artículo 20.1.a) y d) CE y el derecho al honor y a la intimidad en el artículo 18.1 CE, como derechos fundamentales. La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información pues no comprende, como ésta, la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. 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.

El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal, entendida como la apreciación que los demás pueden tener de una persona, independientemente de sus deseos, impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquélla. El reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida, evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada.

El derecho al honor y a la intimidad personal y familiar se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. Cuando se produce un conflicto entre tales derechos, debe acudir a técnicas de ponderación cons-

titucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Se trata de examinar la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso.

La técnica de la ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. La ponderación: a) 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, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático; b) debe tener en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática.

La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo a los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde esta perspectiva, la ponderación debe tener en cuenta si la información o la crítica tiene relevancia pública o interés general en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH. Si existe relevancia pública o interés general de la noticia, prevalecerá el derecho a la libertad de información y de expresión.

Ahora bien, para que la libertad de información pueda prevalecer sobre el derecho al honor, se exige que la información cumpla el requisito de la veracidad. Por veracidad debe entenderse el resultado de una diligencia razonable por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso aun cuando la información, con el paso del tiempo pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada. Además, 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 Constitución no reconoce un hipotético derecho al insulto. Por otro lado, cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no sólo al personaje público, sino también a terceras personas, debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a éstas está justificada por razón de su carácter accesorio en relación con el personaje público al que se refiere, la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate y la aceptación por el tercero de su relación con la persona afectada como personaje público.

En relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el interés público en los aspectos que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión. Cuando la información afecta a la intimidad, es preciso que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta el contenido de la información que, pese a ello, la soporten, en aras del conocimiento general. Tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia.

Finalmente, hay que 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 permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico. **(STS de 10 de diciembre de 2013; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—P interpuso demanda por la existencia de intromisión ilegítima en su derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, por las manifestaciones que G hizo en el programa de televisión V. Solicitó una indemnización y que se condenara a la cadena a difundir el encabezamiento y el fallo de la sentencia en el mismo espacio o en los espacios que sustituyan en el futuro a dicho programa.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, argumentando que el demandante tiene proyección pública y ha potenciado su popularidad al hablar de sí mismo y de sus relaciones sentimentales en la prensa rosa. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación del actor. Entendió que el codemandado atentó gravemente contra la dignidad del demandante y le hizo aparecer como una persona degradada mentalmente, necesitado de un médico, maltratador de su pareja, íntimamente relacionado con las drogas y ladrón. Estas manifestaciones no se pueden amparar en el derecho a la información y aunque el actor sea un personaje popular y utilice esa popularidad mediante la cesión de su imagen para obtener ingresos, no lo convierte en un ser sin dignidad, al que se podía insultar. Considera que no existió información, sino un espectáculo sin interés informativo, dirigido al entretenimiento de la audiencia, mediante el escarnio, la burla y los insultos.

Los demandados interpusieron recurso de casación, alegando la vulneración del derecho a la libertad de expresión. Argumentos: a) las manifestaciones del recurrente deben examinarse en función de la libertad de expresión y no fueron ofensivas ni injuriosas, pues eran opiniones del recurrente para matizar informaciones que previamente habían sido difundidas por otros medios de comunicación; b) el actor tiene relevancia pública; c) los programas de crónica social tienen interés informativo; d) son aplicables los actos propios del demandante al permitir en innumerables ocasiones anteriores el acceso y la difusión de su vida privada.

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación, entendiendo que la libertad de información y expresión sólo prevalece sobre el derecho a la intimidad, pero no respecto del derecho al honor. Desde el punto de vista abstracto, dado que estamos en presencia del ejercicio de la libertad de expresión e información: 1) debe partirse de la prevalencia de estos derechos frente a los derechos al honor y a la intimidad del actor por ejercitarse por profesionales de la información en el cauce de los medios de comunicación; 2) es menester aplicar la técnica de la ponderación.

Haciendo un examen del peso de todos estos derechos, el Tribunal Supremo llega a las siguientes conclusiones. En primer lugar, el demandante es una persona con proyección pública, en el sentido de que goza de gran celebridad y conocimiento público, pero éstos derivan del hecho de ser hijo de un conocido matador de toros y de una famosa cantante y hermano de toreros, y goza de celebridad

por su aparición en los medios informativos dedicados a la crónica social. El interés general de la información, en consecuencia, deviene del interés que suscita el conocimiento de la vida de personas con notoriedad pública social. Por tanto, el interés suscitado es muy escaso, si tenemos en cuenta que el programa donde se hicieron las programaciones no es de debate político, sino meramente de entretenimiento.

En segundo lugar, el requisito de la veracidad no tiene relevancia cuando las manifestaciones enjuiciadas contienen en su mayor parte comentarios personales, opiniones y juicios de valor del code mandado. El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones no es el de la veracidad, sino el de la relevancia pública del hecho divulgado. En tercer lugar, hay que analizar la proporcionalidad de las expresiones utilizadas. El carácter vejatorio y desproporcionado de éstas lleva al Tribunal Supremo a considerar de mayor relevancia en este caso el derecho al honor sobre la libertad de expresión, pues agravan innecesariamente la dignidad del demandante. Por tanto, suponen un atentado a su honor por el público y notorio descrédito que dicha conducta merece en la sociedad. En cuarto lugar, el Tribunal Supremo considera que el goce de notoriedad pública y el hecho de que se hubiera podido consentir en ocasiones determinadas la revelación de aspectos concretos propios de su vida personal no privan al afectado de la protección de estos derechos fuera de aquellos aspectos a los que se refiera su consentimiento y sólo tiene trascendencia para la ponderación en el caso de que se trate de actos de sustancia y continuidad suficientes para revelar que el interesado no mantiene un determinado ámbito de su vida reservado para sí mismo o su familia (art. 2 LPDH). Esta circunstancia sólo concurre cuando el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico.

El Tribunal Supremo concluye que no se ha producido ninguna invasión en su ámbito de intimidad, pues no se han revelado datos que no fueran conocidos anteriormente por el público por haber sido ya objeto de tratamiento informativo. En este punto resulta de especial relevancia toda la actividad llevada a cabo por el recurrido en su relación con este tipo de prensa, pues el grado de consentimiento en la inmisión en su vida privada a través de la concesión de entrevistas y declaraciones en relación con su vida amorosa es lo que hace que el peso en este caso de la libertad de información sea mayor. En cambio, entiende que se ha producido una intromisión en su derecho al honor.

NOTA.—El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo se han pronunciado muchas veces sobre el conflicto entre el derecho a la información y expresión y el derecho al honor y la intimidad. Sobre la libertad de expresión como más amplio que la libertad de información, *vid.* SSTC 104/1986 y 139/2007. Sobre la distinción entre la libertad de expresión y la libertad de información, *vid.* SSTC 29/2009 y 77/2009. Sobre la necesidad de separar los elementos valorativos y los informativos, *vid.* SSTC 107/1988, 105/1990 y 172/1990. Sobre el concepto del derecho

al honor, *vid.* SSTC 14/2003 y 216/2006. Sobre el concepto del derecho a la intimidad personal y familiar, *vid.* SSTC 231/1988, 197/1991 y 115/2000). Sobre la limitación del derecho al honor y a la intimidad por la libertad de expresión o de información, *vid.* SSTC de 12 de noviembre de 2008, 19 de septiembre de 2008, 5 de febrero de 2009, 19 de febrero de 2009, 6 de julio de 2009, 4 de junio de 2009, 10 de noviembre de 2010, 25 de enero de 2011, 16 de enero de 2009, 15 de enero de 2009 y 6 de noviembre de 2003. Sobre la libertad de crítica como elemento incluido en la libertad de expresión, *vid.* SSTC 6/2000, 49/2001 y 204/2001. Sobre la técnica de ponderación de los distintos derechos en colisión, *vid.* SSTC 68/2008, 139/2007, 29/2009 y 76/2002; y SSTC de 17 de diciembre de 1997, 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, 19 de julio de 2004 y 6 de julio de 2009. Sobre el insulto como no comprendido en la libertad de expresión, *vid.* SSTC 112/2000, 99/2002, 181/2006, 9/2007, 39/2007 y 56/2008; y SSTC de 18 de febrero de 2009 y 17 de junio de 2009. Sobre la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho al honor y la intimidad cuando es ejercida por profesionales de la información, *vid.* SSTC de 16 de noviembre de 2009 y 16 de octubre de 2012. Sobre el interés público de la vida privada de personas que gozan de notoriedad, *vid.* SSTC de 3 de noviembre y 16 de diciembre de 2010, 21 de marzo, 25 de abril y 7 de diciembre de 2011. Sobre la conducta del afectado y la afectación a su derecho a la intimidad, *vid.* SSTC de 6 de noviembre de 2003 y 18 de abril de 2012. (*S. L. M.*)

**4. El deber de veracidad de los informadores.**—El requisito sobre la veracidad de la información a que se refiere el artículo 20.1.d) CE, no implica una exigencia de total exactitud en la información. Consiste, más bien, en negar la garantía o protección constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones. Debe haber una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales y confirme a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada o ampliada. (**STS de 2 de diciembre de 2013**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—La demandada AD, en su condición de editora y distribuidora de una revista, había publicado, en octubre de 2005, un artículo en el que se hacía eco de la resolución adoptada por el INC por la que se acordaba excluir a la actora AU del Libro Registro de Asociaciones, aprovechando la noticia para divulgar falsas informaciones y opiniones injuriosas. Con posterioridad a la publicación de dicho artículo, AU interpuso frente a dicha decisión recurso contencioso-administrativo, solicitando la adopción de la medida cautelar consistente en dejar sin efecto la expulsión indicada hasta que recayera sentencia sobre el fondo del asunto, medida

que fue adoptada por auto de octubre de 2006. A pesar de conocer la adopción de esta medida cautelar, AD publicó en su página web la señalada noticia, a sabiendas de que no se correspondía con la realidad. La actora considera que se ha producido una intromisión ilegítima en su honor.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. En primer lugar apuntó que la exclusión de la demandante del Libro Registro de Asociaciones por decisión del Ministerio de Sanidad y Consumo es un hecho que afecta de forma muy relevante a la consideración pública de la entidad actora. Sin embargo distingue, por un lado, el artículo publicado en octubre de 2005 en la editorial, y, por otro lado, el mensaje de la página web. En el primero el hecho noticiable es relevante e indiscutiblemente cierto y veraz, y si bien junto al hecho puramente informativo se añaden elementos de indudable carácter valorativo, sirven para sustentar la crítica que dirige a la asociación y a su presidente. En cuanto al segundo, surge de la publicación de una noticia que fue cierta en su momento pero que, a partir del auto de medidas cautelares de octubre de 2005, ya no lo es, y por tanto ya no responde a la realidad, y deja de ser de interés público por el propio transcurrir del tiempo, careciendo en consecuencia del requisito de veracidad y de trascendencia pública para que pueda resultar amparada por la libertad de información y expresión. En apelación, la Audiencia Provincial confirma la sentencia del Juez de Primera Instancia.

La demandada interpone recurso de casación alegando: 1) infracción del artículo 18.1 CE, en relación con el artículo 10 CE, señalando que se ha respetado el principio de veracidad y que en ningún momento se ha tildado por AU de incierto o falso lo puesto de manifiesto por AD, puesto que únicamente se ha centrado en el desfase temporal de la nota de prensa; 2) inaplicación del artículo 20.1.a) y d) CE, en relación con el artículo 24 CE, al entender que la libertad de información y expresión son prevalentes sobre el derecho al honor, máxime al tratarse de personas jurídicas y la información difundida es veraz y contrastada; 3) infracción de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta.

Por su parte, la demandante alega en su escrito de oposición al recurso: a) no concurre el requisito de la veracidad que incumbe al informador; b) la información controvertida tuvo un acceso general y abierto al público mediante la página web principal de AD, por lo que resulta evidente que se ha cometido una intromisión ilegítima al honor de AU y se ha producido un daño.

El Tribunal Supremo estima el recurso en base a los siguientes argumentos. En primer lugar, no puede negarse el interés público de la información publicada en la página web cuestionada. Acto seguido, afirma que la información divulgada es, en esencia, veraz. El núcleo de la información contenida en la página web fue la exclusión de AU del Registro de Asociaciones por el INC, decretada en virtud de una resolución administrativa, resultando plenamente identificada la fuente y origen de la información así como su carácter fidedigno. No cabe imponer al informador la obligación de relatar todos los avatares del procedimiento contencioso-administrativo y entender que de no hacerlo así se incumple el deber de

veracidad. Según el Tribunal Supremo, la información cumple la exigencia de contraste o verificación necesaria, y si bien no se hace alusión a que posteriormente de manera cautelar fue dejada sin efecto, este extremo por sí solo no puede comportar la falta de veracidad de la información, pues el procedimiento entablado se hallaba pendiente de resolución y, en consecuencia, la sanción había existido y podía ser confirmada. Así pues, la exigencia de contraste o verificación de la información difundida debe considerarse cumplida.

NOTA.—Sobre el deber de veracidad del informador como resultado de una razonable diligencia para contrastar la noticia, se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional en sus sentencias 139/2007 y 29/2009. Lo infringen aquellos que se comportan de manera negligente e irresponsable, al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras insinuaciones. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en otras tantas sentencias: 105/1990, 171/1990, 172/1990, 143/1991, 197/1991, 40/1992, 85/1992 y 240/1992. (S. L. M.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATO. RESPONSABILIDAD CIVIL

**5. Las obligaciones sometidas a condición.**—Conforme al artículo 1114 CC, la adquisición de los derechos en las obligaciones condicionales, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición. Este precepto contiene el concepto básico de «obligación condicional», distinguiendo según estemos ante condición suspensiva o resolutoria. En el primer caso, se adquieren los derechos si se cumple la condición. En el segundo caso, se pierden los derechos si se produce el acontecimiento que constituye la condición. Finalmente, el artículo 1117 CC prevé el supuesto de que la condición suspensiva no llegara a cumplirse, en cuyo caso la obligación no despliega su eficacia. (STS de 19 de diciembre de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol.]

