

ANUARIO  
DE  
DERECHO  
CIVIL

Tomo LXX  
Fascículo IV

2017

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXX FASCÍCULO IV

Octubre-diciembre, 2017



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Y PARA LAS ADMINISTRACIONES  
TERRITORIALES

**BOE** BOLETIN  
OFICIAL DEL  
ESTADO

# **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](mailto:antonio.morales@uam.es); [nieves.fenoy@uam.es](mailto: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  
[tienda@boe.es](mailto:tienda@boe.es)

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXX, FASCÍCULO IV  
Octubre-diciembre, 2017

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Y PARA LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES

Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2017

<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): 786-17-030-1  
NIPO (M. de Justicia): 051-15-002-0  
ISSN: 0210-301X  
Depósito legal: M-125-1958

---

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

La guarda como medida de protección  
de menores y personas con discapacidad  
tras su reforma por la Ley 26/2015, de 28  
de julio, de modificación del sistema  
de protección a la infancia y a la adolescencia

**MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA**

Catedrática de Derecho civil  
Universidad de Granada

**RESUMEN**

*La Ley Orgánica 1/1996 supuso un importante hito legislativo en la protección de los menores de edad, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 39 de la Constitución, que impone a los poderes públicos la salvaguarda de su interés superior y dotarles de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos y, entre ellos, destacadamente, por la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño.*

*No obstante, tras casi veinte años de su entrada en vigor, se hacía precisa una revisión en profundidad del sistema de protección jurídica de la infancia y la adolescencia. Labor que ha sido acometida por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015.*

*De entre las muchas novedades introducidas por estas dos Leyes, cabe destacar la profunda reforma de la que han sido objeto la guarda de hecho y la guarda administrativa, a las que se ha dotado de un régimen jurídico más completo y articulado, con el consiguiente avance y mejora en la protección de los menores, y por ende de las personas con discapacidad. El análisis de esa nueva regulación de la guarda constituye el objeto de este trabajo.*

**PALABRAS CLAVE**

*Interés superior del menor, guarda de menores y personas con discapacidad, clases de guarda.*

## ABSTRACT

*The Organic Law 1/1996 was a historic landmark in the legal protection of minors in Spain, in compliance with the mandate contained in Article 39 of the Constitution, which requires to safeguard the best interests of minors and provide them the protection laid down, notably, in the United Nations Convention on the Rights of the Child.*

*However, almost twenty years after its entry into force, it was required an in-depth review of the system of legal protection of children and adolescents. This task has been undertaken by the Organic Law 8/2015 and the Law 26/2015.*

*Among the many innovations introduced by these laws, it is worth mentioning the deep reform of child custody. It has been endowed with a more complete and articulated legal regime than before, with the consequent improvement in the protection of minors and disables. Therefore, the aim of this paper will be its analysis.*

## KEY WORDS

*Best interests of minors, child custody, disables custody, types of child custody.*

**SUMARIO:** I. *Introducción.*—II. *Regulación de la guarda antes de la reforma.* 1. La guarda de hecho y su evolución; 2. La guarda administrativa.—III. *Regulación de la guarda tras la reforma de 2015.* 1. La guarda de hecho tras la reforma: 1.1 La nueva redacción del artículo 303.1 del Código Civil: la posible atribución judicial al guardador de facultades tutelares y del acogimiento temporal del guardado. 1.2 La legitimación judicial de la guarda de hecho. 1.3 Valoración de la reforma. 2. La nueva regulación de la guarda administrativa: 2.1 Modalidades de guarda: a) La guarda provisional; b) La guarda voluntaria; c) La guarda de la Entidad pública por mandato judicial; d) La guarda con fines de adopción. 2.2 Previsiones comunes a los distintos tipos de guarda administrativa: a) La subsidiariedad, b) La temporalidad, c) La primacía de la reintegración familiar del menor, d) El control y apoyo público de las medidas adoptadas, e) Prioridad de las medidas familiares, f) Obligaciones de los titulares de la patria potestad o la tutela del menor, g) Implantación de un sistema de conocimiento y seguimiento de la situación de la protección de la infancia y la adolescencia en España.—Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

Dentro de los principios rectores del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, no cabe duda del papel preeminente que corresponde al interés superior del menor. Concepto que presenta

una triple funcionalidad, toda vez que su salvaguarda no solo constituye un derecho sustantivo de los menores de edad, sino también un principio general del derecho que debe informar el ordenamiento jurídico y su interpretación, así como una norma de procedimiento, que debe regir siempre que haya que tomar una decisión en la que se vean afectados menores de edad<sup>1</sup>.

Este principio fue expresamente recogido en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del menor, encontrando anclaje constitucional en el artículo 39 de la Constitución española que establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Entre ellos destaca la Convención de Derechos del Niño de 1989, que fue especialmente tenida en consideración por nuestro legislador con ocasión de la promulgación de la citada Ley.

La Ley Orgánica 1/1996 supuso, sin lugar a dudas, un importante hito legislativo en la protección jurídica de los menores de edad. No obstante, transcurridos prácticamente veinte años desde su entrada en vigor, durante los cuales la realidad social y jurídica en la que se desenvuelven los menores de edad ha experimentado una significativa evolución, era manifiesta la necesidad de someter el sistema de protección de la infancia y la adolescencia a una profunda revisión, mediante los necesarios ajustes de la normativa sustantiva y procesal que regula la materia. Y ello, al objeto de dotarlo de una mayor coherencia y eficiencia, y de responder a los mandatos contenidos en nuevos instrumentos internacionales ratificados por España<sup>2</sup>, así como a las propuestas y observaciones

---

<sup>1</sup> Esta triple funcionalidad del interés superior del menor está expresamente recogida en la observación general n.º 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en el ámbito de las Naciones Unidas, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). De ella se hace eco expresamente, a título ilustrativo, la STS, sala 1.ª, 416/2015, de 20 de julio.

<sup>2</sup> Entre estos acuerdos e instrumentos internacionales, el propio legislador hace especial mención, junto a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de 23 noviembre de 2007; a dos Convenios impulsados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado el 30 de junio de 1995 y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010, ratificado el 6 de septiembre de 2010); a tres Convenios del Consejo de Europa (el relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 y ratificado por España el 16 de julio de 2010; el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 y ratificado el 22 de julio de 2010; y el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 y ratificado el 11 de noviembre de 2014). Asimismo, hace mención al Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo



emitidas por diversos organismos nacionales e internacionales durante estos años<sup>3</sup>, y a la paulatina concreción jurisprudencial del interés superior del menor<sup>4</sup>.

Esa necesaria reforma del sistema de protección de los menores de edad ha sido recientemente acometida por nuestro legislador a través de dos leyes estatales, al objeto de garantizarles una protección adecuada y uniforme en todo el territorio del Estado. Estas leyes son la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>5</sup>.

---

a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000.

<sup>3</sup> A este respecto hay que hacer especial mención a la Observación general n.º 13 de 2011 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, relativa al derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia; a la Observación general n.º 14 de 2013 del Comité sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial; así como las observaciones finales a España de 3 de noviembre de 2010; a los documentos del Defensor del Pueblo, «Menores o adultos. Procedimientos para la determinación de la edad» de 2011 y «La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles» de 2012; y a las Circulares de la Fiscalía General del Estado 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, y 1/2012, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave (disponibles en <https://www.fiscal.es>); así como a las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines (BOCG. Senado, serie I, núm. 545, de 17 de noviembre de 2010).

<sup>4</sup> A este respecto, resultan de interés, entre otras, las SSTEDH de 16 de noviembre de 1999, 28 de junio de 2007, 26 de mayo de 2009, 22 de septiembre de 2009, 4 de diciembre de 2012 y 16 de diciembre de 2014; las SSTJUE 6 de junio de 2013, 9 de noviembre de 2010, 1 de julio de 2010; las SSTC de 20 de mayo de 2002, 19 de abril de 2004, 23 de febrero de 2009, 14 de diciembre de 2009, 3 de junio de 2013, 1 de febrero de 2016 y 11 de abril de 2016; y las SSTs de 16 de noviembre de 1999, 11 de febrero de 2011, 21 y 22 de julio de 2011, 27 de septiembre de 2011, 13 de febrero de 2015, 18 de marzo de 2015, 16 y 20 de julio de 2015, 26 de noviembre de 2015, 16 de diciembre de 2015, 4 y 9 de marzo de 2016, 17 de marzo de 2016 y 20 de abril de 2016.

<sup>5</sup> De conformidad con este objetivo, la Ley 26/2015 precisa los títulos competenciales en los que se sustenta en su DF 15.ª Entre ellos destaca la referencia a la competencia exclusiva para dictar la legislación civil atribuida al Estado por el artículo 149.1.8.ª de la Constitución Española (en adelante CE), sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan. Además, el artículo cuarto, la DT 1.ª y la DF 1.ª se dictan al amparo del artículo 149.1.6.ª CE que atribuye al Estado competencia exclusiva para dictar la legislación procesal; la DF 2.ª tiene la condición de básica, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1.ª y 16.ª CE; la DF 3.ª se dicta al amparo del artículo 149.1.7.ª CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva para dictar la legislación laboral; la DF 4.ª al amparo del artículo 149.1.18.ª CE, constituyendo bases del régimen estatutario de los funcionarios, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas que ya disponen de competencia exclusiva sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas y especialidades derivadas de la organización administrativa y funcional propia de las Comunidades Autónomas; y la DF 5.ª al amparo del artículo 149.1.1.ª, 7.ª y 17.ª de la Constitución.