HECHOS.—La empresa M interpone demanda contra la empresa J, por la que se solicitaba que se declarara extinguido y sin efecto alguno el contrato privado de permuta de solar por vivienda, de 3 de agosto de 2005, elevado a escritura pública el 16 de marzo de 2006, por incumplimiento de la condición suspensiva pactada con la demandada, que consistía en que la aprobación del Plan Parcial de la zona debía producirse antes del 30 de diciembre de 2007. Solicitó también la devolución de la cantidad entregada como contraprestación parcial por la permuta, más una cantidad en concepto de daños y perjuicios sufridos.

Según la estipulación 9.<sup>a</sup> del contrato, si por cualquier circunstancia debida al cedente o cualquier tercero no se llegase a aprobar el Plan Parcial de la zona antes de la fecha pactada, la parte cedente deberá reintegrar a la cesionaria las cantidades efectivamente percibidas incrementadas con el interés legal del dinero, sin perjuicio de los daños y perjuicios que pudieran derivarse. Por burofax de 31 de diciembre de 2007, la actora comunicó a la demandada el incumpli-

miento de la condición, la extinción del contrato y la devolución del dinero. El burofax fue contestado por J el 16 de enero de 2008, negando el incumplimiento, reclamando una cantidad de dinero que dice deber la actora, y amenazando con resolver el contrato.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron las pretensiones de la actora, al considerar que no se había producido incumplimiento por la demandada por el hecho de que el Plan Parcial no se aprobase en la fecha acordada en el contrato. Además, entienden que hay incumplimiento por la actora, por no haber removido los obstáculos para la aprobación del Plan Parcial.

El actor interpuso recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 1114 y 1117 CC, así como la jurisprudencia que los desarrolla, relativos a las obligaciones condicionales y sus efectos en el contrato donde se pacten y el deber de atender al sentido literal de las cláusulas del contrato. Alega el recurrente que no se ha interpretado debidamente la expresión «cualquier tercero» de la cláusula contractual, como responsable de no aprobarse el Plan Parcial antes del día 30 de diciembre de 2007, distinto al cedente. La sentencia del Juez de Primera Instancia atribuye la no aprobación del Plan a la Administración actuante, y desestima la demanda por no ser el demandado quien ha incumplido el contrato. Por el contrario, la sentencia de apelación señala que no puede tenerse por tercero al Ayuntamiento, pues de haberse previsto tal posibilidad, la misma se hubiera reflejado en el contrato. Según el actor, la sentencia recurrida se aparta sin justificación del tenor literal del contrato, al excluir de la consideración de tercero al Ayuntamiento. Éste es el ente público encargado de la tramitación del Plan Parcial y claramente es un tercero en el sentido apuntado en la cláusula. Por otro lado, se aparta también de la intención de los contratantes, pues, para la actora la aprobación del Plan era esencial, tal como se puso de manifiesto en la cláusula.

El Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso de casación. Entiende que la estipulación señalada establece una condición resolutoria, por lo que el contrato despliega su eficacia a partir del momento de su celebración, pero, cumplida la condición en la fecha prevista (30 de diciembre de 2007), el contrato pudo resolverse si el Plan Parcial no se aprobaba. Y, efectivamente, quedó resuelto. En cuanto a la condición de tercero responsable, puede ser que lo fuera el Ayuntamiento. Sin embargo, no es tanto que no pueda tenerse por tercero al Ayuntamiento, sino que la actora no consiguió en ese tiempo remover los obstáculos para la aprobación del Plan. Se produce, por tanto, un incumplimiento de la propia actora, pero no de la condición resolutoria voluntariamente asumida por ambas partes. Cabe aplicar, por tanto, el artículo 1119 CC: hay que tener por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento.

NOTA.—La interpretación realizada en esta sentencia por el Tribunal Supremo ya fue reproducida en otra de 17 de marzo de 1941. En aquel momento, estableció, interpretando el artículo 1118 CC, que debe tenerse por no acontecido el hecho puesto como condición resolutoria cuando el deudor para el que no fuese aquélla

potestativa la provoca o produce injustificadamente de manera que no hacerlo así no se habría verificado. (S. L. M.)

**6. Contratos. Resolución por incumplimiento. La categoría del incumplimiento esencial en la dinámica de la resolución contractual por incumplimiento. Elementos conceptuales.**—La categoría del incumplimiento esencial se aleja de la variante de la prestación debida para residenciarse en la coordenada de la satisfacción del interés del acreedor, cuyo centro de atención no se sitúa tanto en el alcance del incumplimiento de los deberes contractuales, sino en el plano satisfactivo del cumplimiento configurado en orden a los intereses primordiales que justificaron la celebración del contrato y que se instrumentan, por lo general, a través la base del negocio, la causa concreta del contrato o la naturaleza y características del tipo contractual llevado a cabo; conceptos que concuerdan con expresiones al uso tales como la de «todo aquello que cabe esperar en virtud del contrato» tan común en la formulación de los textos de armonización (PECL, DCFR, UNIDROIT), o en terminología más jurisprudencial, respecto de la frustración del «fin práctico» perseguido, de la finalidad buscada o de las «legítimas expectativas» planteadas.

**Incumplimiento esencial del contrato con efectos resolutorios. Directrices diferenciadoras en su régimen aplicativo frente al incumplimiento prestacional.**—La categoría del incumplimiento esencial responde a un notable grado de especialización en su régimen aplicativo en la medida en que su interpretación no opera en el mismo plano valorativo que el de los denominados incumplimientos prestacionales. El incumplimiento esencial no se centra tanto en la exactitud o ajuste de la prestación realizada como en la perspectiva satisfactiva del interés del acreedor que informó o justificó la celebración del contrato, por lo que su interpretación se amplía al plano causal del contrato y a la instrumentación de la base del negocio, causa concreta del mismo. Desde esta perspectiva los tradicionales conceptos de «gravedad» y «esencialidad» no resultan asimilables puesto que el segundo podrá alcanzar a todo tipo de prestaciones contractuales, sean éstas principales, accesorias o complementarias, siempre que fueran determinantes para la celebración o fin del contrato suscrito; a diferencia del concepto de «gravedad» que en la dinámica resolutoria tradicional se refiere exclusivamente a las prestaciones principales. De esta suerte, el régimen del incumplimiento esencial, como justificante de la resolución contractual, no está condicionado por el principio de la reciprocidad inherente a la naturaleza sinalagmática de la relación obligatoria, sino que puede extenderse al ámbito de obligaciones que no formen parte del sinalagma en sentido estricto, como pueden ser las obligaciones accesorias o las de carácter meramente complementario. Y ello porque el incumplimiento esencial se proyecta como una valoración o ponderación de la idoneidad de los resultados, beneficios o utilidades que lógicamente cabía esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado. (STS de 18 de noviembre de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La mercantil UCSA suscribió un contrato de servicios con LPG, S. L. con un complejo diferenciado de múltiples prestaciones que, en lo esencial, se proyectaban a la gestión de los intereses de la primera mediante actividades de promoción de

suelo y desarrollo inmobiliario llevadas a cabo por la segunda. En el contrato se reglamentaron los elevados pagos que debían hacerse por los servicios, incluso cuando las operaciones eran realizadas directamente por UCSA, así como los gastos de las gestiones y la indemnización en caso de resolución contractual. Sin embargo, en el escaso año y medio que duró el contrato LPG apenas llevo a cabo actuaciones de promoción, salvo asistir a algunas reuniones y comunicar a ciertas personas las ofertas comerciales de UCSA. Por ello, ésta decidió dar por resuelto, por falta de cumplimiento, el contrato. LPG interpuso demanda reclamando la indemnización prevista en el contrato al entender que no concurría el incumplimiento denunciado por UCSA. El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción al considerar que existía solamente un cumplimiento defectuoso del contrato que no justificaba su resolución. La Audiencia Provincial acogió el recurso de apelación pues con vino en que, dados los altos costes del contrato para la demandada y los pingües beneficios para la actora, la escasa actividad desplegada por ésta última determinaban un incumplimiento esencial del contrato. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la actora.

NOTA.—Con esta sentencia el Tribunal Supremo sienta las bases para diferenciar entre la resolución contractual por incumplimiento de prestaciones y la que procede cuando, más allá de la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato, el incumplimiento ha de calificarse como esencial. Recoge así la tendencia dominante en el derecho europeo de los contratos (Principios Europeos, 8:103; Marco Común de Referencia, 3:502; y Principios UNIDROIT, 7.3.1) y los intentos renovadores en el Derecho interno español (Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, artículo 1199). Para un estudio más detenido de la cuestión, v. MORALES MORENO, A. M. *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006; FENOY PICÓN, N. «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», ADC (2010-I), pp. 47-136; y CLEMENTE MEORO, M. 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», BMJ n.º 2131 (2011), pp. 1-19. (*L. A. G. D.*)

**7. Contrato de obra. Defectos de construcción. El arrendatario financiero de un solar que promueve la construcción ostenta la legitimación activa de las acciones previstas en el artículo 17 LOE.**—Conforme al artículo 17 LOE la legitimación activa corresponde al propietario o dueño de la obra, que ordinariamente coincidirá con el propietario del inmueble, pero en ocasiones puede corresponder con quien goza de facultades para promover la edificación y usar o explotar lo construido durante un tiempo significativo, con vocación además de llegar a adquirir la propiedad del inmueble, como es el caso del arrendatario financiero.

**El artículo 17 LOE sustituye, para los llamados agentes de la edificación, al anterior régimen de responsabilidad por ruina previsto en el artículo 1591 CC.**—La LOE no ha venido a superponer al régimen anterior de responsabilidad por ruina del artículo 1591 CC, el previsto en el artículo 17 LOE para los llamados agentes de la edificación, sino a sustituirlo, sin perjuicio de la subsistencia de las acciones de responsabilidad contractual.

**Vicios derivados del incumplimiento de la normativa anti-incendios.**—Los vicios derivados del incumplimiento de la normativa anti-incendios no pueden incluirse en el ámbito de responsabilidad del artículo 17.1 b) LOE. (STS de 27 de diciembre de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La actora demanda por unos defectos constructivos de insonorización e incumplimiento de la normativa anti-incendios de un hotel para el que se había solicitado la licencia de obra con posterioridad a la entrada en vigor de la LOE. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al acoger la excepción de falta de legitimación activa al entender que la demandante no era propietaria sino arrendataria financiera. Por otro lado también puso de manifiesto la prescripción de las acciones de la LOE. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y condena a todos los demandados. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación de los agentes de la construcción que habían sido condenados por la Audiencia con fundamento en el artículo 1591 CC y desestima el recurso de los otros porque a pesar de haber prescrito la acción derivada de la LOE estaban ligados por medio de un contrato con la parte actora

NOTA.—El artículo 17.1 LOE regula de manera expresa la legitimación activa de «los propietarios y terceros adquirentes de los edificios» para reclamar en caso de defectos o vicios constructivos. La doctrina mayoritaria (Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, González Poveda, Seijas Quintana) niega la legitimación de los arrendatarios o titulares de derechos de usufructo uso o habitación. La STS de 10 de octubre de 2013 negó legitimación al titular de un servidumbre de paso por no ostentar la condición de propietario del inmueble. En esta STS de 27 de diciembre de 2013 se reconoce legitimación al arrendatario financiero. (C. O. M.)

**8. Contratos. Representación aparente. Eficacia del apoderamiento tácito y del mandato aparente frente al tercero de buena fe.**—El apoderamiento tácito, esto es, deducido de hechos concluyentes, se da cuando las actitudes o comportamientos, en un contexto relacional determinado, revelan inequívocamente la voluntad de dar vida a un contrato de mandato; y el mandato aparente concurre cuando el mandante, con su comportamiento, genera en el tercero con quien se relaciona la convicción de la existencia del mandato, corroborado además por la actitud del mandatario, quien actúa frente al tercero bajo esta apariencia de representación. En el primer caso hay verdadero mandato; en el segundo, aunque no existe, la apariencia generada frente al tercero de buena fe provoca que no pueda verse perjudicado por la ausencia de poder de representación (STS de 27 de noviembre de 2012). Esto exige que el tercero haya fundado su creencia de buena fe no en meros indicios sino

en la consistencia de una situación objetiva, de tal significación o fuerza reveladora que el haberla tomado como expresión de la realidad no puede imputársele como negligencia descalificadora (STS de 14 de abril de 2008). **(STS de 20 de noviembre de 2013; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—La empresa inmobiliaria AGI, S. L. suscribió un acuerdo con la entidad bancaria CES, que venía financiando sus operaciones de edificación y venta de inmuebles. Mediante este acuerdo, el director de la sucursal en la que se solían realizar sus tratos se obligó, en documento privado y en nombre del banco, a comprar un local en el bajo de un edificio de próxima construcción. Llegado el momento, la promotora reclamó la elevación a escritura pública del contrato de compraventa y el pago del precio acordado. Desde la dirección central de la entidad se negó la existencia del contrato, aduciendo que se trató simplemente de negociaciones preliminares y oponiendo que el director de la sucursal no ostentaba competencia ni representación para llevar a cabo tal clase de contratos en nombre de la entidad. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta por la promotora. La Audiencia Provincial de Lleida estimó el recurso de apelación de la actora y condenó al banco a la elevación a escritura pública del acuerdo contractual, al pago del precio acordado así como a determinados gastos derivados de la falta cumplimiento. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la demandada por infracción procesal, pero al entrar en el fondo acogió la apelación planteada por la actora. (*L. A. G. D.*)

**9. Responsabilidad civil de abogado de oficio: acción indemnizatoria por daños corporales en rodaje de película: falta de prueba del daño.**—El letrado demandado fue designado para intervenir en la fase de interposición de un recurso extraordinario (por infracción procesal) que ya había sido preparado por el compañero que le precedió en la defensa de los intereses del actor. Esta circunstancia condicionaba su actuación profesional, pues en el régimen procesal entonces vigente, anterior a la reforma introducida por la Ley 37/2011, de 10 octubre, de medidas de agilización procesal, era en la fase de preparación (que la reforma eliminó), cuando debía concretarse la infracción normativa. En consecuencia, el abogado demandado no dispuso de una absoluta libertad para elegir los recursos con los que hacer frente a la decisión desestimatoria de la instancia. Ni siquiera podía elegir la fundamentación del recurso previamente preparado. A la hora de valorar jurídicamente la conducta del mismo, en orden a imputarle una negligencia determinante de la pérdida de una oportunidad procesal para el demandante, se ha de atender únicamente a las consecuencias que derivaron de la falta de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal por infracciones denunciadas en preparación, sin que proceda poner a cargo del letrado demandado la pérdida de una hipotéticas consecuencias positivas vinculadas a un recurso de casación que no podía interponer por no haber sido previamente preparado o a un recurso extraordinario por infracción procesal fundado en infracciones muy distintas de las muy genéricamente indicadas en el escrito preparatorio.

Aunque en el escrito preparatorio no se concreta cuál de los cuatro ordinales del apartado 1 del artículo 469 LEC es el elegido, el hecho de que se funde en la infracción de las normas reguladoras de la sentencia a la que alude el ordinal 2.º, permite en buena lógica considerar que fue este ordinal la vía de acceso elegida. Llegados a este punto, debe recordarse que constituye constante doctrina de esta Sala (entre las más recientes SSTs de 15 noviembre 2010, 4 de enero y 5 marzo 2013) que no es posible por vía de recurso extraordinario por infracción procesal utilizar el cauce del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC, referido a la vulneración de las normas procesales reguladoras de la sentencia, para denunciar cuestiones de prueba ajenas a la carga de la prueba, como son las relativas a la valoración de las pruebas efectivamente practicadas. En consecuencia, esta Sala viene inadmitiendo por carencia manifiesta de fundamento los recursos extraordinarios por infracción procesal en los que se utiliza el cauce de dicho ordinal 2.º para plantear una nueva valoración de prueba.

En estas circunstancias, aunque por razones no idénticas a las expuestas por el tribunal sentenciador, debe considerarse ajustado a Derecho el fallo recurrido, pues solo puede responsabilizarse al abogado demandado por lo que podía hacer pero no por lo que escapaba de sus posibilidades, habida cuenta de que su actuación profesional venía condicionada por la actuación profesional de la letrada que le precedió y que renunció a su defensa. Lo determinante para confirmar el fallo recurrido y descartar la responsabilidad del letrado demandado es que bajo la apariencia de la vulneración de normas reguladoras de la sentencia el recurso se preparó en realidad para lograr la revisión del juicio probatorio, pretensión que sólo puede encauzarse por el ordinal 4.º del artículo 469.1 LEC, vía de acceso que, al no ser utilizada en la fase preparatoria, tampoco habría podido serlo en la de interposición, siendo así que ni siquiera de haberse interpuesto por esta última habría superado la fase de admisión. De esto se sigue que la no interposición por el demandado del recurso extraordinario por infracción procesal, no determinó la frustración del derecho a la indemnización que se reclamaba en aquel anterior litigio porque, dada la preparación realizada por la letrada que le precedió, en ningún caso estaba abierta la posibilidad de que esta Sala revisara en beneficio del recurrente el juicio fáctico en el que se fundó el fallo desestimatorio de la acción de responsabilidad derivada del accidente. (**STS de 19 de noviembre de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Parece inferirse de este complejo y dilatado proceso (los hechos básicos se remontan a 1995), que la acción debió dirigirse contra la letrada, designada inicialmente por el actor, y que renunció una vez interpuesto el recurso de casación con incorrecta fundamentación, sin que consten las causas de la renuncia, la cual originó la designación de abogado de oficio, frente al cual se ejercita ahora la acción de responsabilidad. En ambas instancias se desestima la demanda, aunque con diverso fundamento, que también modifica el Tribunal Supremo, aunque confirma el fallo. Entre la jurisprudencia reciente, la STS de 28 de junio de 2012 declara la negligencia profesional del abogado que ejercitó acciones prescritas en el caso del fallecimiento por accidente de trabajo de tres obreros de una empresa subcontratada (anotada en ADC, 2014, pp. 349-352), con lejana analogía con el actual. (*G. G. C.*)

**10. Productos defectuosos: implante de sustancias para corregir arrugas: responsabilidad del distribuidor: legislación aplicable.**—En razón a la fecha de ocurrir los hechos la normativa aplicable es anterior a la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias. Regía entonces la Ley 26/1984, de 19 julio, general de defensa de los consumidores y usuarios, y, en su caso, la Ley 22/1994, de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. El implante facial, cuya difícil extracción ocasionó el daño objeto de la indemnización pretendida, también debe incluirse en la noción de *producto* de la Ley de 1994 (*todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble*). En concreto, se trata de un producto sanitario implantable activo, definido por el artículo 2.c) del RD 1616/2009, como *cualquier producto sanitario activo destinado a ser introducido total o parcialmente, mediante intervención quirúrgica o médica, en el cuerpo humano, o mediante intervención médica, en un orificio natural, y destinado a permanecer después de dicha intervención*.

**Producto defectuoso.**—El artículo 3 de la Ley de 1994 entiende por *producto defectuoso* aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. En este caso, la acción de responsabilidad exigida contra el suministrador del producto no se basa en la prestación de un servicio médico para su implantación ni para su extracción, sino en que el producto implantado era difícilmente extraíble y cuando fue necesario extraerlo, a consecuencia de un rechazo, se ocasionaron los daños cuya indemnización se pretende. En la sentencia recurrida se considera acreditado que el producto fue comercializado bajo la información publicitaria de que se trataba de un implante fácilmente extraíble. Al tratarse de un producto defectuoso, no resultaban de aplicación los artículos 25 a 28 LGDCU 1984, pero nada obsta para que, tal y como también se había solicitado en la demanda, pueda justificarse la responsabilidad de las demandadas al amparo del régimen general de responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 CC, como ya declaró la STS de 27 de febrero de 2012, a partir de la concurrencia de un daño causalmente vinculado a una acción u omisión culposa, en este caso de las suministradoras del producto. Requisitos que han de ser objeto de prueba suficiente.

**Prueba.**—Ha quedado acreditado en la instancia que los daños y perjuicios sufridos por la demandante derivan de la dificultad de extraer totalmente el implante facial. También consta la incidencia de la conducta de los demandados en la causación de este daño, al haber suministrado el producto implantado a la demandante y haberlo hecho bajo la información general de que era fácilmente extraíble, cuando está acreditado que ya tenían conocimiento de algún incidente adverso derivado de la extracción. El suministro del implante se hizo con el riesgo de que, en caso de ser necesaria su extracción, no pudiera realizarse fácilmente sin ocasionar un perjuicio a la paciente a quien se implantaba, y este riesgo priva al producto de la seguridad que legítimamente cabría esperar cuando se implanta. Los demandados, al no advertir de este riesgo, incurrieron en una falta de diligencia que justifica el reproche subjetivo exigido para que pueda estimarse su responsabilidad.

**Doctrina de la equivalencia de resultados.**—Ha recordado la STS de 11 de junio de 2013 que no puede surtir efecto un motivo que no determine una

alteración del fallo recurrido pues el recurso no procede cuando la eventual aceptación de la tesis jurídica del recurrente conduce a la misma situación contenida en la sentencia recurrida, incluso cuando no es correcta la doctrina seguida por la sentencia impugnada si la estimación del recurso no produce una modificación del fallo. No procede, en consecuencia, acoger el recurso cuando, pese al fundamento de alguno de los motivos que lo sustentan, el fallo debe ser mantenido con otros argumentos (SSTS de 11 de octubre de 2006, 10 de diciembre de 2008 y 3 de junio de 2009). **(STS de 25 de noviembre de 2013; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

NOTA.—El caso aquí resuelto muestra una de las paradojas que a veces ofrece la legislación consumerista, a saber, reducir en último término la protección jurídica del consumidor. Ante la habilidosa argumentación de los dos suministradores del implante cuestionado, el Tribunal Supremo recuerda una obviedad, a saber que sigue en vigor el régimen general de responsabilidad por los daños causados del artículo 1902 CC cuyos requisitos se cumplían en el caso. (G. G. C.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**11. Retracto de comuneros: el plazo para ejercer la acción se inicia el día de la consumación del contrato.**—El hecho determinante del nacimiento del derecho y del comienzo del plazo para ejercitar la acción de retracto es la venta entendida como acto de enajenación o traslativo de dominio, esto es, entendida como venta consumada y no meramente perfeccionada. Así, dice la STS de 17 de junio de 1997 que el retracto exige una venta o dación en pago no proyectada, sino consumada. Es aún más explícita la STS de 14 de noviembre de 2002, que señala que la acción de retracto nace a partir de la consumación del contrato transmisivo del dominio, no de su perfección, por tanto el ejercicio de la acción de retracto está supeditada al conocimiento que de la venta haya tenido el retrayente, venta que ha de entenderse como compraventa ya consumada y no meramente perfeccionada, por lo que se requiere al efecto un conocimiento completo, cumplido y cabal, que abarque no sólo el hecho de la venta, sino también la noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, como precio, condiciones esenciales de la venta, modalidades de pago, etc., pues solamente en tal caso el titular del retracto puede disponer de elementos de juicio suficientes para decidir sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción (STS de 18 de marzo de 2009). De manera que el conocimiento de la compraventa consumada, con todos sus detalles, da lugar al comienzo como *dies a quo* del plazo de caducidad del artículo 1524 CC antes de la inscripción en el Registro de la Propiedad (SSTS de 26 de febrero y 1 de abril de 2009).

**Inicio del plazo de caducidad de la acción de retracto e inscripción en el Registro de la Propiedad.**—Producida la inscripción, la STS de 25 de mayo de 2001 considera *dies a quo* la facilitación de la certificación de la transmisión. Son constantes las sentencias del Tribunal Supremo que mantienen que el *dies a quo* es el marcado por la inscripción registral que no es contrario al principio constitucional de la tutela judicial efectiva, como así declaró la STC 54/1994, de 24 de febrero, así, las SSTS de 27 de junio de

2000 y 11 de mayo de 2007. Las SSTS de 2 de julio de 1993 y 7 de abril de 1997 resumen la doctrina jurisprudencial al establecer que la inscripción registral implica una presunción *iuris et de iure* de conocimiento por el retrayente de la transmisión, pero si se acredita que antes tuvo conocimiento cabal de la misma, el plazo se computará a partir de dicho conocimiento, pero no así cuando se invoque que el conocimiento fue posterior a la inscripción.

**El retracto legal produce una nueva adquisición por parte del retrayente y no una subrogación.**—En el retracto no se trata de subrogarse, como dice el artículo 1521 CC, sino que implica un poder sobre una cosa para adquirirla después de haber sido transmitida a un tercero (STS de 9 de marzo de 1999). (STS de 18 de noviembre de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El presente pleito se originó con el ejercicio de una acción de retracto de comuneros derivada de una venta. Tres hermanos eran propietarios pro indiviso y por terceras partes de una finca. Uno de ellos la vendió (entera) a terceros. El cumplimiento de este contrato fue objeto de un proceso en que los demandantes fueron los terceros compradores y los demandados aquellos tres hermanos. El Juzgado y la Audiencia condenaron solo al hermano vendedor a vender a los demandantes el tercio indiviso que le pertenecía en la finca objeto del contrato.

Ante ello, los otros dos hermanos ejercieron la acción de retracto de comuneros, planteándose el problema del *dies a quo* para el ejercicio de esta acción. Las sentencias de instancia desestimaron la demanda al entender que el día inicial del cómputo del plazo fue el de la notificación de la sentencia que condenó a vender la finca objeto del retracto. El Tribunal Supremo admitió el recurso de los retrayentes y, en consecuencia, dio lugar al retracto. (I. D.-L.)

**12. Retracto del arrendatario de un inmueble. Determinación del momento en el que puede ejercitarse la acción de retracto en el caso de transmisión en pública subasta.**—No se discute hoy la posibilidad de ejercicio del derecho de retracto legal en los casos de venta en pública subasta. Sin embargo, el Alto Tribunal se hace eco de las dudas suscitadas sobre cuál ha de ser el *dies a quo* para el cómputo del plazo de ejercicio del derecho por el retrayente, siguiendo la doctrina contenida en la STS de 22 de julio de 2013. Si bien el artículo 1450 CC establece que la venta se perfecciona entre comprador y vendedor y será obligatoria para ambos, si hubieran convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado, el artículo 1462 CC, por el contrario, señala que el contrato de compraventa se consuma con la entrega del precio y de la cosa vendida. En un principio se vino entendiendo consumada la venta sólo a partir del otorgamiento de la escritura pública (SSTS de 1 de abril de 1960 y de 20 de febrero de 1975), pero más recientemente se ha entendido que la consumación se produce desde la plena aprobación judicial del resultado de la subasta, sosteniendo que al existir título (aprobación del remate) y modo (adjudicación al rematante), el otorgamiento de la escritura no se requiere a los efectos de la tradición, y ni siquiera resulta ya necesaria a efectos de inscripción (SSTS de 1 de julio de 1991, 11 de julio de 1992, 25 de mayo de 2007 y 26 de febrero de 2009). Para determinar el día inicial para el ejercicio de la acción de

retracto es esencial saber la fecha en la que se ha podido obtener toda la información sobre los términos del contrato, es decir, el día en el que ha existido un conocimiento de la venta preciso y completo, que incluya todos los pactos y condiciones de la transmisión, con el fin de que el arrendatario pueda decidir con conocimiento de causa si le resulta conveniente o no el ejercicio de la acción, para constituirse como retrayente y nuevo propietario, y sin ser suficiente la mera noticia de la venta (SSTS de 21 de marzo de 1990, 20 de mayo de 1991 y 7 de octubre de 1996, entre otras). Este conocimiento se extiende a la identidad del adjudicatario en los supuestos en los que la aprobación del remate se ha hecho con la reserva por parte del rematante de poder ceder a tercero, que será a favor de quien, en su caso, se extenderá el auto de adjudicación, y será el legitimado pasivamente para soportar la acción de retracto. En la mayoría de los supuestos no es sino tras el auto de adjudicación cuando se conocen los términos concretos de la venta judicial, pero también existen supuestos en los que la información íntegra se obtiene antes, en el momento de la mejora de la postura, prevista en el artículo 670.4 LEC, tras la que se consignó el precio, sin que el retraso al dictarse el decreto de adjudicación pueda perjudicar al arrendatario que se hubiera desenvuelto con total diligencia procesal. (STS de 21 de enero de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—El 1 de junio de 2010 don Bernabé interpone demanda de retracto arrendaticio de inmueble, frente a la mercantil TT, S. L., como adquirente del local comercial con vivienda arrendado al actor y, por tanto, como titular del derecho legal de retracto. El demandante actúa como arrendatario del local, en virtud del contrato suscrito con don Pascual como propietario, y que había sido renovado, fijándose como fecha de terminación el 30 de junio de 2010. La finca ha sido objeto de ejecución hipotecaria, sacándose a subasta judicial en 2013 e indicándose expresamente la existencia del contrato de arrendamiento. Al no superar la mejor postura el 70% del tipo de la subasta, esta circunstancia se notificó al deudor, don Pascual, que presentó tercero, TT, S. L., que con fecha de 20 de mayo de 2010, presentó justificantes de ingreso de las cantidades necesarias para satisfacer el crédito del ejecutante, integrado por principal y cantidades presupuestadas por intereses y costas procesales y aceptó las cargas y gravámenes existentes.