A su vez, la DF 4.ª de la Ley Orgánica 8/2016 señala que esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva para dictar la legislación civil atribuida al Estado por el artícu-

De un lado, la Ley 26/2015 se estructura en cuatro artículos: en el primero de ellos se acomete una profunda revisión de las instituciones del sistema de protección de la infancia y la adolescencia a través de la modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor; en el segundo se contienen las reformas que afectan al Código Civil; en el tercero las correspondientes a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; y en el cuarto las relativas a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Su articulado se completa con veintiuna disposiciones finales, procediéndose en las catorce primeras a hacer una serie de ajustes en otras normas<sup>6</sup>, y en las restantes a precisar el título competencial en el que se sustenta la Ley, habilitar para su desarrollo reglamentario al Gobierno y las Ciudades de Ceuta y Melilla, habilitar al Gobierno para la creación del registro central de delincuentes sexuales, precisar las normas de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/93/UE incorporadas en esta ley, disponer que las medidas incluidas en la ley no podrán suponer incremento del gasto público y establecer su entrada en vigor.

Por su parte, la Ley Orgánica 8/2015 se ocupa de complementar esas reformas introduciendo en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, los cambios jurídicos-procesales y sustantivos necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica por incidir

---

lo 149.1.8.<sup>a</sup> CE; salvo el artículo segundo, la DT única, la DF1.<sup>a</sup> y la DF 3.<sup>a</sup>, que se dictan al amparo del artículo 149.1.6.<sup>a</sup> CE que atribuye al Estado competencia exclusiva para dictar la legislación procesal, así como la DF 2.<sup>a</sup>, que modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que se dicta al amparo del artículo 149.1.2.<sup>a</sup> CE que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de extranjería.

<sup>6</sup> En la DF 1.<sup>a</sup> se recogen las modificaciones que afectan a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; en la DF 2.<sup>a</sup> las relativas a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; en la DF 3.<sup>a</sup> la relativa al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; en la DF 4.<sup>a</sup> la que afecta a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; en la DF 5.<sup>a</sup> las que afectan a la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas; en las DDF 6.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup> las relativas a la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y a la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa; en la DF 8.<sup>a</sup> las correspondientes a la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; en la DF 9.<sup>a</sup> la que afecta a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; en las DDF 10.<sup>a</sup> a 14.<sup>a</sup> las que afectan a la modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la Ley 35/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, y al texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

en derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en la Constitución<sup>7</sup>.

De entre las muchas novedades sustantivas y procesales introducidas por estas dos leyes, el objeto de estas líneas se centra en analizar la nueva regulación de la que ha sido objeto la guarda de menores. Y ello, no sólo en lógica correspondencia con el mayor protagonismo que esta institución está llamada a asumir al amparo de la regulación vigente, al haberse introducido nuevas modalidades de guarda y haberse deslindado con mayor nitidez la guarda administrativa de la tutela administrativa; sino también porque, a pesar de haber sido objeto de una mayor atención, sus perfiles siguen siendo aún algo borrosos tras la reforma, por lo que trataremos de precisar cuáles son sus principios rectores. Y ello, sin pasar por alto la inevitable incidencia de esta reforma en la protección de las personas con discapacidad, toda vez que los instrumentos de protección de unos y otros son básicamente concurrentes. Aunque en ocasiones, como se pondrá de relieve, se echa en falta en la reforma esa imprescindible visión de conjunto con la que ha de ser abordada y regulada esta materia.

## II. REGULACIÓN DE LA GUARDA ANTES DE LA REFORMA

Con anterioridad a la reforma, el legislador dio a la guarda un limitado protagonismo dentro de los instrumentos de protección de los menores de edad, y por ende de las personas con discapacidad, contemplándose únicamente dos modalidades: la guarda de hecho y la guarda administrativa. De las cuales sólo la guarda administrativa estaba específicamente encuadrada dentro del sistema de protección de menores, previéndose que la guarda de hecho también pudiera tener lugar en relación a personas que presuntamente tuvieran su capacidad de obrar mermada a causa de discapacidad.

---

<sup>7</sup> La Ley se compone de dos artículos, recogiendo en el primero las modificaciones de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, y en el segundo las relativas a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Su texto se completa con dos disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales, en las que se recogen reformas puntuales de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, entre otras cuestiones relativas al carácter orgánico de la Ley y su título competencial, la previsión de no incremento de gasto, la habilitación al gobierno para su desarrollo reglamentario y su entrada en vigor.

Esto es, el «presunto incapaz», en los términos hasta ese momento empleados por el Código Civil.

## 1. LA GUARDA DE HECHO ANTES DE LA REFORMA Y SU EVOLUCIÓN

La guarda de hecho encontró reconocimiento y respaldo normativo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de Tutela<sup>8</sup>, por la que se dio nueva redacción a los Títulos IX («De la incapacitación») y X («De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados») del Código Civil, incluyendo en este último un Capítulo V dedicado a esta clase de guarda<sup>9</sup>.

Con ello, se venía a dar reconocimiento y amparo jurídico a una innegable realidad, consistente en la existencia de supuestos en los que, al margen de cobertura legal, administrativa o judicial alguna, una persona se hace cargo voluntariamente de la guarda y protección de un menor o de una persona con la capacidad de obrar mermada, a menudo, en este caso, sin que tampoco se proceda a su previa incapacitación judicial. De modo que esta persona asume la custodia y protección del menor, o de la persona con capacidad de obrar limitada, e incluso la gestión de su patrimonio, *de facto*, sin tener legal o judicialmente atribuida ninguna potestad para ello.

Aunque el Código Civil no precisaba cuando podía concurrir esta situación, los supuestos que dan lugar a ella se concretan básicamente en los siguientes. En primer lugar, cuando ante la ausencia, fallecimiento, incapacidad para cumplir con sus funciones o incumplimiento de las mismas por parte de los titulares de la patria potestad o la tutela, una persona menor de edad o con la capacidad de obrar judicialmente modificada debiera estar sometida a tutela judicial o administrativa, pero éstas no se hubieran constituido y se hubiera hecho cargo de su cuidado un tercero<sup>10</sup>. En segundo lugar, en los supuestos en los que un tutor, a pesar de estar inhabilitado, haber cesado legalmente en el ejercicio de su cargo o haberse cons-

<sup>8</sup> BOE núm. 256, de 26 de octubre de 1983.

<sup>9</sup> Esta reforma tuvo como referente el *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, realizado por los profesores Díez-PICAZO, BERCOVITZ, ROGEL VIDE, CABANILLAS y CAFFARENA, y publicado por la Fundación General Mediterránea, Madrid, 1977; aunque la regulación finalmente dada a la guarda de hecho fue más escueta que la propuesta en el Estudio.

<sup>10</sup> A título ilustrativo, este sería el caso cuando, fallecidos los padres de un menor en un accidente o habiendo hecho dejación de sus funciones, los abuelos se hicieran cargo de él, sin formalizar jurídicamente la situación.

tituido irregularmente la tutela, siga de hecho desempeñando la función de guarda del tutelado. En tercer lugar, y con frecuencia, en aquellos casos en que, concurriendo alguna causa de incapacitación congénita o sobrevenida durante la menor edad de una persona, que afecte a su capacidad de autogobierno, sus padres o un tercero asuman *de facto* su protección tras su mayoría de edad, sin haber instado previamente la modificación judicial de su capacidad de obrar y, por consiguiente y respectivamente, la prórroga o rehabilitación de la patria potestad o la constitución de tutela. Por su parte, el derecho foral aragonés precisa que el guardador de hecho es la persona física o jurídica que «*por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada*»<sup>11</sup>. Y el derecho catalán define como guardador de hecho a «la persona física o jurídica que cuida un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación si no está en potestad parental o tutela o aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen»<sup>12</sup>. En consideración a lo expuesto, en sentido negativo, se ha precisado que no concurrirá la guarda de hecho cuando un tercero se haga cargo de un menor o de una persona sin plena capacidad de obrar, por delegación en el ejercicio de sus funciones por parte de los titulares de la patria potestad o tutela (por razones laborales, escolares o similares), ya que en ninguno de estos casos actúa por iniciativa propia, sino asumiendo un encargo de los padres o los tutores, ni concurre una situación de abandono o desamparo del menor o incapacitado por parte de aquellos<sup>13</sup>. Tampoco cuando la guarda no es asumida de hecho y por propia iniciativa, sino conferida de manera provisional y temporal por la autoridad judicial<sup>14</sup>.

La escueta regulación de esta situación introducida en el Código Civil a través de la Ley 13/1983, sin dar ni tan siquiera un con-

<sup>11</sup> Vid. el art. 156 del Código de Derecho foral de Aragón.

<sup>12</sup> Vid. el art. 225-1 del Código Civil de Cataluña.

<sup>13</sup> En esta línea, la Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores señala que «en estos supuestos es el progenitor (o tutor, cabe añadir) quien se está ocupando de que los hijos (o el tutelado) de un modo u otro y a través de una persona interpuesta, sigan recibiendo la atención necesaria y conveniente, conforme a los usos sociales. Incluso cabe entender que ese tipo de delegación paterna parcial de la patria potestad (o la tutela) no genera propiamente una guarda de hecho».

<sup>14</sup> PARRA LUCÁN («Comentario al artículo 303», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013, p. 2537) alude al respecto al supuesto de la STS de 29 de marzo de 2001 (RJ 9852), en el que se concede a los abuelos por la autoridad judicial, en uso de las facultades que le atribuye el art. 158 CC, las medidas de carácter temporal de guarda y custodia de una menor, en atención a las circunstancias de inestabilidad por las que pasaba su madre, sin conllevar una suspensión de la patria potestad de la madre, que conservaba salvo en la guarda y custodia judicialmente atribuida a los abuelos.

cepto ni de la guarda ni del guardador de hecho, ni delimitar las situaciones que aquella comprendía, se centró en reconocer esta realidad y dotarla de ciertos efectos jurídicos. En primer lugar, se consagró la validez de los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor y del presunto incapaz, siempre que redunden en su utilidad (art. 304 del Código Civil). En segundo lugar, se previó que cuando la autoridad judicial tuviera conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podría requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas<sup>15</sup>; sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal pida al Juez y éste disponga, incluso de oficio, la constitución de la correspondiente tutela *ex* artículo 228 del Código Civil (art. 303 CC)<sup>16</sup>. Por último, se estableció el derecho del guardador de hecho a obtener reparación de los daños y perjuicios que, sin culpa por su parte, pueda sufrir en el desempeño de su labor, con cargo a los bienes del menor, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento (art. 306 del Código Civil, por remisión a lo dispuesto para los tutores en el art. 220 del Código Civil).