En la sentencia de 22 de noviembre de 2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Murcia se estima la demanda. Por su parte, la sentencia de 5 de julio de 2012 de la Audiencia Provincial de Murcia confirma la sentencia de primera instancia y desestima el recurso interpuesto por el demandado. Ambas sentencias se pronuncian a favor de la subrogación del derecho de retracto del actor, pues en el momento de interposición de la demanda, en que se ejercita la acción de retracto, ya había nacido el derecho de adquisición preferente a favor del arrendatario. Concretamente, se entiende que este derecho surgió con la comparecencia de TT, S. L. el 20 de mayo de 2010, con la que se perfecciona a favor de esta mercantil la transmisión de la finca, objeto de retracto. Por ello, en la fecha de interposición de la demanda, el actor estaba legitimado para ejercer su derecho de retracto, al tener conocimiento de las condiciones de la transmisión y ostentar la condición de arrendatario. Se desestima

la excepción de falta de legitimación activa por entender que el momento de la transmisión onerosa no es el de la consumación del decreto de adjudicación, todavía no dictado en la fecha de interposición de la demanda, sino el de la perfección de la transmisión de la finca. Al margen de las valoraciones éticas de la conducta del arrendatario –que no hizo uso de la opción de compra por un precio mayor, esperando al ejercicio de la acción de retracto en la ejecución hipotecaria-, lo cierto es que el actor se ha servido de instrumentos que pone a su disposición el ordenamiento y que en este caso concurren los requisitos de la acción de retracto –venta en subasta judicial válida, ejercicio en el plazo de 30 días y consignación de la cantidad que pagó el tercer postor, comprometiéndose a pagar los demás gastos que se deriven del retracto, y unidad física de la finca.

La mercantil TT interpone recurso de casación, que es desestimado. El Alto Tribunal analiza si en la sentencia recurrida se ha resuelto con acierto sobre el momento en el que podía ejercitarse la acción de retracto en el caso de transmisión en proceso de ejecución de título judicial.

NOTA.–Con su voto particular, el Magistrado José Ramón Ferrándiz Gabriel se muestra contrario a considerar la subasta como una especie de venta. Entiende que no basta, para proceder a dicha calificación, con que la adquisición del bien subastado sea voluntaria para el mejor postor. Señala además que, en la subasta, el cambio de titularidad se produce cuando la regulación procesal del acto de ejecución de que se trata lo establezca, y este momento no es otro que aquel en que se dicta el decreto de adjudicación a que se refiere el apartado octavo del artículo 670 LEC. Postura que se mantiene a pesar de reconocer la frecuencia de las dilaciones producidas en la tramitación de los procedimientos y, concretamente, a la hora de dictar el decreto de adjudicación. Sostiene que la necesaria búsqueda de la seguridad jurídica ha de conducir, en los supuestos de dilación, a no poder aceptar, ni siquiera para decidir un caso que se considere muy singular, que un acto procesal –el decreto de adjudicación– realmente se produjo en otro momento a aquel en el que tuvo lugar, concretamente, el momento en el que ese acto debió haber tenido lugar, de no haberse producido dilación alguna. (G. M. A.)

**13. Usucapión *contra tabulas*. Derogación del artículo 1949 CC tras la entrada en vigor del artículo 36 LH.**–La redacción del artículo 1949 CC es la originaria de 1889, en cuyo momento la norma estaba perfectamente coordinada con el artículo 35 LH de 1869. Sin embargo, el actual artículo 36 LH procede de la reforma de 1944 y se incorporó al T. R. de 1946. Este precepto supuso un cambio sustancial frente a la anterior regulación, pues el nuevo artículo 36 LH contiene una nueva ordenación de la usucapión «*contra tabulas*», especialmente cuando ha de operar contra el tercero registral. Así, frente al tercer adquirente ya no se exige que el usucapiente tenga inscrito su título (tal como sucedía bajo el anterior régimen *ex* artículo 35 LH y artículo 1949 CC), sino que se adopta como criterio el del conocimiento real o presunto por parte de dicho tercero de la situación posesoria *ad usucapio-*

*nem.* Y, al no distinguir, debe entenderse que afecta tanto a la prescripción ordinaria como extraordinaria. De suerte que el artículo 1949 CC quedó derogado tras la entrada en vigor de los apuntados apartados 1 y 2 del artículo 36 LH de 1946. (STS de 21 de enero de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La entidad MCH, S. L. interpuso demanda contra R., T., E. y F., solicitando que se declarara que el contrato de compraventa de 1996 celebrado por R. en favor de los otros tres, por el cual les transmitía la propiedad de ciertas plantas de un edificio, era nulo pues se cedía parte de un bien sobre el que no tenía la facultad dispositiva, al estar integrado en una herencia yacente. Los demandados E. y F. se opusieron y formularon además reconvencción contra MCH y contra R., M. C., B. y V. para que se declarara, de un lado, la nulidad de la partición hereditaria practicada por estos y, de otro, la venta llevada a cabo por los mismos a favor de MCH en 2004 de la totalidad del edificio así como la de las correspondientes inscripciones registrales resultantes de esta compraventa. Alegaban en lo esencial haber adquirido la propiedad de las plantas litigiosas mediante la compraventa de 1996 y, subsidiariamente, por usucapión. El Juzgado desestimó la demanda principal y la reconvenccional. El recurso de apelación de los demandados se limitó a sostener la existencia de la adquisición por prescripción. La Audiencia Provincial no acogió la petición al considerar que, por tratarse de una usucapión ordinaria, era aplicable el artículo 1949 CC, que exigía al usucapiente tener título inscrito a su favor. El Tribunal Supremo rechazó dicha interpretación, por entender que el artículo 1949 CC estaba derogado; si bien no dio lugar al recurso de casación de los demandados reconvinientes pues no acreditaron la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 36 LH para ser mantenidos en su adquisición. (L. A. G. D.)

**14. Registro de la Propiedad. Legitimación del registrador de la propiedad para demandar la nulidad de las resoluciones de la DGRN dictadas fuera del plazo de tres meses previsto en el artículo 327 LH.**—Aunque la actual redacción del párrafo cuarto del artículo 328 LH somete la legitimación del Registrador para recurrir las resoluciones de la DGRN a criterios más restrictivos («que afecte a un derecho o interés del que sea titular»), lo cierto es que tal legitimación no puede vaciarse de contenido y ha de considerarse la existencia de un interés legítimo por parte del Registrador de la Propiedad en que sea mantenida su calificación, quedando facultado para interesar al respecto la nulidad de una resolución expresa dictada extemporáneamente que pretende dejar sin efecto la desestimación tácita o por silencio, prevista en el artículo 327 LH y ya producida por el transcurso de tres meses sin pronunciamiento alguno, que ya había dado lugar a la apertura de la vía judicial para los interesados.

**Nulidad de la resolución expresa dictada por la DGRN fuera del plazo de tres meses establecido en el artículo 327 LH.**—El transcurso plazo impuesto a la DGRN en el párrafo noveno del artículo 327 LH para resolver y notificar el recurso interpuesto contra la calificación negativa del Registrador, determina que se entienda desestimado el recurso y comporta la nulidad

de una resolución del recurso recaída con posterioridad al transcurso de este plazo. **(STS de 21 de noviembre de 2013;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

**HECHOS.**—El actor, Registrador de la Propiedad, instó judicialmente la nulidad de una resolución de la DGRN dictada en un recurso contra la calificación negativa efectuada por aquél en relación a una inscripción solicitada. El recurso gubernativo se interpuso el 28 de abril de 2009 y la DGRN resolvió el 14 de enero de 2010. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda por falta de legitimación activa del registrador. El Tribunal Supremo estima recurso de casación interpuesto por la parte actora.

**NOTA.**—Sobre las razones en las que fundamenta el Tribunal Supremo la nulidad de las resoluciones de la DGRN dictadas con posterioridad al plazo de tres meses establecido en el artículo 327 LH *vid.* la STS de 3 de enero 2001 dictada por el Pleno de la Sala. (C. O. M.)

## DERECHO DE FAMILIA

**15. Derecho de familia. Pluralidad de sistemas familiares en el vigente Derecho español.**—El sistema familiar actual es plural (STS de 12 de mayo de 2011), es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyan un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales.

**Filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en los casos de matrimonio entre personas del mismo sexo. Legitimación para el ejercicio de la acción de filiación cuando se cumplen los requisitos establecidos en la LTRHA de 2006.**—La nueva regulación del matrimonio ha incidido en la ordenación de aspectos colaterales que están en íntima relación con esta institución, como son las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, inicialmente pensadas de forma exclusiva para parejas heterosexuales. En este sentido, la reforma de la LTRHA llevada a cabo por la Ley 3/2007, habilita a la mujer casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, a manifestar ante el Registro Civil que consiente en que, cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido. De manera que el ordenamiento posibilita la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una, materna biológica y otra no basada en la realidad biológica sino en una pura ficción legal. Esto lleva consigo que la Ley posibilite plenamente el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación por posesión de estado ex artículo 131 CC, aunque no exista el nexo biológico; circunstancia que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras, a partir del cual se crea un título de atribución de la paternidad. **(STS de 5 de diciembre de 2013;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Doña S. y doña D., como pareja de hecho, tuvieron una hija en común mediante la fecundación *in vitro*, nacida en 2005, que fue inscrita inicialmente como hija de S. como madre soltera y luego adoptada por D. en 2008. En el año 2007 S. y D. contrajeron matrimonio y también habían firmado el consentimiento informado para la fecundación *in vitro* de S. El mismo año nacieron R. y A., inscritas en el Registro Civil con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre. Ésta inicia el expediente de rectificación de dichas inscripciones para que las menores figuren como hijas de madre casada y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de apellidos. La rectificación se acordó exclusivamente del estado civil de la progenitora, no así de los otros extremos. Recurrido por ambas cónyuges dicho acuerdo, la DGRN desestimó el recurso en 2008. En 2009 ambas rompen su relación y S. formula demanda de divorcio. Meses después D. interpuso acción de reclamación de filiación por posesión de estado respecto de las menores R. y A., a lo que S. se opuso. El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de S. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

**16. Filiación: gestación por sustitución: impugnación de resolución de DGRN que acuerda inscripción en Registro civil español de la filiación de menores nacidos en California mediante contrato de gestación por sustitución en favor de padres españoles intencionales.**—La cuestión objeto del proceso, tal como ha sido planteada por las alegaciones iniciales de las partes, es si procede el reconocimiento por las autoridades del Registro civil español de la inscripción del nacimiento de dos menores realizada por las autoridades del estado norteamericano de California en que se fija la filiación a favor de los hoy recurrentes. Estos solicitaron al Encargado del Registro civil consular de Los Ángeles, la práctica de las inscripciones de nacimiento de los menores y de la filiación aparejada a tales inscripciones, no mediante la declaración del nacimiento sino mediante aportación de las certificaciones de las inscripciones ya practicadas por el organismo de California equivalente a nuestro Registro Civil, en las que aparecían como padres los hoy recurrentes. El Registro civil consular denegó la inscripción, pero la DGRN al resolver el recurso interpuesto por los solicitantes de la inscripción, revocó la decisión denegatoria y acordó la práctica de la inscripción con base en dichas certificaciones extranjeras y, por tanto, con la filiación de los menores como resultaba de las mismas. Esta es la resolución cuestionada por el Ministerio Fiscal en la demanda que ha dado origen a este procedimiento.

**Reconocimiento de decisión extranjera.**—Tal como ha sido planteada ante este tribunal, no estamos ante un *hecho* que haya de ser objeto por primera vez de una decisión de autoridad en España y que al presentar un elemento extranjero (el lugar de nacimiento, cuanto menos) deba ser resuelto conforme a la ley sustantiva a la que remita la norma de conflicto aplicable. La técnica jurídica aplicable no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento. Existe ya una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro civil de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar una filiación acorde con las leyes californianas. Hay que resolver si esta decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar

sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes, en el sistema jurídico español.

La forma en que se ha procedido al reconocimiento del título extranjero, la certificación registral de California, es la prevista en el artículo 85 en relación con el último inciso del artículo 81, ambos del RRC. El control en que consiste este reconocimiento se extiende a que la certificación del Registro extranjero sea regular y auténtica, de modo que el asiento que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española. Pero también ha de extenderse a que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Así lo exige el artículo 23 LRC, al que sirven de desarrollo los preceptos reglamentarios citados. Por consiguiente, la simplicidad en el procedimiento de reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa extranjera encargada del Registro civil de California no significa que el control deba limitarse a los aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo, en los términos en que se precisará.