El legislador también estableció algunas obligaciones a cargo del guardador de hecho. De un lado, lo incluyó entre las personas obligadas a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conociera el hecho que dé lugar a ella, estableciendo en caso de no hacerlo su responsabilidad solidaria con el resto de obligados a promoverla por los daños y perjuicios causados (art. 229 del Código Civil).

Por lo que se refiere a sus causas de extinción, ésta tendría lugar en caso de recuperación de la titularidad o ejercicio de la patria potestad por los progenitores del menor; constitución de la tutela

<sup>15</sup> A título ilustrativo, contemplan la posibilidad de exigir rendir cuentas al guardador, las SSAP Valladolid de 1 de febrero de 2005 (AC 2005, 550); Pontevedra de 13 de octubre de 2005 (JUR 2006, 21471); Vizcaya de 13 de febrero de 2008 (JUR 2008, 174192); Ourense de 14 de julio de 2008 (JUR 2008, 344718). A su vez, el párrafo 2.º del art. 216 CC, añadido por la LO 1/1996 de protección jurídica del menor, establece que «las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos».

<sup>16</sup> Como señala ROGEL VIDE (*La guarda de hecho*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 28), «la impresión que da al analizar el art. 303 CC es la de que lo único que quiere el legislador, es poner fin, hacerla desaparecer». En este sentido, se pronunciaba con rotundidad la ya citada Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado, al afirmar que «la remisión del art. 303 al art. 228 CC deja claro que los trámites para la constitución de la institución de protección permanente deben iniciarse en el momento mismo de tener el Juez noticia de la situación de guarda de hecho. Por tanto, su subsistencia provisional se limita al tiempo que pueda durar la sustanciación de esos trámites».

ordinaria o administrativa; formalización de una guarda administrativa; adopción del menor; fallecimiento o declaración de fallecimiento del menor o el guardador; por voluntad del guardador; y por la mayoría de edad o emancipación del menor. En suma, se concibió como una situación con vocación de provisionalidad y llamada a ser controlada judicialmente en cuando la autoridad judicial tuviera conocimiento de ella<sup>17</sup>.

A pesar de esta escueta regulación, nuestro legislador no ha sido ajeno a la relevancia en la práctica de esta figura. En atención a ello, a lo largo de los últimos años encontramos un paulatino incremento de menciones legislativas al guardador de hecho, atribuyéndole otras tantas facultades u obligaciones, no exentas de dudas interpretativas. En esta línea, el artículo 3.1 c) de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, legitima al guardador de hecho para constituir un patrimonio protegido a favor de una persona con discapacidad con discapacidad psíquica, con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquellos y en los que hubiera sido designado beneficiario<sup>18</sup>. La Disposición Adicional Única de la Ley 1/2009 legitima a los guardadores de hecho para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones<sup>19</sup>. Esta Ley también da nueva redacción al artículo 38.6.º de la Ley del Registro Civil de 1956, permitiendo la anotación en dicho Registro, a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado y a efectos puramente informativos, de la existencia de un guardador de hecho y, en su caso, de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz. Asimismo, prevé su anotación registral el artículo 40.9.º de la Ley del Registro Civil de 2011, aunque

<sup>17</sup> En este sentido, *Vid.* PARRA LUCÁN, ob. cit., p. 2532.

<sup>18</sup> No aclara el precepto cómo acreditará el guardador de hecho ante el Notario su condición, ni cómo se articulará en su caso la aceptación de la herencia por el incapaz natural beneficiario del patrimonio en cuestión (GALLEGO DOMÍNGUEZ, «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en AA. VV., *La protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. Pérez de Vargas, ed. La Ley-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2007, pp. 134 y ss.).

<sup>19</sup> También en este supuesto la norma prescinde de concretar cómo se acreditará la condición de guardador de hecho, lo cual resulta particularmente relevante para dar eficacia práctica a esta previsión atendidos los límites establecidos por Ley Orgánica para el acceso a los datos personales de un tercero, para evitar intromisiones ilegítimas y vulneración de derechos fundamentales del titular de los datos.

con una redacción aún más escueta<sup>20</sup>. La doctrina entiende que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia permite su intervención en la solicitud de reconocimiento de la dependencia, al aludir a las personas que actúen en representación del interesado a estos efectos, mientras que otros preceptos aluden a los representantes legales. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, faculta para emitir el consentimiento informado por sustitución, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones por sí mismo, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación y el paciente carezca de representante legal, a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, encontrando cobertura en estas últimas el guardador de hecho. La Ley Orgánica 8/2015 ha modificado el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, admitiendo que el juez pueda suspender en el ejercicio de la guarda de hecho respecto de los menores (o mayores con la capacidad de obrar limitada, cabría añadir) que dependan de él, al inculpado por violencia de género; y en caso de no suspenderla, deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá esa guarda. Y el artículo 118 del Código Penal y el artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, contemplan expresamente a los guardadores de hecho entre los llamados a responder civilmente de los daños y perjuicios causados por los ilícitos penales cometidos por la persona menor de edad, pero mayor de catorce años, o mayor de edad pero carente de plena capacidad de obrar, que se encuentre bajo su guarda.

A la par de esta evolución normativa, cada vez más pareceres doctrinales han cuestionado la provisionalidad y la parquedad con la que el legislador estatal se ocupaba de la guarda de hecho, subrayando que en la práctica dista de ser una situación excepcional y planteando su posible encaje en la articulación del sistema de apo-

---

<sup>20</sup> La previsión legal contenida en el art. 38.6.º de la LRC/1956, al aludir al «presunto incapaz», permite entender que consagra la posibilidad registral, con efectos puramente informativos, a la guarda de personas que estando en situación de ser incapacitadas, no lo han sido. No obstante, no precisa quién estará legitimado para solicitar esa anotación, ni en caso de instarla el propio guardador de hecho cómo acreditará su condición. Si bien, queda fuera de toda duda que tal anotación puede ser una de las medidas cautelares que se adopten por la autoridad judicial, al amparo de lo dispuesto en el art. 762 LEC, cuando tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, lógicamente si con ocasión de ello tuviera constancia también de la existencia de un guardador de hecho (en este sentido, *Vid.* PARRA LUCÁN, *ob. cit.*, p. 2538).



yos previsto en la Convención de Naciones Unidas de Derechos de las Personas con Discapacidad. Ello ha dado lugar a un interesante debate entre quienes se muestran proclives a dar un mayor reconocimiento a esta situación, generalizada en la práctica en gran medida por el rechazo sociológico existente con respecto a la actual configuración del procedimiento judicial de incapacitación<sup>21</sup>; y quienes advierten los riesgos que para una adecuada salvaguarda de los menores y las personas con la capacidad de obrar mermada pueda entrañar la generalización de guardas constituidas *de facto*, al margen de las cautelas y garantías legalmente establecidas en la regulación de las instituciones de guarda y protección de menores y personas con la capacidad de obrar modificada, para la salvaguarda de sus legítimos intereses<sup>22</sup>.

## 2. LA GUARDA ADMINISTRATIVA ANTES DE LA REFORMA

Por su parte, la Ley Orgánica 1/1996, aunque centrada –según manifiesta su propia Exposición de Motivos– en regular la protec-

---

<sup>21</sup> En este sentido, entre otros, *Vid. FÁBREGA RUIZ, La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, ed. Universitaria Ramón Areces y Fundación *Aequitas*, 2006, p. 87; RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, «La guarda de hecho. Personas mayores, vida independientemente y soluciones jurídicas», Fundación *Aequitas*, 2009; ANGUITA RÍOS, «La protección del discapacitado no incapacitado», *Diario La Ley*, n.º 8165, 2013; y LECIÑERA IBARRA, «La nueva dimensión de la guarda de hecho de las personas con discapacidad tras la reforma del art. 303 CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Revista de Derecho de Familia*, ed. Aranzadi, 2016.

<sup>22</sup> La Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado recoge expresamente este recelo al afirmar que hay que poner coto a la posibilidad de que «a través de vías de hecho, se consoliden fraudulentamente vínculos con menores desamparados sin respetar las exigencias legalmente establecidas para garantizar la idoneidad de guardadores, acogedores y adoptantes». En la misma línea, PARRA LUCÁN (ob. cit., pp. 2533 y 2534) advierte que en esta materia se da la paradoja de que «si se regula la guarda de hecho y se establecen requisitos y formalidades, acreditaciones y controles, a medio y largo plazo ya no será una guarda de hecho, sino que en la práctica se convertirá en una guarda de derecho sin previa incapacitación, o si se quiere una *incapacitación* más relajada, sin procedimiento judicial contradictorio, sin las garantías del procedimiento de incapacitación, pero en las que alguna autoridad externa (¿los servicios sociales, la autoridad judicial?) deberán comprobar que concurren los presupuestos para legitimar la actuación del guardador en la gestión de los asuntos del menor o incapaz». Y añade «no es que esto sea criticable en sí mismo si se ofrecen soluciones a problemas que se plantean en la práctica... Pero no debe desconocerse que la relajación en las garantías puede impedir una protección adecuada y dejar abierta la puerta a fraudes y abusos». De modo que los pareceres a favor de la institucionalización de la guarda de hecho podrían resultar fundados en los casos en los que exista un entorno familiar adecuado y no haya recelos sobre la gestión patrimonial, pero no con carácter general; y sin que el criterio para abogar o no por la guarda de hecho deba ser puramente patrimonial, no sólo porque las decisiones relativas al cuidado de la persona (tales como las relativas a tratamientos médicos, fijación del lugar de residencia, internamientos, etc.) pueden ser tanto o más sensibles que las patrimoniales, sino también para evitar el riesgo de discriminar la protección de los más humildes con respecto a aquellos que dispongan de un patrimonio considerable.

ción de los menores de edad que se encuentran en situación de desamparo a través de la tutela administrativa, introdujo junto a ella otra nueva institución de protección de los mismos: la guarda administrativa.