**Es necesario que no sea contrario al orden público.**—La pluralidad de ordenamientos jurídicos en los diversos estados y la libre circulación de las personas hacen que cada vez sean más frecuentes las relaciones jurídica personales y económicas que se proyectan sobre dichos ordenamientos, y que, consecuentemente, se planteen ante las autoridades administrativas y judiciales cuestiones relacionadas con el reconocimiento de situaciones jurídicas o decisiones de autoridades extranjeras. La posibilidad de que ciudadanos y empresas elijan entre respuestas jurídicas diferentes cuando en una relación jurídica existen contactos con diversos ordenamientos, es una realidad, y el Derecho internacional privado ha de buscar cada vez más normas de compatibilidad entre distintos ordenamientos jurídicos en vez de normas de supremacía que impongan un solo punto de vista. Pero esta libertad de elección tiene unos límites que, en lo que aquí interesa, vienen constituidos por el respeto al orden público entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan.

De lo expuesto se deriva que la *legalidad conforme a la Ley española* de los asientos extendidos en Registros extranjeros que exige el artículo 23 LRC, si bien no puede entenderse como absoluta conformidad de estos con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación (lo que haría prácticamente imposible el reconocimiento), sí ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español, y a este aspecto ha de extenderse el control en que consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera (en realidad, del asiento objeto de la certificación). Que dicha certificación registral extranjera no produzca efectos de cosa juzgada y cualquier parte legitimada pueda impugnar ante los tribunales españoles la inscripción en el Registro civil español de la certificación extranjera, como pone de relieve la resolución de la DGRN para justificar la solución adoptada, no elimina la realización por el encargado del Registro civil español del control de contenido del asiento objeto de dicha certificación, de modo que deniegue su acceso al Registro civil español cuando sea contrario al orden público internacional español, o deniegue el acceso a aquellos aspectos del asiento (como el relativo a la determinación de la filiación) en los que se observe tal contrariedad.

Las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, las relaciones paterno-filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 CE), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera sea su estado civil (art. 39.2). También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4). El derecho a la integridad física y moral de las personas tiene también reconocimiento internacional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art. 10.1).

Por tanto, todos estos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I CE, integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 febrero, FJ 4.º) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión.

**La maternidad por sustitución atenta contra el orden público español.**—Llevan razón los recurrentes cuando afirman que las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, y que por tanto la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden público internacional español. Junto al hecho biológico existen otros vínculos, como los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinación de la filiación. De estos otros posibles vínculos determinantes de la filiación resulta también que la filiación puede quedar determinada respecto de dos personas del mismo sexo. Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural.

Pero junto a ello, en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, *cosificando* a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios negociar con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentren mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de *ciudadanía censitaria* en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de población.

Fruto de esta preocupación es, por ejemplo, la elaboración de instrumentos legales internacionales que regulan la adopción internacional estableciendo como principios básicos que los estados establezcan, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen, y la prevención de la sustracción, la venta o el tráfico de niños, que se

concreta, entre otros extremos, en que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna (considerandos introductorios y artículo 4 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993). También responden a esta preocupación las leyes que en los diversos países regulan las técnicas de reproducción humana asistida, y en concreto la gestación por sustitución.

**El artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida integra el orden público internacional español.**—El orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público *atenuado*, pero la intensidad de tal atenuación es menor cuando mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España. En el caso objeto del recurso los vínculos eran intensos puesto que de lo actuado se desprende que los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguientes gestación, parto y entrega de los niños porque tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la *huida* de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico), e incluso tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero (art. 221.2 CP).

A diferencia de lo que ocurría en el caso de Luxemburgo en relación con la adopción monoparental que fue objeto de la STDHH de 28 de junio de 2007 (caso Wagner), la regulación que se contiene en la ley española no es excepcional en los países de nuestro entorno jurídico más próximo, entendiendo como tal la UE. Por el contrario, en un número considerable de ellos la gestación por sustitución no está permitida, siendo prácticamente unánime su prohibición cuando tiene carácter oneroso.

Por otra parte, el artículo 10 procede de una normativa que ha venido precedida de un considerable debate social. Figuraba en la Ley 35/1988, de 22 noviembre pasando sin modificaciones a la vigente Ley 14/2006, de 26 mayo, que por razones temporales resulta aplicable al caso. Pese al cambio legislativo la norma aplicable a la gestación por sustitución permaneció idéntica. Su apartado 1.º establece la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. El 2.º apartado prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (en línea con lo recomendado por el Informe del Comité *ad hoc* de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas del Consejo de Europa). Y el 3.º deja a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Lo expuesto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que resultan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en con-

creto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.

Los recurrentes reconocen la contrariedad al orden público español de dicho contrato de gestación por sustitución, que impediría considerar válido y ejecutar en España tal contrato. Pero afirman que la inscripción de la filiación que pretenden es solamente una consecuencia *periférica* de dicho contrato, por lo que no existe la incompatibilidad con el orden público que apreció la sentencia de la Audiencia Provincial. El argumento no puede estimarse, puesto que la filiación cuyo acceso al Registro civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes. La ley no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato sino que prevé cuál debe ser el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia del mismo; la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad por el padre biológico.

La filiación cuyo acceso al Registro civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y como tal incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina.

**Inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación social.**—La causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California; por tanto, la solución habría de ser la misma si los contratantes hubieran constituido un matrimonio homosexual integrado por mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho, o una sola persona, hombre o mujer.

**El interés superior del menor.**—Los recurrentes alegan que privar de su filiación a los menores vulnera el principio del interés superior del menor, pues (i) perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos; (ii) los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo; (iii) el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.

El artículo 3 de la Convención de la ONU de 20 noviembre 1989, y ratificada por España establece: *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.* Este principio también se establece en el artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tiene anclaje constitucional en el artículo 39 CE, se recoge en la legislación interna, en concreto en la regulación de las relaciones paterno-filiales del Código Civil y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, y ha regido la jurisprudencia de este Tribunal, del Tribunal Constitucional y del TEDHH (SS de 5 de noviembre de 2002, caso Yousef contra Países Bajos, de 10 enero 2008, caso Kearns contra Francia, y de 7 marzo 2013, caso Raw y otros contra Francia).

El interés superior del niño, o del menor, es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio

legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de ponderación judicial. Pero en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados son los que se han denominado *conceptos esencialmente controvertidos*, esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe otra unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio. Este carácter controvertido puede predicarse del *interés superior del menor* cuando el mismo ha de determinarse en supuestos como el aquí enjuiciado.

Los recurrentes consideran que el único modo de satisfacer el interés superior del menor es reconocer la filiación que ha sido reconocida en el asiento registral californiano. Los padres serían los comitentes, esto es, quienes *encargaron* la gestación del menor (en este caso, los menores, pues nacieron mellizos). No sería madre la mujer que les dio a luz. La justificación que dan es que los mejores padres son los que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres, mediante un contrato de gestación subrogada, y están interesados en los menores. La invocación indiscriminada del *interés del menor* serviría para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

La tesis de los recurrentes no puede ser aceptada. La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales. La aplicación de tal principio ha de hacerse para interpretar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contrario al imperio de la ley (art. 117,1 CE). Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo.

Además de la consideración primordial del interés superior del menor ha de tenerse en cuenta que tal principio no es el único que se ha de tomar en consideración. Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y las relaciones familiares.

Es cierto que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores, pero no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta

contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto de tráfico mercantil. Es necesario realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico.

En línea con lo expuesto un dato a tomar en consideración es que en el CC el ejercicio de una acción de impugnación de una filiación determinada en contra de la ley no exige que simultáneamente se fije otra filiación alternativa, pese al eventual perjuicio que la estimación de aquella origine al interesado.

Otro argumento de los recurrentes es que el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales. Pero las sentencias que se citan no sirven para darle adecuado fundamento. Los menores en las mismas afectados tenían una vinculación efectiva con dos estados distintos, pero en el caso enjuiciado los menores no tienen vinculación efectiva con los EEUU., puesto que los recurrentes acudieron a California solo porque allí era posible concertar el referido contrato, que en España y en los países más cercanos estaba prohibido. No existe un riesgo real de vulneración de una identidad única. En otras sentencias se trataba de la inmutabilidad o estabilidad de los apellidos, que es un bien jurídico de mucha menor importancia que los protegidos por la prohibición de gestación por sustitución.

Tampoco se vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los derechos y de las Libertades Fundamentales. La denegación del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas, aun siendo efectivamente una injerencia en ese ámbito de vida familiar, reúne los dos requisitos que la justifican según la STEDHH de 28 de junio de 2007 (caso Wagner y otro, contra Luxemburgo): (i) está prevista en la ley pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y (ii) es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son el respeto a la dignidad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

**Desprotección en que se dejaría a los menores.**—La afirmación de los recurrentes de que los menores serían enviados a un orfanato o a los EEUU., carece de verosimilitud y no está apoyada en ningún dato.

No obstante este Tribunal es consciente de que la decisión que ha adoptado no es intrascendente en este aspecto, y que puede causar inconvenientes a los menores cuya filiación se discute, pero considera que la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes, tal como fueron aceptadas por las autoridades de California con base en la legislación de dicho estado. La protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica tomando en consideración su situación actual.

El TEDHH, al interpretar el artículo 8 del Convenio ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarro-

lle, y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia (SS de 28 de junio de 2007 y 4 de octubre de 2012).

El presente recurso no tiene por objeto, porque la acción ejercitada no lo tenía y porque no se han alegado y probado los hechos que permitirían decirlo, adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes en forma distinta al pretendido reconocimiento de la filiación fijada en el registro de California. También ha de tenerse en cuenta que no ha resultado probado que alguno de los comitentes aportara sus gametos, pues aunque en algún pasaje de sus alegaciones así se afirma, ni se concreta cuál de ellos lo habría aportado, ni menos aun se prueba cual fuera el padre biológico de cada uno de los niños. Pero de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TEDHH, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares *de facto* con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habrá de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos.

Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El propio artículo 10 en su párrafo 3.º permite la reclamación de la paternidad respecto del mismo. Asimismo, figuras como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar.

A fin de dar cumplimiento al artículo 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido.

Lo expuesto supone que la solución alcanzada por los tribunales de instancia realiza una ponderación adecuada de los bienes jurídicos en conflicto tomando en consideración primordial el interés superior de los menores. La protección de este interés no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores.

El TEDHH (SS de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia) ha declarado que el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece el respeto de la vida privada y familiar, supone obligaciones positivas para los Estados que han de interpretarse a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. A tal efecto, procede instar al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar *de facto*. (STS de 6 de febrero de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

NOTA.—Sentencia, sin duda, de gran importancia como se deduce del hecho de dictarse por el Pleno de la Sala, así como del

Voto particular que suscriben cuatro Magistrados de la misma. Se trata de un tema ampliamente debatido entre los países occidentales, y singularmente entre los miembros de la UE. Entre nosotros la cuestión estaba ya *in nuce* en la primera Ley de 1988, y no fue revisada en 2006. Con frecuencia se pasa por alto que la opinión unánime de los civilistas españoles se expresó, en aquel momento, en contra de la orientación general de la primera normativa que intentó enmascarar el giro copernicano que se daba al Derecho de filiación español con una mera referencia al régimen general de filiación y unas excepciones previas. Un cuarto de siglo después se advierte un hecho nuevo, a saber que casi la única solución legal para que las uniones homosexuales de varones tengan, de hecho, descendencia es la maternidad por sustitución. Sucede así que cuando apenas si se ha logrado un marco legal e interpretativo, coherente y uniforme para la procreación asistida, la problemática se incrementa con las urgencias derivadas del nuevo problema. ¿Será llegado el momento de revisar a fondo esta legislación especialísima, detrás de la cual hay poderosos grupos de presión que sirven a las necesidades de las clases pudientes de la sociedad? ¿O seguiremos, más bien, *parcheando* el Derecho de familia?

En este mismo ADC, Esther FARNÓS AMORÓS escribe sensatamente que las normas pensadas para la determinación de la filiación por naturaleza, cuyo fundamento es la realidad biológica, no acaban de encajar en un sistema en el cual la procreación no tiene origen en la reproducción sexual y la filiación se determina por la voluntad, como es el derivado del recurso a las TRA. Si bien es cierto —añade— que esta clase de filiación puede tener una base biológica, extremo que en principio justificaría el recurso al esquema de la filiación por naturaleza, esta base no siempre tiene que existir respecto de ambos progenitores (*La filiación derivada de reproducción asistida: Voluntad y biología*, ADC, 2015, p. 8). La bibliografía española y extranjera que aporta la autora, es abundante y excelente, y también ha seguido puntualmente las diversas fases del prolongado proceso legal del caso resuelto por la sentencia.

Oportunamente el Tribunal Supremo recuerda en la Sentencia extractada que compete exclusivamente al legislador la reforma de la normativa en vigor. Conforme a ella creo debidamente fundamentado el fallo. El jurista, en mi opinión, debe conservar su independencia de criterio frente a algunos avances científicos y tecnológicos que, a veces, tratan de imponerse como dogmas, y, *a posteriori*, no lo son en la realidad.

Hay un Voto Particular formulado por el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana, al que se adhirieron los Magistrados D. José Ramón Ferrandiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol. (G. G. C.)

**17. La función legitimadora de la posesión de estado, respecto de la acción de filiación no matrimonial.**—La posible compatibilidad que cabe plantearse entre la figura de la posesión de estado y la normativa de las técnicas de reproducción asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo), habida cuenta de

la remisión en materia de filiación a las leyes civiles, salvo las especificaciones propias de la ley, no se circunscribe a la posible aplicación del artículo 7.3 de la normativa, sino que debe referenciarse, con mayor amplitud, en los principios que inspiran su regulación en el marco constitucional de las acciones de filiación. Dichos principios son el de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación o nacimiento (arts. 14 y 39.2 CE), de protección de la familia, de los hijos y de las madres, con independencia de su estado civil (art. 39 CE), de dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE), así como por la debida ponderación, cada vez más primordial, del interés superior del menor.

Según el Tribunal Supremo, en el contexto de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida resulta aplicable el carácter no exclusivo ni excluyente del hecho biológico, como fuente o causa de la filiación, y en favor del protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación en estos casos. Afirmar la compatibilidad de ambas normativas en el curso de la filiación no matrimonial, de forma que los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada. Esta compatibilidad resulta también relevante a la hora de abordar el interés legítimo que debe presidir la legitimación que se deriva de la posesión de estado. Una vez probado el propósito común de dos mujeres para recurrir a la técnica de reproducción asistida, así como la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, el consentimiento prestado en su momento por la conviviente que no es la madre biológica del menor, está investido por un claro interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración de ser madre.

Por otro lado, hay que tener en cuenta la ponderación o ajuste que debe realizarse conforme al interés superior del menor. La proyección de la protección del menor sobre la protección de la vida familiar alcanza, sin distinción, a las relaciones familiares con independencia de la naturaleza matrimonial o no de la misma, o al hecho de la generación biológica, de forma que incide en la existencia del lazo de familiaridad establecido con el niño, permitiendo o favoreciendo su desarrollo conforme al libre desarrollo de la personalidad del menor. Se hace necesario, por tanto, un juicio de ponderación, de forma que en el curso de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, que trae causa del empleo de las técnicas de reproducción asistida, el interés del menor representa un control o contrapeso para advenir el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica. **(STS de 15 de enero de 2014; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

**HECHOS.**—Se plantea la posibilidad de determinar judicialmente la filiación extramatrimonial por la vía de la posesión de estado de una mujer homosexual, tras la ruptura de su relación de pareja, en relación con el niño nacido durante dicha relación mediante la técnica de reproducción asistida con material genético de un donante anónimo. Hay que señalar que la demandante no es la madre biológica del menor y que ambas madres no estaban casadas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta, al amparo del artículo 131 CC, al considerar acreditada la posesión de estado. Atiende al nombre compuesto del menor en el que se incorpora como nombre el apellido de la reclamante y al tratamiento del menor como hijo, tanto por la reclamante como por su ámbito familiar.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la madre biológica. La Audiencia Provincial: 1) entiende que la filiación sólo puede tener lugar por naturaleza o por adopción (art. 108 CC); 2) afirma que la acción ejercitada no era la del artículo 7.3 de la Ley, y que esta Ley no se puede aplicar con carácter retroactivo al no preverse en ella, que está pensada para parejas casadas estables, y en el caso estamos ante una pareja no casada y rota desde el 2006; 3) no considera acreditada la posesión de estado por el poco tiempo de estabilidad de la pareja desde el nacimiento del menor (3 años), aunque actuara como madre.

La madre no biológica interpone recurso de casación alegando la infracción de los artículos 131 CC y 7.3 LTRHA. Argumenta, además, que la sentencia recurrida, al establecer, como única posibilidad para que se dé la filiación por naturaleza en las parejas del mismo sexo, que éstas estén casadas antes del nacimiento del menor, produce una discriminación entre los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, fruto de una relación de hecho, y de los hijos nacidos dentro del matrimonio formado por persona del mismo sexo.

El Tribunal Supremo estima el recurso. Entiende éste que de lo que se trata es de determinar qué función tiene la posesión de estado de filiación en el marco de la determinación judicial de la filiación. En primer lugar, considera acreditada la posesión de estado alegada por la recurrente. Son hechos destacables en este sentido: a) que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas; b) que la relación o trato con dicho hijo desde su nacimiento fue de la madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño, que así la reconocía; c) que tanto la madre biológica como la demandante se han preocupado del menor con igual dedicación. Todos ellos son hechos relevantes del *tractatus* como elemento impulsor de la posesión de estado. Finalmente, el Alto Tribunal señala que, dados los informes técnicos realizados y dada la relación de familiaridad del menor con la demandante, cabe concluir la viabilidad de la acción ejercitada por ésta.

NOTA.—Sobre el carácter no exclusivo ni excluyente del hecho biológico como fuente o causa de filiación, *vid.* las SSTC de 17 de junio de 1999 y 6 de noviembre de 2012, así como la STS de 12 de mayo de 2011. Sobre la compatibilidad del artículo 131 CC y el 7.3 LTRHA, y sobre la posesión de estado en los términos vistos en la sentencia aquí reseñada, *vid.* la STS de 5 de diciembre de 2013. Finalmente, cabe señalar que la STS de 14 de enero de 2014 contiene un voto particular de los Excmos. Sres. D. Francisco Marín Castán, D. Antonio Salas Carceller y D. Ignacio Sancho Gargallo. Básicamente se señala que el artículo 7.3 LTRHA, tras la modificación por la Ley 3/2007, para el caso de relaciones entre personas del mismo sexo que sean mujeres, de las que una decida tener hijos

mediante la aplicación a sí misma de técnicas de reproducción asistida, supedita la relación de filiación entre la persona que nazca y la otra mujer a que ésta última esté casada con la madre biológica y no se encuentre separada de ella legalmente o de hecho. La recurrente no puede, entonces, acceder a esta forma de determinar la filiación porque, dejando al margen la exigencia de que se haga antes del nacimiento del hijo, nunca ha estado casada con la madre biológica. El hecho de que no hubiera podido hacer uso de una facultad como la prevista actualmente en el artículo 7.3 LTRHA antes de que naciera el niño respecto del que se solicita el reconocimiento de la filiación, pues para entonces (2003) ni podía estar casada con la madre biológica, con la que sí convivía, ni se permitía esta forma de doble maternidad, no justifica un ejercicio posterior de esta facultad. No cabe tampoco acudir a la posesión de estado para reclamar la maternidad, pues ésta no acredita por sí la filiación, sino que constituye una mera situación fáctica que permite presumir quiénes pueden ser los progenitores. A juicio de los magistrados, por tanto, debería haberse desestimado el recurso. (S. L. M.)

**18. Matrimonio. Guarda y custodia de los hijos. Modificación de medidas definitivas de divorcio: interés del menor.**—La normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Asimismo las SSTC 143/1990, 298/1993, 187/1996 y 114/1997.

**La determinación del mayor beneficio para el menor puede ser objeto de revisión en casación.**—Al tratarse de la valoración de una calificación jurídica, puede ser objeto de una revisión conceptual en casación (SSTS de 23 de mayo de 2005 y 28 de septiembre de 2009). La razón se encuentra en que el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor. La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene en estos procesos solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés (SSTS de 11 de 27 de abril y 25 de octubre de 2012).

**Atribución de la custodia del menor al progenitor que perdió tal condición tras un procedimiento de impugnación de la filiación paterna.**—Al haber permanecido la menor largo tiempo con el progenitor que perdió tal condición, y cuando toda la prueba pone en evidencia la existencia de relaciones afectivas que hacen inviable la extinción de los vínculos familiares que existieron entre ambos, permite atribuirle la custodia de la menor por el interés público que informa estos procedimientos y que hace que la nueva situación sea la más beneficiosa para el interés de la niña que no conoció otro padre que no fuera el que después se demostró no lo era biológicamente. (STS de 20 de noviembre de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Julián demandó a Encarnación, con la que estuvo casada, por la determinación de la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio, Olga, adoptada por los litigantes en el año 2001, así como de la menor, Águeda, nacida en 2002, cuya filiación paterna fue impugnada por el actor en el año 2005, y determinada a favor de Cirilo en el año 2006, existiendo entre las partes otro hijo común mayor de edad. Se da la circunstancia, que a pesar de no ser Julián padre biológico de Águeda, sí lo considera padre la menor.

El Juzgado atribuyó la guarda y custodia de una y otra niña a Julián. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia y asignó la guarda y custodia de la menor, Águeda, así como la correspondiente patria potestad, exclusivamente a la madre, Encarnación, sin señalar régimen de visitas a Julián; también dio a Encarnación la guarda y custodia de Olga, con patria potestad compartida y con un régimen de visitas a favor del padre (Julián). El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por Julián y repuso íntegramente la sentencia del Juzgado.

NOTA.—La doctrina recogida en esta sentencia hay que ponerla en relación con la nueva redacción dada al artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor*, por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de *modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, que dispone en su apartado 1.º lo siguiente: *Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.*

*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor. (I. D.-L.)*

**19. Alimentos. Divorcio. Unificación de doctrina: el día inicial del devengo de la pensión de alimentos es el de interposición de la demanda.**—Esta Sala en la STS de 27 de noviembre de 2013, dictada también en unificación de doctrina, y con ocasión de una pensión de alimentos fijada en un proceso de declaración de filiación no matrimonial, abordó en toda su extensión los fundamentos de aplicabilidad del artículo 148, párr. 1.º CC, señalando la razón de compatibilidad, como norma general, que resulta de la obligación de alimentos entre parientes. Así, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda. (STS de 4 de diciembre de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Como consecuencia de un proceso de divorcio, se plantea el momento a tener en cuenta para el abono de la pensión por alimentos fijada por la sentencia. El Juzgado no determinó el día de

inicio del devengo de la pensión. La Audiencia declaró dicho devengo desde la fecha de la sentencia, sin eficacia retroactiva al momento de presentación de la demanda. El Tribunal Supremo casó la sentencia y unificó la doctrina, al considerar como momento a tener en cuenta para el devengo de la pensión alimenticia fijada en un proceso de divorcio el de interposición de la demanda. (*I. D.-L.*)

**20. Divorcio: atribución de vivienda a esposa e hija hasta liquidación de gananciales: vivienda no familiar.**—En el presente caso concurren las siguientes circunstancias: a) Ambos cónyuges desarrollan una actividad profesional vinculada al transporte aéreo de pasajeros, pero mientras el esposo es piloto de Spanair y tiene su domicilio y su centro de trabajo en Madrid, la esposa es azafata de Iberia y tiene su base de trabajo en Barcelona, aunque por determinación expresa de ambos cónyuges el domicilio familiar se fijó en Sevilla, ciudad en la que también viven sus propios padres; estando la vivienda gravada con una carga hipotecaria de larga duración cuya amortización, al igual que el abono del IBI y de otros gastos inherentes a la propiedad, ha de ser sufragada al 50% por uno y otro litigante. b) Mientras que el esposo obtiene unos ingresos netos o líquidos comprendidos entre 3200 y 3800 euros mensuales, la esposa percibe alrededor de 1200 euros mensuales, teniendo una jornada laboral reducida del 50% y pernoctando fuera del domicilio de Sevilla seis o siete noches al mes por razón de su trabajo.

El recurso de casación interpuesto por la esposa por violación del artículo 96 CC al limitar temporalmente el derecho a la vivienda familiar debe ser desestimado, ya que, en realidad, el domicilio en que convive la menor no constituye la residencia habitual de la unidad familiar, antes bien, la vivienda sirve más para preservar de forma residual o secundaria los intereses de los progenitores que los de la menor puesto que, aunque por determinación expresa de ambos el domicilio se fijó en Sevilla, ninguno de ellos convive habitualmente en ella por razones de trabajo que lo tienen en Barcelona y Madrid, y la medida que se adopta judicialmente no solo no priva a la menor de su derecho a una vivienda, que tiene la de cualquiera de sus padres, y provisionalmente la de Sevilla, sino que de mantenerse impediría la disposición de un patrimonio común, afectando necesariamente a la liquidación del haber conyugal, integrado, entre otros bienes, por la vivienda gravada con una carga hipotecaria de larga duración, y consiguiente reparto entre ambos cónyuges, con evidente beneficio de la menor que puede mejorar sus necesidades alimenticias, que deben prestarse por el titular de la patria potestad, incluida la que resulta de la vivienda (art. 142 CC). Sin duda, la atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste. Pero más allá de que se le proporcione un vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro cuando ello es posible, lo que no es posible es atribuir a la hija y al progenitor custodio en calidad de domicilio familiar un inmueble que no sirve a estos fines, más allá del tiempo que se necesita para liquidar la sociedad de gananciales existente entre ambos cónyuges. (**STS de 19 de noviembre de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (*G. G. C.*)

**21. Divorcio: modificación de medidas: atribución de la vivienda familiar al progenitor no custodio.**—Cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de

otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso de que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. La atribución del uso de que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en el presente caso, se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre que no debe olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar el deber de prestarlos a aquél. La atribución del hijo al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso de derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el artículo 7 CC. De la STS de 29 de marzo de 2011 se deduce que cuando el cónyuge custodio posea otra vivienda en propiedad en la que pueda dar alojamiento digno a los menores, la que fue vivienda familiar podrá ser adjudicada al cónyuge no custodio. En el presente caso el recurrente no tiene vivienda en propiedad sino que tras el divorcio se ha visto compelido a arrendar una vivienda, que por su renta puede calificarse de *alto nivel*, por lo que el interés de los menores queda plenamente amparado y no se produce violación del artículo 96, pues como declara la STS de 19 de noviembre de 2013, no es domicilio familiar el inmueble que no sirve a estos fines, habida cuenta, además, de que la vivienda familiar solo la mantendrá la esposa hasta que se extinga el régimen de condominio. El artículo 96 CC establece una presunción de necesidad, que en este caso ha sido desvirtuada. **(STS de 3 de diciembre de 2013; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

NOTA.—En el proceso de divorcio se acordó la concesión a la esposa de la guarda, fijando como domicilio la vivienda que adquirió en condominio con su nueva pareja, medida que no fue recurrida. En proceso posterior de modificación de medidas se acuerda la guarda compartida, pretendiendo el padre además que se considere familiar la vivienda que ahora el mismo ocupa como arrendatario de alto *standing*. Se le deniega en la instancia y se desestima su recurso de casación. (G. G. C.)

**22. Divorcio: alimentos a los hijos: proporcionalidad.**—El matrimonio se celebró en octubre de 1980, en régimen de separación de bienes desde 1982, sin que posean bienes en común. En 2008 se separaron de hecho por lo que la convivencia se ha mantenido durante 28 años efectivos, viviendo bajo régimen de alquiler, sin que conste que la esposa tenga vivienda de propiedad común o exclusiva. Hasta 1996 la esposa se dedicó al cuidado de la familia, incorporándose entonces al mercado laboral. Del matrimonio nacieron tres hijas, de 28, 20 y 7 años al tiempo de la demanda, pero siendo dependientes la segunda y la tercera. La esposa cursó los estudios de Derecho durante el matrimonio y es Secretaria Judicial sustituta o interina. El esposo posee un importante patrimonio inmobiliario, un Rolls Royce, un Porsche Carrera, dos embarcaciones, un Mercedes Benz S 500, y se dedica a la ges-

tión compartida de la empresa inmobiliaria familiar. Se fijaron pensiones alimenticias de 1800 y 1000 euros para las hijas y de 1000 euros para la pensión compensatoria, extremo en lo que coinciden las sentencias de instancia.