El artículo 19 de esa Ley consagró la posibilidad de que la entidad pública encargada en el respectivo territorio de la protección de menores asumiera su guarda en los términos previstos en el artículo 172 del Código Civil, cuando los padres o tutores no pudieran cuidar de un menor o cuando así lo acordara el Juez en los casos en que legalmente procediera.

De conformidad con ello, la Ley Orgánica 1/1996 procedió a la modificación del citado artículo 172.2 del Código Civil estableciendo en él, por lo que a la guarda se refiere, su asunción por la entidad pública competente, durante el tiempo necesario, bien por acuerdo judicial, bien a solicitud de los padres o tutores que, por circunstancias graves, no pudieran cuidar al menor. En este segundo supuesto, se estableció que la entrega de la guarda se formalizaría por escrito, dejando constancia en él de que los padres o tutores habían sido informados de las responsabilidades que seguirían manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que la guarda sería ejercida por la Administración. Asimismo, se estableció que cualquier variación posterior de la forma de ejercicio debería estar fundamentada y ser comunicada a aquéllos y al Ministerio Fiscal.

La guarda administrativa venía así a constituir una nueva forma de protección de los menores de edad, distinta en sus presupuestos y efectos a la tutela administrativa.

Por lo que se refiere a su presupuesto de hecho, de entrada resulta criticable que se contemplara esta posibilidad nada más que con respecto a los titulares de la patria potestad o tutela de un menor, pero no de una persona con la capacidad de obrar modificada. En segundo lugar, el Código Civil no precisó las circunstancias que podían motivar la constitución de la guarda administrativa, quedando por tanto su estimación sujeta a la discrecionalidad de la Entidad pública. No obstante, sí señaló que debía estar motivada por «una circunstancia grave» y obstativa del cumplimiento de los deberes de cuidado del menor. Pero sin que dicha situación suponga el desamparo del menor, ya que precisamente la virtualidad de la guarda administrativa será, precisamente, evitar que esa «circunstancia» desemboque en desamparo, así como sus consecuencias. Por otro lado, al indicarse que la entidad pública asumirá la guarda del menor sólo «durante el tiempo necesario», se infiere que ha de tratarse de una circunstancia temporal y reversible (tales como una enfermedad u otras circunstancias graves). De modo que

de preverse su duración indefinida procedería la adopción de otra medida de protección del menor más estable<sup>23</sup>. Finalmente, la doctrina mayoritaria sostiene que las circunstancias que dan lugar a la guarda administrativa, en principio y como regla general, no deben ser imputables a los padres o tutores, ya que en otro caso nos encontraríamos ante una situación de desamparo<sup>24</sup>.

En cuanto a sus efectos y contenido, a diferencia de lo establecido en el artículo 172.1 del Código Civil con respecto a la tutela administrativa, el legislador no se ocupa de precisar el alcance de las facultades que asumirá la Entidad pública ni la incidencia de la constitución de esta medida de protección sobre la patria potestad o tutela ordinaria que recaiga en el menor (o, a mi juicio, de la persona con la capacidad de obrar modificada)<sup>25</sup>. De ello, cabe inferir que las facultades temporalmente asumidas por la Entidad pública se adecuarán a las circunstancias concurrentes en el caso concreto y al alcance de la imposibilidad temporal de los padres o del tutor para asumir el cuidado del menor (o persona con la capacidad de obrar modificada). Para ello, habrá que atender bien a lo manifestado por los propios padres o tutores en el escrito en el que soliciten a

<sup>23</sup> Así, a diferencia del Código Civil, el art. 87.1 de la Ley 14/2002, de Promoción, Atención y Protección de la Infancia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, precisa que «ante la presentación de solicitud formal por las personas que ejerzan la responsabilidad parental para que la Entidad Pública asuma la guarda del menor y de acuerdo con lo previsto en el artículo 63, se ordenará por esta la comprobación y evaluación de las causas alegadas, que habrán de ser graves, impositivas del cuidado del menor, de imposible atención por otros medios y transitorias, deviniendo la situación en desamparo si se constata su persistencia o permanencia».

<sup>24</sup> En este sentido, *Vid.* DÍEZ GARCÍA, «Comentario al artículo 172», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, cit., p. 1822; LLEBARÍA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Ed. Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1990, pp. 77 y ss.

<sup>25</sup> Algunas normas autonómicas de protección de menores sí que han precisado esta cuestión. Así, el art. 41.1 de la Ley 1/1995, de Protección del Menor del Principado de Asturias dispone que «los padres y tutores de un menor cuya guarda sea asumida por la Administración del Principado de Asturias conservarán los derechos de representación legal, de administración de bienes y de visitas sobre el menor y de forma muy especial el derecho de reintegración del mismo a su medio familiar de origen, con excepción de aquellos supuestos en que la guarda se derive tanto de la propia declaración de desamparo del menor y asunción de la tutela por ministerio de la ley sobre el mismo, como por disposición de la autoridad judicial, en cuyo caso habrá que estar al contenido que por esta se establezca». Por su parte, el art. 87.3 de la Ley 14/2002, de Castilla y León, precisa que «aceptada la guarda del menor, su entrega deberá formalizarse por escrito, recogiendo las condiciones generales en las que se establece y la forma de su ejercicio, así como las responsabilidades, genéricas y específicas, que siguen manteniendo respecto de aquél sus padres o tutores, dejando constancia de que éstos consienten la medida y han sido informados de los anteriores extremos»; añadiendo su apdo. 4 que «los padres o tutores conservarán en todo caso los derechos de representación, administración de bienes y visitas sobre el menor» y en apdo. 5 que «se procurará que los padres se impliquen en la atención a sus hijos y, a tal efecto, aquellos que dispongan de medios deberán contribuir al sostenimiento de las cargas derivadas de su cuidado, satisfaciendo a la Administración las cantidades económicas que, en función de sus posibilidades, ésta determine o asumiéndolas directamente».

la Administración la adopción de esta medida y en la resolución administrativa que acuerde su constitución, o bien a lo dispuesto por la resolución judicial que establezca esta medida de protección. Si bien, parece lógico entender que en todo caso la Entidad pública asumirá el deber de cuidado personal del menor (o persona con la capacidad de obrar modificada); sin perjuicio de que los padres o el tutor puedan seguir manteniendo la facultad de representarle en el ámbito patrimonial o en la toma de otras decisiones atinentes al menor –o persona con la capacidad de obrar modificada– (tales como las relativas a cuestiones educativas o sanitarias), que no tengan carácter de urgencia. Asimismo, hay que destacar que esta medida no supondrá en ningún caso la extinción de la patria potestad o la tutela ordinaria que recaiga sobre el menor, ni una suspensión de las mismas, como ocurre en el caso de la tutela administrativa, sino más bien la delegación o atribución judicial de su ejercicio<sup>26</sup>. De ahí que, en principio y salvo que el interés del menor lo impida, los progenitores o el tutor puedan solicitar el cese de esta situación en cuanto deje de concurrir la situación que motivó su adopción. A su vez, cualquier variación de la forma de ejercicio, se entiende que por parte de la entidad pública, deberá ser fundamentada y comunicada a los padres o tutores y al Ministerio Fiscal<sup>27</sup>.

El cuidado personal del menor que entraña en todo caso la guarda administrativa se llevará a cabo mediante su acogimiento familiar o residencial (art. 172.3 del Código Civil), procurándose que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona, así como su reinserción en la propia familia siempre y cuando no sea contraria a su interés superior (art. 172.4 del Código Civil)<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Se trata, como señala certeramente Díez GARCÍA (ob. cit., p. 1827), de una situación análoga a la que se plantea cuando se atribuye la guarda y custodia de un menor a uno de los progenitores, manteniendo ambos progenitores la titularidad de su patria potestad, donde el ejercicio de la misma que pueda desarrollar el progenitor custodio y el no custodio dependerá de lo que voluntariamente hayan acordado o de lo que haya dispuesto el juez. El problema –puntualiza– se puede plantear cuando ni la resolución administrativa ni la judicial por la que se constituya la guarda administrativa haya concretado este extremo, en cuyo caso es presumible que la atribución de guarda asumirá prácticamente todo el contenido dinámico de la patria potestad (o la tutela) como sucede también en los casos previstos en el art. 156 Cc. Asimismo, cabría atender para colmar esta laguna a lo dispuesto en el art. 236.1 CC para el supuesto en que existan dos tutores, uno de la persona y otro de los bienes, para resolver los problemas que puedan suscitarse.

<sup>27</sup> No precisa el precepto el plazo para cumplir con esa obligación, pero cabe entender por aplicación analógica de lo establecido en el apartado 1.º de este precepto, que deberá notificarse de forma fehaciente en un plazo de cuarenta y ocho horas y, siempre que sea posible, informándoles de forma presencial y de modo claro y comprensible de las razones que motivan el cambio.

<sup>28</sup> En consideración al interés superior del menor, la opción prioritaria deberá ser el acogimiento familiar, tal y como lo disponen la mayoría de Leyes autonómicas relativas a la protección de la infancia y la adolescencia, el art. 21 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del menor y las «Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los

Por último, se previó que en caso de que surgieran problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado en guarda, aquel o persona interesada podría solicitar su remoción (art. 172.5 del Código Civil).

### III. REGULACIÓN DE LA GUARDA TRAS LA REFORMA DE 2015

Como se ha apuntado anteriormente, La Ley 26/2015 y la Ley Orgánica 8/2015 han llevado a cabo una reforma en profundidad del sistema de protección jurídica de la infancia y la adolescencia para modernizarlo y garantizar una protección uniforme en todo el territorio del Estado. A tal efecto establecen un marco común de referencia, sin perjuicio del desarrollo normativo que lleven a cabo las distintas Comunidades Autónomas conforme a sus competencias legislativas, habiendo incorporado a su vez algunos avances introducidos en la normativa autonómica en los últimos años.