Se ha respetado el canon de la proporcionalidad en cuanto a la correspondencia entre los ingresos de cada uno de los padres y las necesidades de las hijas. En la sentencia recurrida se analiza con precisión y minuciosidad, directamente y por remisión a la de primera instancia, los gastos de las hijas, que, sin duda, mantenían un elevado nivel de vida, acorde con los elevados ingresos del padre, fijándose la pensión en proporción a los mismos y a los de su madre, no cargándose sobre el padre la totalidad, pues al calcular los gastos que han determinado la fijación de la pensión abonable por el padre, no se tuvo en cuenta el importe de las necesidades alimenticias en sentido estricto, ni el vestido y calzado, que, por lo tanto, recaen en la madre, unido a que todo ello corresponde al margen de discrecionalidad del tribunal de instancia, salvo contradicción flagrante del artículo 146 CC, que no concurre en este caso. La proporción que pretende el recurrente más se identifica con el desequilibrio ventajoso a su favor que con el equilibrio entre ingresos y cargas de ambos.

**Pensión compensatoria: doctrina jurisprudencial sobre el desequilibrio.**—Con apoyo en el artículo 97 CC se invocan tres motivos de casación con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El recurso se desestima con apoyo en la doctrina contenida en las SSTs de 16 de julio de 2013, 8 de mayo y 4 de diciembre de 2012, declarando que en la sentencia recurrida se han seguido las pautas jurisprudenciales y legales para fijar cuantitativamente la pensión compensatoria en unos límites económicos razonables, dado que la esposa ha atendido en exclusiva a la familia, durante muchos años, durante los que también estudió la carrera de Derecho, pero las atenciones a la numerosa prole también le han impedido aspirar a un trabajo estable, pues el puesto de Secretaria Judicial es en régimen de interinidad, por naturaleza inestable y sujeto a los programas de restricción de gastos en la Administración. Todo ello unido a que ha de seguir atendiendo a una hija menor de edad. La pensión compensatoria no pretende equilibrar patrimonios, pero sí nivelar el desequilibrio existente, que en este caso es manifiesto, dado que los ingresos son abrumadoramente dispares (STS de 22 de junio de 2011). También se ha de tener en cuenta el régimen de separación de bienes, la inexistencia de bienes en común, y la carencia de vivienda en régimen privativo por la esposa, dado que pese al elevado patrimonio inmobiliario del esposo, se optó por el régimen de alquiler. En suma, el alto poder adquisitivo del esposo permitió un elevado nivel de vida durante el matrimonio, pero no consta que vaya a beneficiar a la esposa tras el divorcio, al no haberse incrementado el patrimonio de la misma.

**Temporalidad de la pensión compensatoria: requisitos, juicio prospectivo y revisión casacional.**—Con invocación de la doctrina contenida en las SSTs de 21 de junio y 24 de octubre de 2013, y 20 de julio de 2011, e informe discrepante del Ministerio Fiscal, entiende que no procede en revisión casacional dejar sin efecto la pensión vitalicia, como pide el recurrente y acepta el Ministerio Fiscal, dado que la situación de desequilibrio es patente y se va a perpetuar mientras la hija menor, que hoy tiene once años, se mantenga al cuidado de la madre, exigiendo cuidados y atenciones que le impedirán un desarrollo profesional exclusivo, y para cuando se independice económicamente la madre (nacida en 1963) habrá alcanzado una edad elevada que le impedirá estabilizar sus expectativas profesionales, dado que estará bordeando la edad de jubilación. (STS de 20 de noviembre de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

NOTA.—Sentencia notable por el examen minucioso de las circunstancias familiares, tanto durante la vida normal del matrimonio, como en el momento de su ruptura, así como sobre el futuro laboral de la esposa, quizá lo más problemático del fallo. Incluso discrepando del parecer del Ministerio Fiscal el Tribunal Supremo resuelve, acertadamente, en favor del cónyuge cuya previsible situación laboral resulta más vulnerable. (G. G. C.)

**23. Divorcio de matrimonio en que se había pactado la separación de bienes: requisitos de aplicación del artículo 1438 CC.**—Es doctrina jurisprudencial establecida en STS de 14 de julio de 2011 que *el derecho a obtener la compensación por haber contribuido a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.*

Esta conclusión es consecuencia de la concurrencia de tres reglas coordinadas que hay que tener en cuenta de forma conjunta para decidir: 1.<sup>a</sup> regla. La obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, pues la separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir. 2.<sup>a</sup> regla. Puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del artículo 32 CE. 3.<sup>a</sup> regla. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen.

En relación con los criterios para la interpretación del último inciso del artículo 1438, para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación establecida, será necesario: 1.º) Que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes, y 2.º) Que se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa. Deben excluirse, por tanto, criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico.

La regla de la aplicación resulta de una forma objetiva por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa, por lo que es contrario a la doctrina de esta Sala el tener en cuenta otra circunstancia distinta a la objetiva, como es, no el beneficio económico, pero sí que todos los emolumentos se hayan dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la sentencia denomina la inexistencia de *desigualdad peyorativa*, lo que supone denegar la pensión cuando el 100% del salario se destina al levantamiento de las cargas familiares. Admitirlo supone reconocer lo que la doctrina de esta Sala niega como presupuesto necesario para la compensación, es decir, que el esposo se beneficie o no económicamente. Basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación. Cosa distinta será determinar su importe.

**Prueba.**—Pero no es este el criterio único de la sentencia para denegar la pretensión. Aunque la sentencia no contenga, como hubiera sido deseable, una clara declaración de hechos probados, lo que sí niega, y esto no ha quedado contradicho, es que *en ningún caso consta en este procedimiento debidamente acreditado que la esposa, ahora apelante, se hubiera encargado de un modo exclusivo y excluyente, de las tareas de la casa, y de los trabajos domésticos habituales. Falta por ello la prueba de una dedicación esencial o significativa a dichas tareas.* A ello añade que ha habido una *anticipada compensación pecuniaria*, a favor de la esposa, compensación que puede tenerse en cuenta aunque no se haga efectiva en el momento de la ruptura y consiguiente extinción del régimen económico de separación. **(STS de 31 de enero de 2014;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Sentencia *pedagógica* que intenta aclarar dudas e incertidumbres doctrinales. Véanse las de De Pablo Contreras, en VV. AA. *Curso de Derecho civil (IV) Derecho de Familia*, 4.ª ed., 2013, p. 281. ¿Se hace uso frecuente de la norma cuestionada? (G. C.)

**24. Divorcio: cargas del matrimonio: no lo son el abono de los plazos de un préstamo hipotecario sobre vivienda familiar.**—En la sentencia de primera instancia se atribuyó la custodia del menor a la madre, fijándose una pensión de alimentos en favor del hijo, correspondiendo la atribución de la vivienda familiar a la esposa e hijo común, declarándose que del pago de los préstamos que gravan dicho inmueble, en tanto no se modifique el título constitutivo, se harán cargo ambas partes. La sentencia de la Audiencia Provincial desestimó la apelación declarando que *en cuanto al abono del préstamo hipotecario que grava la vivienda que fuera familiar y que es propiedad privativa de la esposa, habida cuenta el régimen económico matrimonial que rigió el matrimonio, y habida cuenta de los conocimientos financieros e inmobiliarios que se le suponen al recurrente por ser esta su profesión, la Sala comparte la argumentación argüida por la Juzgadora de instancia para mantener el pronunciamiento recurrido, esto es el que deben seguir abonándose por mitad, máxime si ambos se obligaron a ello frente al banco y fue obtenido en atención a la capacidad económica de ambos; y máxime si, finalmente, el ordenamiento jurídico permite al recurrente resarcirse de lo pagado a través del ejercicio de la oportuna acción.*

El recurrente alega que el pago de las cuotas hipotecarias de la vivienda familiar no constituye una carga del matrimonio, «al tratarse de una cuestión ajena al procedimiento de divorcio y que por lo tanto debe excluirse del fallo de la sentencia de divorcio, por ser una obligación afectante exclusivamente al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges», unido a que los esposos contrajeron matrimonio en régimen de separación de bienes y tratarse de un bien privativo de la esposa. Esta postura fue apoyada por el Ministerio Fiscal en vía de informe durante la tramitación del recurso de casación. La parte recurrida reconoce que no se trata de una carga familiar y que la referencia que se hace en la sentencia al pago del préstamo hipotecario lo es exclusivamente en su condición de coprestatarios, resultando ambos obligados en tanto no se modifique el título constitutivo.

Con invocación de las SSTS de 31 de mayo de 2006, 28 de marzo de 2011, 26 de noviembre de 2012 y 20 de marzo de 2013, la Sala desestima el recurso,

considerando que la descripción más ajustada de lo que puede considerarse cargas del matrimonio la encontramos en el artículo 1362, 1.ª CC, mencionando los gastos relativos al sostenimiento de la familia, alimentación y educación de hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia, que se limita a los esposos y sus hijos. En la sentencia recurrida se respeta la doctrina jurisprudencial aludida en cuanto no perturba el concepto de cargas del matrimonio, dado que se limita a constatar que la vivienda familiar es privativa de la esposa y que se concertó el pago del préstamo hipotecario por ambos cónyuges y a ello se obligaron frente al banco, por lo que se limita a reflejar el ámbito obligacional concertado voluntariamente por los litigantes, sin mencionar que ello constituya una carga del matrimonio, como reconoce la parte recurrida, por lo que procede dicha desestimación, dado que no se aprecia el interés casacional alegado pues la resolución recurrida se ajusta a la doctrina jurisprudencial vigente, sin apartarse de la misma. Igualmente es razonable que se haya hecho mención en la sentencia a la titularidad de la vivienda y al crédito hipotecario existente, y forma de pago convenida, en cuanto se trata de vivienda privativa de la esposa, que fuera familiar. (STS de 17 de febrero de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.] (G. G. C.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**25. Sucesión testamentaria: cautela socini y legítima: caracterización y alcance de su validez testamentaria.**—El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la aplicación testamentaria de la denominada *cautela socini* en relación con la intangibilidad de la legítima particularmente en orden a la validez de la misma ante el recurso a la intervención judicial en defensa de la legítima estricta de los legitimarios. El testador don Arturo Domingo falleció el 30 de julio de 1980, habiendo otorgado testamento abierto el 13 de julio de 1978, por el que instituyó heredera en usufructo de un tercio de sus bienes a su esposa, disponiendo varios legados a instituyendo en el remanente a sus herederos por partes iguales. La configuración de la cautela socini, en idénticos términos del testamento de su esposa, se ordenaba lo siguiente: «Octava.—Prohíbe absolutamente la intervención judicial y cualquier otra en su testamentaria, aun cuando en ella hubiere interesados menores de edad, ausentes o incapacitados, pues quiere que todas sus operaciones se ejecuten extrajudicialmente por su comisario contador partididor». «Novena.—Si por uno o varios se incumpliere cualquiera de las prohibiciones contenidas en las cláusulas octava y décima, quedarán automáticamente instituidos herederos en la proporción o cuota que en concepto de legítima estricta o corta señala la ley, acreciendo la parte en que habían sido mejorados los restantes». «Décima.—Quiere expresamente el testador que se respeten totalmente y con estricta fidelidad las donaciones y legados, cualquiera que fuese su importancia y cuantía que en vida haya hecho a cualquier persona y muy especialmente a su esposa e hijos, por lo que no tendrán tales liberalidades el carácter de colacionables, prohibiéndolo así a sus herederos».

En el contexto doctrinal debe señalarse que aunque la figura de la *cautela socini* goza de un cumplido reconocimiento en la práctica testamentaria que desarrolla el contenido dispositivo del testador, de suerte que su previsión no resulta extraña o inusual a la misma, conforme también a la estela más reciente

te de las cautelas de opción compensatoria, no obstante, tampoco puede desconocerse la polémica que en el ámbito de la doctrina científica ha acompañado (prácticamente desde la época de su valedor, el jurista Mario Socini, autor, a mediados del siglo XVI, de un dictamen a su favor) la aplicación de esta cautela ante su posible ilicitud por comprometer o gravar, indebidamente, la legítima de los herederos. Esta polémica tampoco ha sido cerrada o resuelta, con carácter general, por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, enfocada, primordialmente, desde la perspectiva casuística de las características del supuesto en cuestión, y centrada particularmente en torno al alcance del condicionante de la prohibición del recurso a la intervención judicial; con pronunciamientos que han ido desde la admisión y validez de esta cautela hasta su inaplicación (SSTS de 6 de mayo de 1953, 12 de diciembre de 1958, 8 de noviembre de 1967 y 8 de junio de 1999, entre otras).

Debe partirse de las perspectivas metodológicas que aporta el sistema de legítimas con incidencia en la libertad de testar, esto es, tanto de su función o papel de límite a la libertad dispositiva y distributiva del testador, como función de derecho subjetivo del legitimario con extensión a las acciones que en beneficio propio, y a su arbitrio, pueda ejercitar en defensa de su legítima. La delimitación de estos planos y funciones resulta necesaria para la interpretación sistemática de la cuestión planteada.

Esta interpretación se inicia con el plano prioritario de la posible validez conceptual de esta figura en el marco del contenido dispositivo del testamento. En este sentido, y atendida la función de la legítima como límite o freno a la libertad dispositiva y distributiva del testador, la respuesta debe ser favorable a la admisión testamentaria de la cautela. En efecto, conceptualmente analizada, y pese a su usual redacción bajo una formulación de sanción, la *cautela socini* no constituye un *fraus legis* dirigido a imponer una condición ilícita coacción o gravamen directo sobre la legítima, pues su alcance en una sucesión abierta y, por tanto, deferida, se proyecta en el plano del legitimario configurada como un derecho de opción o facultad alternativa que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses, esto es, ya aceptando la disposición ordenada por el testador, extremo que ya le sirve para calcular la posible lesión patrimonial de su derecho hereditario, o bien ejercitando la opción de contravenir la prohibición impuesta por el testador y solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, decisión que le llevará a recibir únicamente lo que resulte de su legítima estricta, acreciendo el resto a los legitimario conformes. Libertad de decisión que, en suma, una vez abierta la sucesión puede llevar, incluso, a la propia renuncia de la herencia ya deferida. Desde el plano conceptual no se observa que la potestad dispositiva y distributiva del testador infrinja el límite dispositivo que a estos efectos desempeña la función de la legítima. En el ámbito particional se alcanza la misma conclusión cuando la partición la realice el propio testador (arts. 1056 y 1075 CC). En la línea de argumentación expuesta, y conforme a la relevancia que la reciente jurisprudencia de esta Sala otorga al *principio de conservación de los actos y negocios jurídicos*, no sólo como mero criterio hermenéutico, sino como auténtico principio general (STS de 25 de enero de 2013), debe señalarse que esta Sala también ha resaltado su proyección en el ámbito del Derecho de sucesiones particularmente en la aplicación del principio *favor testamenti* (SSTS de 30 de octubre de 2012 y 20 de marzo y 28 de junio de 2013).

El segundo plano de análisis, la aplicación de la legítima como derecho subjetivo del legitimario, particularmente en orden a solicitar la intervención

judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, no puede valorarse desde un contexto dialéctico con el plano conceptual anteriormente expuesto. La prohibición de recurrir a la intervención judicial no afecta directamente al plano material de ejercicio del derecho subjetivo del legitimario, que conserva de modo intacto las acciones legales en defensa de su legítima, pues su incidencia se proyecta exclusivamente en el marco de la disposición testamentaria como elemento condicionante que articula el juego de la correspondiente opción que da sentido a la cautela socini. No hay contradicción o confusión de planos en orden a la eficacia estrictamente testamentaria de la cautela dispuesta.

La correcta relación que cabe establecer de los planos en liza es la de su complementariedad en el plano formal de la disposición testamentaria de la cautela, particularmente de la configuración de su elemento condicionante como clave de la sanción impuesta. Extremo que concilia la posible disparidad de criterios, tanto jurisprudenciales como doctrinales, que se denuncian en el debate planteado. Es preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio que determina el recurso a dicha intervención. Solo aquellos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta como sanción testamentaria. Por contra, otras impugnaciones que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes ajenos a la herencia deferida, entre otras, escapan a la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción.

La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta permite comprobar cómo opera la interpretación sistemática de los dos planos de análisis señalados. Se observa la validez de la cláusula socini por ser conforme tanto con la potestad de disposición y distribución del causante, como con el alcance de la prohibición impuesta. El testador permite el necesario juego de la opción para el legitimario en la cláusula 9.º, como también el natural desarrollo testamentario de la condición o prohibición impuesta, pues, aunque con el rigor usual de este tipo de cláusula se prohíbe absolutamente toda intervención judicial, no obstante el alcance de la misma no cabe interpretar que la prohibición también se refiera a la necesaria aceptación de actos contrarios a la norma o de irregularidades propiamente dichas, del procedimiento de ejecución extrajudicial de la herencia. También se comprueba que los legitimarios accionantes infringen la prohibición en la medida en que el fundamento que anida en el contenido impugnatorio realizado, en relación con la cesión de acciones efectuadas por el testador y su esposa a sus hijos varones, en documento privado de 22 de febrero de 1972, que fue objeto de la sentencia de esta Sala de 15 de junio de 2007, antecedente judicial del presente caso, se circunscribe claramente en el marco del ejercicio de una acción de suplemento y eventual reducción de donaciones (art. 815 CC) que comporta la pretensión de una nueva *cognitio* relativa a la computación y valoración del haber hereditario (STS de 4 de enero de 2013), constituyendo una clara contravención o falta de aceptación de la disposición patrimonial ordenada por el testador. Máxime si tenemos en cuenta que, aunque la cesión de acciones fue calificada por la citada sentencia de esta Sala como un negocio mixto de onerosidad y gratuidad, en cuanto al precio que justificaba o compensaba la constitución de una renta vitalicia en favor de los cedentes, no obstante, el

testador, con independencia de la calificación real del contrato celebrado, también había incluido expresamente el desarrollo lógico de esta cautela en la prohibición de impugnar las donaciones y legados hechos en vida (cláusula 10.<sup>a</sup> del testamento).

**Legado de cosa específica y determinada del testador (art. 882 CC).**—

Si bien es cierto que no cabe desconocer el peculiar proceso adquisitivo que en el ámbito sucesorio dispensa nuestro Código Civil al legado de cosa específica y determinada del testador, no obstante dicha peculiaridad no altera o afecta a los presupuestos que en la dinámica del proceso sucesorio, permiten operar el efecto adquisitivo, esto es, al *ius delationis* que informa y posibilita el derecho a adquirir la herencia y a la aceptación de la herencia, como presupuesto lógico o conceptual de la propia adquisición hereditaria. Desde esta perspectiva rectora, la adquisición del legatario legitimario viene previamente delimitada por el fundamento testamentario que informa la vocación a la herencia. En el presente caso, dicho fundamento ha realizado, de forma válida, las alternativas atributivas que pudieran derivarse de la aceptación de la herencia conforme a la aplicación de la *cautela socini*, condicionándose el ulterior proceso adquisitivo que resulte del juego de la opción elegida por el legitimario en donde el acrecimiento a favor de los legitimarios conformes no supone una vulneración del régimen adquisitivo de los legados, sino una consecuencia directa de la ordenación dispositiva querida por el testador. La reciente STS de 29 de julio de 2013 ha puntualizado la preferencia de la voluntad declarada por el testador, y, por ende, de su ordenación dispositiva de la herencia, respecto de una interpretación rigorista de la criterios de vinculación o imputación de donaciones y legados. Por lo demás, y en contra de lo argumentado por los recurrentes, no cabe confundir la acción de complemento de la partición (art. 1079 CC), respecto de la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia, con la acción de suplemento de la legítima que realmente ejercitan las legitimarias, sobre todo en orden a la validez de la cautela socini, verdadera piedra de toque en el objeto de este pleito, lejos de ser tal cláusula una cuestión colateral o accesorio. De su admisión inevitablemente se deriva una necesaria modificación de la partición realizada que se ajuste tanto a la intangibilidad de la legítima solicitada, como al acrecimiento de lo mejorado en favor de los legitimarios conformes.

**Devolución de los frutos.**—Como acertadamente señala la sentencia recurrida, la fecha a tener en consideración para la obligación de la devolución de los frutos en el presente caso, esto es, de computación de liberalidades para fijar las legítimas, viene referido a la interposición de la demanda (art. 651 CC) sin que quepan aplicaciones analógicas con otras figuras, más o menos próximas, pero de distinta naturaleza y función, como la colación (art. 1049 CC), ni mucho menos, con figuras claramente alejadas como el legado sujeto a condición, tal y como argumenta la recurrente.

**Prescripción de la *actio ad supplendam*: No cabe aplicación analógica de la caducidad de acciones.**—No procede la aplicación analógica pues técnicamente no se está ante el supuesto de reconducción al ámbito de la revocación y reducción de donaciones (arts. 644 a 646 CC), ni tampoco ante un supuesto de rescisión, ya por la vía específica de la lesión de la partición, o bien por el cauce general de la rescindibilidad de los contratos (arts. 1078 y 1299 CC), sino ante el ejercicio de una acción de suplemento de la legítima cuyo plazo de prescripción es de 30 años, desde el día del fallecimiento del causante. (STS de 17 de enero de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.] (G. G. C.)

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LXVIII, 2015

## FASCÍCULO I enero-marzo

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Antoni VAQUER ALOY: «La protección del testador vulnerable» .....	327
Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO: «Donación disimulada en escritura pública» .....	369
Marta PÉREZ ESCOLAR: «Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil» .....	409
Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias	
Por Marta OTERO CRESPO .....	481
Bibliografía	
<b>LIBROS</b>	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: «Causalidad en la responsabilidad extracontractual: sobre el arbitrio judicial, la “imputación objetiva” y otros extremos», por Fernando Peña López .....	539
DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «Los matrimonios mixtos en el Derecho español», por Carlos Martínez de Aguirre .....	543
FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «La deuda histórica del arbitraje moderno», por M. <sup>a</sup> Lourdes Martínez de Morentín Llamas .....	549
GARCÍA CARACUEL, Manuel: «La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales», por Sixto Sánchez Lorenzo .....	553
TORRES GARCÍA, Teodora F./GARCÍA RUBIO, María Paz: «La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de sucesiones», por Luis Díez-Picazo .....	555

**REVISTAS EXTRANJERAS**

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN.....	563
---	-----

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

**SENTENCIAS COMENTADAS**

Luis DÍEZ-PICAZO: «La reorganización del sector azucarero y el derecho del comprador a los frutos de la cosa vendida. (Comentario de la STS de 25-4-2014)» .....	589
Asunción ESTEVE PARDO: «El retraso en la entrega de un inmueble como daño indemnizable por incumplimiento defectuoso del contrato» .....	601

**SENTENCIAS**

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN, Francisco Leopoldo SANTANA NAVARRO.....	625
---	-----

## FASCÍCULO II

### abril-junio

## Estudios monográficos

Antoni VAQUER ALOY: «La protección del testador vulnerable» .....	327
Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO: «Donación disimulada en escritura pública».....	369
Marta PÉREZ ESCOLAR: «Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil» .....	409

## Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias

Por Marta OTERO CRESPO .....	481
------------------------------	-----

## Bibliografía

**LIBROS**

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: «...Causalidad en la responsabilidad extracontractual: sobre el arbitrio judicial, la “imputación objetiva” y otros extremos», por Fernando Peña López .....	539
DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «Los matrimonios mixtos en el Derecho español», por Carlos Martínez de Aguirre.....	543
FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «La deuda histórica del arbitraje moderno», por M. <sup>a</sup> Lourdes Martínez de Morentín Llamas .....	549

GARCÍA CARACUEL, Manuel: «La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales», por Sixto Sánchez Lorenzo.....	553
TORRES GARCÍA, Teodora F./GARCÍA RUBIO, María Paz: «La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de sucesiones», por Luis Díez-Picazo.....	555

**REVISTAS EXTRANJERAS**

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN.....	563
---	-----

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

**SENTENCIAS COMENTADAS**

Luis DÍEZ-PICAZO: «La reorganización del sector azucarero y el derecho del comprador a los frutos de la cosa vendida. (Comentario de la STS de 25-4-2014)» .....	589
Asunción ESTEVE PARDO: «El retraso en la entrega de un inmueble como daño indemnizable por incumplimiento defectuoso del contrato» .....	601

**SENTENCIAS**

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN, Francisco Leopoldo SANTANA NAVARRO.....	625
---	-----

**FASCÍCULO III**  
**julio-septiembre**

## Estudios monográficos

María del Carmen BAYOD LÓPEZ: «Padres e hijos mayores de edad: Gastos y convivencia».....	685
Lidia ARNAU RAVENTOS: «Las acciones de reducción o supresión de donaciones como mecanismo de protección legal del crédito: una aproximación desde el Derecho catalán».....	761
Nieves FENOY PICÓN: «La <i>Nachfrist</i> , el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento» .....	801

## Vía jurídica

Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ: «“The Future of Contract Law in Latin America”, 25 de junio de 2015, Institute of European and Comparative Law, University of Oxford (Reino Unido)».....	1083
---	------

## Bibliografía

**LIBROS**

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO

- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «La responsabilidad civil del registrador»,  
por Íñigo Mateo y Villa..... 1091
- GALICIA AIZPURÚA, Gorka: «Fiducia, leasing y reserva de dominio», por  
Bruno Rodríguez-Rosado ..... 1096
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «La compraventa», por Esteve Bosch Capde-  
vila ..... 1099

**REVISTAS ESPAÑOLAS**

- Por Isabel ARANA DE LA FUENTE ..... 1103

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

**SENTENCIAS**

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ  
DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY  
DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Gemma MINERO ALEJAN-  
DRE, Carlos ORTEGA MELIÁN ..... 1141

**FASCÍCULO IV**  
**octubre-diciembre**

## In Memoriam

- Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, por José María Miquel, Jorge  
Caffarena, Antonio Cabanillas y Fernando Pantaleón ..... 1193

## Estudios monográficos

- Esther GÓMEZ CALLE : «Víctimas vulnerables y Derecho de daños» ..... 1197
- Francesca FIORENTINI: «El proyecto “*The Common Core of European  
Private Law*”: aportaciones italianas a la comparación jurídica europea». 1311
- Sandra CAMACHO CLAVIJO: «La construcción de un concepto teórico de  
plusvalía en el régimen de participación en las ganancias» ..... 1355
- Ana María PÉREZ VALLEJO: «El complejo régimen que disciplina la res-  
ponsabilidad civil por daños derivados del acoso escolar» ..... 1387

## Vida Jurídica

- Héctor SIMÓN MORENO: «Conferencia de Clausura del Proyecto Europeo  
TENLAW (Towards a European Role in Housing Policy and Tenancy  
Law)» ..... 1453

## Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea

- Por Marta OTERO CRESPO ..... 1457

## Bibliografía

**LIBROS**

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (dir.): «Comentarios a la Ley de contratos de crédito al consumo», por Bruno Rodríguez-Rosado ..... 1509

RUIZ MUÑOZ, Miguel: «Derecho europeo y español sobre operaciones no autorizadas con instrumentos de pago (en especial tarjetas de pago)», por Antonio Cabanillas Sánchez ..... 1510

SCHOLLMEYER, Mario: «Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage. Zurechnung und Haftung bei Geschäftsgrundlagenstörungen gemäß § 313 BGB», por Francisco J. Andrés Santos ..... 1517

**REVISTAS EXTRANJERAS**

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Alma Rodríguez Guitián ..... 1521

## Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

**SENTENCIAS (AÑO 2014)**

Por Jenifer BLANCO RUEDA, Ramón CASAS VALLÉS, Marta RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Carles VENDRELL CERVANTES ..... 1549

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

**SENTENCIAS**

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN ..... 1603