De conformidad con los principios rectores de la reforma de procurar la salvaguarda del interés superior del menor, promoviendo la prevención de las situaciones de desprotección y procurando que la intervención y separación del menor de su familia de origen sea excepcional, se ha procedido a recoger de forma expresa y más precisa la distinción entre las situaciones de riesgo y desamparo. Conceptos jurídicos indeterminados que, por primera vez, se procuran definir en una normativa de rango estatal, con apoyo en las aportaciones realizadas para su delimitación por la jurisprudencia y la legislación autonómica.

En particular, la Ley 26/2015 ha acometido una regulación más completa y estructurada de la institución de guarda<sup>29</sup>. De un lado, esta Ley ha regulado con más detalle la guarda de hecho. De otro, ha deslindado la guarda administrativa con mayor claridad de la situa-

---

niños», en particular las n.º 20 a 22, aprobadas por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 2009 (A/RES/64/142).

<sup>29</sup> La regulación de la guarda se ha mantenido dentro del Título VII («De las relaciones paterno-filiales»), Capítulo V («De la adopción y otras formas de protección de menores»), sección 1.ª («De la guarda y acogimiento de menores»); sin que se haya introducido mención alguna a ella, como probablemente hubiera sido más atinado desde un punto de vista sistemático, en el Título X («De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados») del Libro I del Código Civil. De modo que el art. 215 que encabeza el Capítulo I de este Título continúa haciendo mención, como instituciones de guarda y protección de la persona y/o bienes de los menores o incapacitados, únicamente a la tutela, la curatela y el defensor judicial; recogiendo con ello, a mi juicio, un elenco incorrecto por incompleto de las medidas de protección de aquellos (*Vid.* GARCÍA GARNICA, «Comentario al artículo 215», en *Comentarios al Código Civil*, dir. R. Bercovitz, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013, vol. II, pp. 2058 y 2059).

ción de la situación de desamparo y, por consiguiente, de la tutela administrativa. De modo que junto a la guarda de hecho, y dentro de las competencias asumidas por la Entidad pública encargada de la protección de menores en el respectivo territorio en los supuestos de desamparo, se contemplan la guarda provisional, la guarda voluntaria, la guarda judicial y la guarda con fines de adopción.

Esta ampliación y diversificación de los posibles supuestos de guarda supone una incuestionable mejora del sistema de protección de los menores de edad, e indirectamente de las personas con discapacidad. Además es coherente con los principios rectores de la reforma. En particular, porque habida cuenta la temporalidad propia de esta institución, se trata de una medida particularmente idónea para cumplir con los objetivos de ingerencia mínima y proporcionada en las relaciones familiares que informa la reforma, y con el objetivo de reinserción del menor, en lo posible, en su familia de origen.

No obstante, cabe objetar que no se haya desarrollado más su regulación, a fin de dar mayor claridad y seguridad jurídica a sus distintos presupuestos de hecho y efectos, y de sistematizar las disposiciones comunes a sus distintas modalidades. Y, sobre todo, en algunos extremos de la reforma se echa en falta la toma de conciencia de que las instituciones de protección de los menores y las personas con la capacidad de obrar limitada son en buena parte concurrentes, debiendo estar siempre presente esa visión de conjunto al abordarse su revisión para evitar indebidas omisiones o antinomias.

Su regulación se recoge, básicamente, en los siguientes preceptos del Código Civil, a los que la Ley 26/2015 ha dado nueva redacción: en los apartados 4 y 5 del artículo 172 en el caso de la guarda provisional; en el artículo 172 bis, en el caso de la guarda voluntaria y judicial; en el artículo 172 ter en cuanto al acogimiento al que los anteriores supuestos de guarda darán lugar; y en el artículo 176 en el caso de la guarda con fines de adopción; y en el artículo 303 en el caso de la guarda de hecho. Aunque también se refieren a ella otros preceptos tales como el artículo 103, 160 o el 174 del Código Civil.

## 1. LA GUARDA DE HECHO TRAS LA REFORMA

### 1.1 **La nueva redacción del artículo 303.1 del Código Civil: la posible atribución judicial al guardador de facultades tutelares y del acogimiento temporal del guardado**

Aparentemente las principales novedades de la reforma en cuanto a la guarda se refieren a la guarda administrativa. No obs-

tante, la Ley 26/2015 también ha introducido alguna modificación relevante en la regulación de la guarda de hecho, dando una nueva redacción al artículo 303 del Código Civil, que viene a reformular su papel entre las instituciones de protección de los menores de edad y las personas con discapacidad.

En primer lugar, se ha dividido el contenido del precepto en dos apartados, el primero de ellos compuesto de dos párrafos, de suerte que el primero viene a parafrasear el anterior contenido del precepto, si bien con alguna mejora técnica. Concretamente, se ha suprimido en él la previa referencia al derogado artículo 203 del Código Civil<sup>30</sup> y se ha adecuado su terminología a los dictados de la Convención de Naciones Unidas sobre las personas con discapacidad, al sustituir la referencia al menor o presunto incapaz sujeto a la guarda de hecho, por la referencia al menor o «persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo».

Con esas modificaciones, el párrafo 1.º del artículo 303.1 del Código Civil mantiene las facultades que la redacción anterior del precepto otorgaba a la autoridad judicial, cuando tuviera conocimiento de la existencia de un guardador de hecho: podrá requerirle información sobre la persona y bienes de quien esté sujeto a su cuidado y de su actuación en relación a los mismos, así como establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas<sup>31</sup>. Todo ello, sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal pida y el Juez disponga, incluso de oficio, la constitución de la tutela *ex* artículo 228 del Código Civil.

Junto a ello, dando un paso más en el reconocimiento de la legitimidad de la labor desempeñada por el guardador de hecho, se ha introducido *ex novo* un párrafo 2.º en el artículo 303.1 del Código Civil. En él se contempla la posibilidad de que judicialmente, en atención a las circunstancias concurrentes, *mientras que* se mantenga la situación de guarda de hecho y *hasta que* se constituya la medida de protección adecuada, se otorguen facultades tutelares al guardador. Se incorpora así al Derecho civil común, con este carác-

<sup>30</sup> Este precepto fue derogado por la disposición derogatoria única, apdo. 2.1, de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>31</sup> En este supuesto, la doctrina afirma que más que ante una guarda de hecho ya nos encontraríamos ante una guarda de derecho, sometida a control judicial. Así, ya antes de la reforma, PARRA LUCÁN («La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en *Los mecanismos de guarda legal con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Madrid, 2013, p. 227) afirmaba que «la intervención judicial propicia que ya no podamos hablar de guarda de hecho, pues en todo caso la persona a quien se encomiendan las funciones tutelares queda sometida a un control judicial y la situación ya no es propiamente de hecho, fáctica». Con posterioridad, en el mismo sentido, *Vid.* LECIÑERA IBARRA, «La nueva dimensión de la guarda de hecho de las personas con discapacidad tras la reforma del art. 303 CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 73, 2016, p. 2.

ter cautelar («mientras que» y «hasta que») y sin precisar el alcance de esas facultades, ni su incidencia sobre la patria potestad o la tutela que recaiga sobre el menor o la persona con discapacidad, una posibilidad ya contemplada en términos algo más precisos en algunos derechos forales<sup>32</sup>, e incluso en la práctica judicial<sup>33</sup>.

Asimismo, se ha introducido la posibilidad de que se constituya un acogimiento temporal a cargo del guardador, pero criticablemente solo para el caso de que la persona sujeta a la guarda de hecho sea menor de edad (art. 303.1, párr. 2.º del Código Civil).

Esta posibilidad, de entrada, viene a modificar la naturaleza de la relación entablada entre guardado y guardador, de suerte que a partir de la constitución del acogimiento le resultarán aplicables las normas reguladoras del mismo.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a su ámbito de aplicación, resulta criticable e injustificado que esta posibilidad no se contemple cuando el sujeto a guarda sea una persona mayor de

---

<sup>32</sup> El art. 225.3 del Código Civil catalán introdujo en el año 2010 la posibilidad, alternativa a la remoción y nombramiento de nuevo tutor, en consideración a su mayor agilidad en la protección de los intereses del menor o de la persona con la capacidad de obrar modificada, de que la autoridad judicial atribuyera funciones tutelares al guardador de hecho de una persona sujeta a potestad parental o tutela, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, a solicitud de aquel y siempre y cuando las circunstancias concurrentes lo hagan aconsejable, con suspensión de la potestad parental o la tutela. Por su parte, el art. 159.1 del Código Foral del Derecho de Aragón dispone *ex lege* que «la actuación del guardador de hecho en función tutelar debe limitarse a cuidar de la persona protegida y a realizar los actos de administración de sus bienes que sean necesarios. La realización de estos actos comporta, frente a terceros, la necesaria representación legal».

<sup>33</sup> La Circular 8/2011, de la Fiscalía General del Estado, dispone, en este sentido, que antes de adoptar una medida de protección definitiva y para evitar tiempos muertos que puedan perturbar el superior interés del menor o la seguridad jurídica, «podrá promoverse ante el Juzgado, al amparo de las previsiones contenidas en el art. 158 CC, por el Fiscal o por la Entidad Pública, al inicio del proceso judicial o incluso con anterioridad al mismo, el dictado de auto posibilitando actuar a los guardadores como representantes de los menores en tanto culmina el procedimiento». Y en la jurisprudencia encontramos supuestos en que son nombrados guardadores, *v. gr.*, abuelos o tíos de los menores, solapándose su existencia con la de los titulares de la patria potestad o la tutela que, sin ser removidos de su cargo, veían suspendidas sus funciones, reconociéndoseles funciones tutelares. Un significativo ejemplo lo constituye la STC 221/2002, de 25 de noviembre, que reconoce legitimación a los guardadores de hecho para recurrir en amparo una resolución judicial que consideraron lesiva a los derechos fundamentales de la menor a su cargo. Otro ejemplo destacable al respecto es el de la SAP de Zamora de 30 de julio de 2004 (JUR 2004, 255455) relativa a un expediente de jurisdicción voluntaria instado por los propios padres del menor, interesando la constitución de tutela provisional o guarda de hecho a favor de los abuelos paternos, y que concluyó con un Auto que acordaba constituir la guarda de hecho solicitada. También el Auto de la Audiencia Provincial de Zamora de 24 de noviembre de 2004 (JUR 2006, 28448), que confirma el auto recurrido que atribuía al guardador las facultades inherentes a la tutela, en aras al interés del menor y para que pudiera acreditar su representación legal. Y, en la misma línea, las SSAP Cádiz de 22 de diciembre de 2006 (JUR 2006, 33272) y de 24 de junio de 2014 (JUR 2014, 203775); y la SAP de Pontevedra de 15 de octubre de 2013 (AC 2013, 1957), aunque esta última con un voto particular, como muestra de que esta línea jurisprudencial, sancionando judicialmente la guarda de hecho aún sin un claro respaldo legal para ello, no estaba exenta de controversia antes de la reforma.



edad con la capacidad de obrar mermada. A este respecto, en su momento puse de manifiesto la incongruencia y la pérdida de oportunidad para una mejor y más adecuada salvaguarda de las personas mayores de edad con discapacidad que supuso el hecho de que nuestro legislador extendiera en el año 2003 la tutela administrativa a los mayores de edad desamparados, mediante la correspondiente modificación del artículo 239 del Código Civil<sup>34</sup>; pero sin precisar –aparte de otra serie de extremos discutibles de la redacción dada a este precepto– cómo se llevaría a cabo la guarda de esos mayores sujetos a tutela administrativa. En particular, sin contemplar expresamente, como hubiera sido oportuno, el correlativo acogimiento del mayor con discapacidad, con sus modalidades y sus oportunas especialidades, de forma análoga a lo establecido para el caso de tutela administrativa de un menor de edad<sup>35</sup>. La reforma de 2015 ha dado autonomía a esa previsión, con acierto, extrayéndola del artículo 239 y dedicándole un nuevo artículo 239 bis. Pero, aparte de esa mejora sistemática y de la revisión terminológica del anterior precepto<sup>36</sup>, el legislador ha

<sup>34</sup> Esa previsión se introdujo por el art. 9.3 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

<sup>35</sup> Al respecto, *Vid.* GARCÍA GARNICA, «Discapacidad y dependencia (II): Configuración y contenido de su situación jurídica», en *Tratado de Derecho de la Persona Física*, dir. GETE-ALONSO Y CALERA, Ed. Civitas, T. II, Pamplona, 2013, pp. 236 y ss.

<sup>36</sup> Alguna de las objeciones recogidas en la última obra citada a la redacción del último párrafo del art. 239 del CC, introducida por la Ley 41/2003, han encontrado respuesta en la redacción del art. 239 bis introducido en la reforma del Cc llevada a cabo por la Ley 26/2015. Así, las referencias a los incapaces se han reemplazado por las hechas a «las personas con la capacidad de obrar modificada», expresión más acorde con los dictados de la Convención de Naciones Unidas de 2006. Aunque con este cambio terminológico el legislador ha despejado también, lamentablemente en sentido negativo, una de las dudas que planteaba la anterior redacción: la de si esa medida de protección alcanzaba a proteger también al presunto incapaz (*Vid.* GARCÍA GARNICA, *ob. cit.*, p. 238), decantándose ahora de forma expresa por predicarla tan sólo de las personas con la capacidad judicialmente modificada. Ello en clara confrontación con el espíritu de la Convención de Naciones Unidas del 2006 y, sobre todo, con la mayor vulnerabilidad que en la práctica presentan las personas mayores cuya capacidad de obrar no ha sido modificada, precisamente por carecer en su entorno de personas que se ocupen de su atención y cuidado y encontrarse en una manifiesta situación de desamparo (al respecto, *Vid.* GARCÍA GARNICA, *últ. loc. cit.*).

Finalmente, el párrafo 2.º ha revisado la definición de la situación de desamparo que constituye el presupuesto de hecho de la tutela administrativa de personas mayores de edad. Con ello ha respondido en parte, aunque de nuevo de forma insatisfactoria por incompleta, a las objeciones vertidas frente a su anterior redacción. Entonces critiqué la imprecisa redacción de la norma, que describía como desamparo la situación provocada por el incumplimiento de los deberes legales que «le» incumbían respecto al incapaz, sin precisar cuáles eran esos deberes ni a quién se refería ese pronombre personal (*Vid.* GARCÍA GARNICA, *ob. cit.*, p. 239). Ahora, el legislador ha precisado que el desamparo de la persona con capacidad modificada judicialmente tendrá lugar cuando «quede privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad a las leyes, o por carecer de tutor»; pero con ello ha dejado fuera del texto de la norma no sólo a las personas con discapacidad no declarada judicialmente, lo cual ya es de por sí criticable, sino incluso a las que estén sujetas a la patria potestad prorrogada o rehabilitada.

perdido la oportunidad de colmar esa laguna que, más que una mera omisión, entraña una falta de congruencia interna del Código Civil y del sistema de protección de menores y personas con discapacidad. Lo que resulta criticable desde el punto de vista de técnica legislativa, ya que el hecho de acometer una reforma –sin duda oportuna y necesaria– guiada fundamentalmente por el principio del interés del menor, no justifica desde la óptica de una adecuada técnica legislativa perder la perspectiva de conjunto y, en este caso, desconocer que muchas de las previsiones relativas al sistema de protección de menores inciden directa o indirectamente en el sistema de protección de las personas con discapacidad. Perspectiva de conjunto que aunque sí ha estado presente en algunos aspectos de la reforma, en otros, como el que ahora mencionamos se echa en falta.

En tercer lugar, la norma no precisa a quién corresponde constituir ese acogimiento. En una interpretación literal y sistemática del precepto, cabe afirmar que ese acogimiento podrá ser constituido por la autoridad judicial, a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria<sup>37</sup>. No obstante, conocida la guarda de hecho por la Entidad pública competente en materia de protección de menores, y no encontrándose el menor en situación de desamparo, entiendo que ésta también podría encomendar al guardador de

---

<sup>37</sup> Cfr. la DA 2.ª de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, por la que se establece el «Régimen jurídico aplicable al acogimiento de menores». Concretamente, su apdo. 1 dispone que «el expediente para la constitución del acogimiento de menores se regirá por las disposiciones comunes establecidas en la presente ley, con las siguientes especialidades:

a) Cuando requiera decisión judicial, será promovido por el Ministerio Fiscal o por la Entidad Pública correspondiente, debiendo contener la propuesta presentada por ésta las menciones establecidas en la legislación civil.

El Juez recabará el consentimiento de la Entidad Pública, si no fuera la promotora del expediente, de las personas que reciban al menor; y de éste, si fuere mayor de 12 años, así como de los progenitores que no estuvieren privados de la patria potestad ni suspendidos en su ejercicio o, en su caso, del tutor.

Los progenitores no podrán alegar en el expediente si hubo o no causa de desamparo o si, de haberla, ha mediado después la rehabilitación.

Obtenidos los consentimientos y realizadas las audiencias con la debida reserva, dictará la resolución que proceda en interés del menor en el plazo de cinco días.

b) Cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de los progenitores o tutores, agotados los medios previstos por el apartado 1 del artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o si citados personalmente no comparecieran, se prescindirá del trámite y el Juez resolverá sobre el acogimiento.

c) Si los progenitores comunican al Tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente que pretenden impugnar la declaración de desamparo mediante la formulación de demanda, o promover el procedimiento a efectos de rehabilitación, el Secretario judicial, con suspensión del expediente, señalará el plazo de veinte días para la presentación de la demanda. Presentada la demanda, el Tribunal podrá suspender el expediente hasta que recaiga resolución en dicho procedimiento. Si no se presentara la demanda en el plazo fijado, por el Secretario judicial se continuará con la tramitación del expediente».

hecho el acogimiento por medio de resolución administrativa<sup>38</sup>. En tal caso, y en virtud de la aplicación *mutis mutandi* de lo dispuesto en el artículo 172.1 del Código Civil, esa resolución debería comunicarse al Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. Asimismo, debería notificarse fehacientemente, y a ser posible de forma presencial, a los progenitores, al tutor y al acogido si fuese mayor de doce años y, en todo caso, si tuviere capacidad suficiente, de forma clara, comprensible e inmediata, sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas; haciendo constar las causas y efectos de esa resolución. Todo ello, sin perjuicio de que, en su caso, la Entidad pública procediera simultáneamente a practicar las diligencias precisas para averiguar y constatar las circunstancias concurrentes, conforme a lo dispuesto en el apartado 4.º del artículo 172 del Código Civil.

No concreta el artículo 303 del Código Civil la duración máxima que puede tener este acogimiento temporal. De ello se ocupa su artículo 173 bis, letra b), que dispone que esta clase de acogimiento se presume transitoria y no deberá prolongarse más de dos años, sin perjuicio de su prórroga cuando atendidas las circunstancias concurrentes sea la situación más idónea para una adecuada salvaguarda del interés superior del menor. Conforme a este mismo precepto, transcurrido ese plazo o, en su caso, su prórroga, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores. No obstante, si no se dan las circunstancias adecuadas para ese regreso, pero el menor está siendo debidamente atendido, al amparo de lo dispuesto en la letra c) de este último precepto, procederá someter a revisión la situación de acogimiento temporal, constituyendo en su caso un acogimiento permanente, a iniciativa de la Entidad pública, el Ministerio Fiscal, el propio acogedor, el acogido mayor de doce años, o cualquier otra persona interesada; sin perjuicio de la adopción de otra medida de protección definitiva. En caso de que se atribuya al guardador el acogimiento permanente el art. 173 bis c) *in fine* del Código Civil dispone que «la Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor».

Por lo que se refiere a su contenido, siempre que el guardador sea una persona física, que será el caso más habitual, se tratará de un acogimiento familiar, el cual produce *ex lege* «la plena participación del menor o incapacitado en la vida de familia e impone a

<sup>38</sup> A este respecto, la propia exposición de motivos de la Ley de Jurisdicción Voluntaria destaca que el acogimiento de menores «se ha regulado por separado en previsión de una futura desjudicialización del procedimiento».

quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía y alimentarlo, así como educar y procurar una formación integral al menor y promover la adquisición o recuperación de la capacidad del incapacitado y su mejor inserción en la sociedad» (art. 173.1 del Código Civil).

Por otro lado, se introduce un apartado 2.º en el artículo 303 del Código Civil, en el que se establece que procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en el artículo 172 del Código Civil, con respecto a los menores, y en el artículo 239 bis del Código Civil, con respecto a las personas con la capacidad de obrar modificada<sup>39</sup>. Por el contrario, si el menor está siendo debidamente atendido por un guardador de hecho, no solo cabe entender *a contrario* que no procederá la declaración de su situación de desamparo por faltar su presupuesto objetivo, sino que además la reforma ha legitimado expresamente al guardador de hecho para promover la privación o suspensión de la patria potestad, la remoción de la tutela o el nombramiento de tutor (art. 303.2, párr. 2.º del Código Civil).

En suma, y sin perjuicio de las objeciones vertidas respecto a la redacción de esta norma, hay que destacar que la previsión de la posibilidad de atribuir funciones tutelares e incluso el acogimiento temporal al guardador de hecho vienen a apartarse del recelo y el carácter claudicante con el que anteriormente se había configurado la guarda de hecho. Se dota así de un mayor reconocimiento a su funcionalidad como institución de protección de menores y de las personas con discapacidad. Y ello, con la singular ventaja de su

---

<sup>39</sup> Esta previsión resulta absolutamente criticable por ociosa, ya que si el guardador de hecho cumple adecuadamente su función es evidente que faltan los presupuestos para declarar en situación de desamparo al guardado. En la misma línea, critica la técnica legislativa empleada LECIÑERA, ob. cit., p. 9.

A este respecto, cabe señalar que la Circular 8/2011, de la Fiscalía General del Estado, se decantaba por el parecer contrario, aunque con cautelas y reconociendo expresamente que ésta era una cuestión controvertida. Señalaba que «siempre ponderando las singularidades de cada caso –la situación de desamparo es por esencia casuística– los Sres. Fiscales apoyarán la opción de declarar al menor entregado con carácter permanente a personas ajenas al círculo familiar en situación de desamparo, sin perjuicio de evaluar el tiempo y los resultados de la guarda de hecho para que –si así lo exige el interés del menor– los guardadores sean designados acogedores». No obstante, habida cuenta que la finalidad de esa recomendación no era otra que someter la guarda al control de la Entidad pública, para evitar posibles irregularidades o situaciones contrarias al interés del menor; entiendo que esa finalidad se puede conseguir sin necesidad de una artificiosa declaración de desamparo, por no concurrir realmente sus presupuestos, y de forma más efectiva, estableciendo a cargo del guardador la obligación de notificar la existencia de la guarda de hecho a la Entidad pública, al Ministerio fiscal o a la autoridad judicial (al respecto, *Vid. infra* lo manifestado en el apdo. 1.2 de este epígrafe, en particular en la nota 45).

agilidad, al no precisarse para su constitución de un previo procedimiento judicial, con los costes temporales y económicos que ello supone. Si bien, tal vez cabría hablar con más propiedad del reconocimiento de su transformación en una nueva institución de protección de menores y de personas con discapacidad, una guarda de derecho y no puramente de hecho, en aquellos supuestos en que la autoridad judicial reconoce su existencia, la somete a medidas de control e incluso le atribuye funciones tutelares.

Se consolida, así, una evolución normativa ya propiciada por el artículo 762.1 LEC, al establecer que «cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación». De modo que el tenor literal de esta norma, *a contrario*, facultaba al Ministerio Fiscal, una vez informado de la existencia de un presunto incapaz sujeto a guarda de hecho, a mantener el *statu quo* en atención a las circunstancias del caso concreto, sin perjuicio de las medidas de control y vigilancia a las que la autoridad judicial pudiera sujetar la labor del guardador<sup>40</sup>.

## 1.2 La legitimación judicial de la guarda de hecho

Una de las principales virtualidades prácticas de la posibilidad de que judicialmente se atribuyan funciones tutelares al guardador de hecho, aunque no la explicita la norma, es la de dotar a éste de un título de legitimación y un medio de prueba de su condición de guardador, que igualmente permitirá su anotación en el Registro Civil. Cuestiones todas ellas que venían planteando dudas en la práctica y en la doctrina.

De hecho, la Ley 1/2009 dio nueva redacción al artículo 38.6.º de la Ley del Registro Civil de 1956, aún vigente, permitiendo la anotación registral, a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado y a efectos puramente informativos, de la existencia de

<sup>40</sup> A favor de esta posibilidad, *Vid.* LECIÑERA IBARRA, ob. cit., p. 3; y ya antes de la reforma BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios a los artículos 303 a 306», *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 789 y 792.

No obstante, parece apartarse de este criterio e imponer al juez que tenga conocimiento de la existencia de una guarda de hecho su sustitución por una tutela o curatela, el artículo 52.2 de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, al disponer que «el Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, *sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela*. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal».

un guardador de hecho y, en su caso, de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz. Pero la norma deja sin resolver la cuestión de cómo podrá el guardador o cualquier otro interesado acreditar su existencia ante el Registro Civil a estos efectos. Laguna que tampoco ha sido resuelta por el aún más escueto artículo 40.9.º de la Ley del Registro Civil de 2011.

A la hora de llevar a la práctica esta previsión legal, como ya se ha apuntado<sup>41</sup>, era evidente que esa anotación podía ser el resultado de una de las medidas cautelares a las que se sujetara judicialmente la guarda de hecho. Sin embargo, se planteaba la duda de cual sería el título que podría permitir a cualquier interesado o al propio guardador de hecho solicitar esa anotación en el Registro Civil, llegándose a cuestionar la posibilidad de que él mismo pudiera promoverla. Y ello, ante la dificultad que planteaba la acreditación de una situación por definición puramente fáctica<sup>42</sup>, discutiéndose asimismo si esa anotación podía o no suponer un título de legitimación para el guardador de hecho en el tráfico jurídico privado<sup>43</sup>.

Frente a ello, cabe sostener que la nueva redacción del artículo 303.1 del Código Civil viene a resolver en parte esas dudas, dado que la resolución judicial que atribuya funciones tutelares al guardador de hecho constituirá sin lugar a dudas un título de legitimación, que aparte de para otros fines, podrá hacerse valer por el propio guardador para instar la anotación de esta situación en el Registro Civil, y con ello, informar de su existencia a terceros. Es cierto que ello no evita otro riesgo advertido por la doctrina, el de que puedan concurrir varias personas que se arroguen simultáneamente la condición de guardador de hecho de otra. Pero, en el hipotético caso de que ello ocurriera los eventuales conflictos que puedan surgir en su actuación podrán solucionarse en atención a lo que resulte más

<sup>41</sup> *Vid. supra*, nota 18.

<sup>42</sup> Frente al silencio del Derecho común, el Derecho aragonés dispone expresamente que «para justificar la necesidad del acto y la condición de guardador de hecho será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes de la persona protegida», precisando, además, que «el acto declarado necesario por la Junta de Parientes será válido; los demás serán anulables si no eran necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida» (art. 159, apdos. 2 y 3, respectivamente, del Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011).

<sup>43</sup> A favor, pese a que la anotación carezca del carácter probatorio pleno de la inscripción y no excluya otros mecanismos de constatación de la guarda de hecho, tales como un acta notarial de notoriedad o instando su reconocimiento judicial a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, *Vid. DE SALAS MURILLO, La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*, ed. Aranzadi, 2011. En contra, sin embargo, al menos en el tráfico jurídico privado, *Vid. PARRA LUCÁN, ob. cit.*, p. 2539.

favorable para el interés de la persona sujeta a su guarda *ex* artículo 304 del Código Civil <sup>44</sup>.

No obstante, a diferencia del derecho aragonés y catalán, la reforma no ha dado un paso más, contemplando el deber de comunicar la existencia de la guarda de hecho al Juez, al Ministerio Fiscal o en su caso a la Entidad pública encargada de la protección de menores o de las personas con discapacidad en el territorio correspondiente <sup>45</sup>; con el incremento de las garantías que ello habría supuesto para el guardado y la proscripción de posibles abusos. Pues, si bien es cierto que la práctica forense no arroja datos que lleven a recelar *a priori*, sino todo lo contrario, de la labor que desempeñan los guardadores de hecho, cuya actuación generalmente viene movida por un afán asistencial y, a menudo, por lazos de afecto con la persona necesitada de amparo; también lo es que desde diversos foros, nacionales e internacionales, se nos advierte del elevado riesgo de abusos personales y financieros al que están expuestas las personas de edad avanzada y las personas con discapacidad. Abusos que a menudo no son denunciados, ante la falta de mecanismos adecuados de control, sin que el propio interesado pueda hacerlo debido a sus propias limitaciones personales, por edad o discapacidad, y la frecuente falta de terceros en su entorno (familiares, amigos...) que puedan advertir y denunciar por él la situación; sin obviar que a menudo el propio abusador procura el aislamiento social del perjudicado a tales efectos <sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Este criterio resulta avalado, por analogía, por lo dispuesto en relación a los supuestos de concurrencia de más de un tutor, en los artículos 225, 237, 237 bis, 238 del Código Civil.

<sup>45</sup> El art. 157 del Código de Derecho Foral de Aragón («Obligación de notificar el hecho») establece, con rotundidad y carácter general, que «el guardador debe poner el hecho de la guarda en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal». Por su parte, el art. 225.2 del Código Civil catalán, establece esa obligación con rigor en el caso de los menores y de mayores ingresados en un centro residencial, en los siguientes términos: «1. El guardador de hecho que ha acogido transitoriamente a un menor que ha sido desamparado por las personas que tienen la obligación de cuidarlo *debe comunicarlo a la entidad pública competente en materia de protección de menores o a la autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas desde el inicio de la guarda*. 2. En caso de guarda de hecho de una persona mayor de edad en quien se da una causa de incapacitación, si esta está en un establecimiento residencial, la persona titular del establecimiento residencial *debe comunicarlo a la autoridad judicial o al ministerio fiscal en el plazo fijado por el apartado 1*».

<sup>46</sup> Aunque la OMS advierte que previsiblemente las cifras de maltrato en la población de edad avanzada están subestimadas, dado que muchos supuestos no son denunciados y hay poca información sobre el alcance y gravedad de esta problemática, especialmente en los países en desarrollo, se calcula que 1 de cada 10 personas mayores ha sufrido malos tratos en el último mes; subrayándose que «este tipo de violencia constituye una violación de los derechos humanos e incluye el maltrato físico, sexual, psicológico o emocional; la violencia por razones económicas o materiales; el abandono; la negligencia; y el menoscabo grave de dignidad y la falta de respeto» (OMS, «Maltrato de las personas mayores», nota descriptiva n.º 357, octubre de 2015).

### 1.3 Valoración de la reforma

La reforma ha reforzado el régimen jurídico de la guarda de hecho, con lo que ello supone implícitamente de reconocimiento de sus bondades, en tanto medida ágil y eficaz para la protección de menores de edad y personas con discapacidad ante situaciones de falta o indebido cumplimiento de sus funciones por parte de sus progenitores o tutores, o ausencia, incapacidad o fallecimiento de estas personas. En coherencia con lo cual, ha introducido una serie de previsiones que vienen a dar estabilidad y seguridad jurídica a los guardadores de hecho.

No obstante, se ha perdido la oportunidad de llevar a cabo una reforma más completa y ambiciosa de la institución de la guarda<sup>47</sup>. Tampoco se ha aprovechado su virtualidad para dar respuesta a buena parte de los requerimientos del sistema de apoyos al que alude la Convención de Naciones Unidas de las personas con discapacidad; para lo cual habría sido oportuno llevar a cabo no solo una reforma del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, sino una reforma integral del sistema de protección de los menores y de las personas con discapacidad. Puesto que no se puede olvidar que los instrumentos de protección de unos y otros son en gran medida concurrentes, con lo que acometer su reforma sin una perspectiva de conjunto entraña un gran riesgo, como de hecho se ha advertido en las páginas anteriores, de provocar innecesarias incongruencias u omisiones. Frente a ello, habría sido deseable una reforma en profundidad, completa y sistemática, de las medidas de protección de menores y personas con discapacidad, dando cumplimiento por fin a una adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a los mandatos contenidos en la Convención de Naciones Unidas de las personas con discapacidad que lleva demorándose casi una década<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> A título ilustrativo, no se recoge una definición de la guarda de hecho o del guardador de hecho (*cf.* el art. 156 del Código de derecho foral aragonés; art. 225-1 del Código Civil de Cataluña); ni una obligación de comunicación de su existencia (*cf.* el art. 157 del Código de Derecho Foral Aragonés; art. 225-2 del Código Civil de Cataluña); ni la previsión de las causas de extinción de la guarda de hecho (*cf.* el art. 225-5 del Código Civil de Cataluña).

<sup>48</sup> Buena prueba de la necesidad de acometer esta tarea la constituye el art. 215 CC que, a pesar de su rotundo tenor literal, recoge una enumeración de las instituciones de guarda de menores e «incapacitados» incompleta, sin que se haya aprovechado la reforma llevada a cabo por la Ley 26/2015 para incluir en él al menos una referencia a la guarda (por el contrario, sí hace expresa mención a ella el art. 100.2 del Código del Derecho Foral de Aragón, al enumerar en términos análogos las instituciones tutelares de menores e incapacitados). En este sentido, ya advertía en GARCÍA GARNICA, «Comentario al artículo 215», *cit.*, pp. 2058 y 2059, que este precepto es impreciso por incompleto, echándose en falta la mención en él de toda una serie de instituciones de protección de menores y personas con discapacidad, en particular, la patria potestad, así como a la eventualidad de su prórroga o rehabilitación; la



Por otro lado, creo que la reforma ha dado respuesta solo parcialmente a las atinadas consideraciones, recogidas en la Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores; que, aunque centradas en los menores de edad, son perfectamente extrapolables a las personas con discapacidad. En ella, se advertía de la existencia de lagunas y antinomias en el tratamiento dispensado por nuestro ordenamiento a la guarda de hecho. De modo que se proponía su superación a través de una interpretación guiada por el principio del interés superior del menor y la persecución de cuatro objetivos:

- a) asegurar en lo posible que los menores (o personas con discapacidad) afectados sean cuidados por personas idóneas que puedan proporcionarles seguridad y perspectivas de futuro, respetando su derecho a la estabilidad familiar;
- b) preservar, como regla general, el vínculo de apego que pueda haberse generado entre el menor (o la persona con discapacidad) y sus guardadores;
- c) evitar que, a través de vías de hecho, se consoliden fraudulentamente vínculos con menores (o mayores) desamparados sin respetar las exigencias legalmente establecidas para garantizar la idoneidad de guardadores, acogedores y adoptantes;
- d) promover la seguridad jurídica, evitando zonas de penumbra y situaciones confusas derivadas de la coexistencia de plurales personas con intereses contrapuestos y con simultánea habilitación legal para velar por el menor (o la persona con discapacidad) y representarlo.

En coherencia con esos criterios, destacadamente se echa en falta que dentro del régimen jurídico de la guarda de hecho la reforma se hubiera contemplado un deber de comunicación a la autoridad judicial, al Ministerio Fiscal o a la Entidad pública competente en el respectivo territorio para la protección de los menores de edad o de las personas con discapacidad. Esta obligación, contemplada como se ha expuesto en derecho aragonés y catalán, habría resultado útil a efectos probatorios de esta situación, así como para garantizar la posible adopción de forma más ágil y eficaz de las medidas de control y legitimación del guardador introducidas por la reforma y, sobre todo, para promover de forma tempestiva una medida más

---

guarda, tanto de hecho (arts. 303 y ss. CC) como administrativa (art. 172.2 CC); el administrador patrimonial regulado en el art. 299 bis CC; e incluso una mención expresa a la tutela administrativa o a figuras emergentes, ensayadas ya por otros ordenamientos y por algunas Comunidades Autónomas, como el coordinador de parentalidad.

adecuada de protección del guardado, cuando ello resulte oportuno o necesario atendidas las circunstancias concurrentes, evitando que se consoliden situaciones fácticas que no sean acordes con la salvaguarda de su superior interés.

Se echa en falta una delimitación más clara del supuesto de hecho de la guarda y de las facultades del guardador. Más precisos se muestran en este sentido el derecho aragonés y el catalán cuando disponen, por ejemplo, que las facultades del guardador de hecho en el ámbito patrimonial se ceñirán a actos de administración.

Asimismo, resulta cuestionable que se haya contemplado sólo la posibilidad de que el guardador asuma «funciones tutelares», sin contemplar una posible «guarda de apoyo» o la asunción por el guardador de un papel análogo al del curador<sup>49</sup>. Tal previsión habría resultado acorde con los dictados de la Convención de derechos de las personas con discapacidad, así como con una consolidada doctrina jurisprudencial por la que se viene incentivando el recurso a la curatela como medida de protección de las personas con discapacidad psíquica, frente a la preexistente primacía de la tutela, procurando con ello llevar a cabo una interpretación y aplicación de nuestro ordenamiento jurídico acorde con los principios recogidos en la citada Convención, así como con el sistema de apoyos previsto en su artículo 12. Previsiones que deberían haber propiciado una profunda reforma de nuestro ordenamiento en materia de discapacidad, que injustificadamente ni ha llegado, ni se la espera a corto plazo.

## 2. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA GUARDA ADMINISTRATIVA

### 2.1 Modalidades de guarda

#### a) LA GUARDA PROVISIONAL

La Ley 26/2015 ha dado nueva redacción al artículo 14 de la Ley Orgánica 1/1996, relativo a la atención inmediata que la Administración ha de prestar a los menores que se encuentren en una posible situación de riesgo o desprotección. Junto a la preexistente obligación de las autoridades y servicios públicos de prestarle atención inmediata, actuar si corresponde a su ámbito de competencias o dar traslado en otro caso al órgano competente, poniendo los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor, o

---

<sup>49</sup> A favor de ello, *Vid.* LECIÑERA IBARRA, *ob. cit.*, pp. 11 y 12.

cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal; se ha introducido la facultad de la Entidad pública «de asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la *guarda provisional* de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo».

A estos efectos, la nueva redacción del artículo 172.4 del Código Civil establece que, en cumplimiento de su obligación de prestar una atención inmediata al menor, la Entidad pública podrá asumir su guarda provisional mediante resolución administrativa, que comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo al mismo tiempo a practicar las diligencias precisas para la identificación del menor, la investigación de sus circunstancias y la constatación de la situación real de desamparo. La asunción de esta guarda no precisará ni de la voluntad de los titulares de la representación legal del menor, ni de la declaración de desamparo.

En la Exposición de Motivos de la Ley, el legislador advierte que aunque esta nueva clase de guarda es imprescindible para atender situaciones de urgencia, debe tener límites temporales para evitar que se generen situaciones de inseguridad jurídica o indefensión para los representantes legales del menor<sup>50</sup>. Por ello, aparte de su sometimiento a la superior vigilancia del Ministerio Fiscal, se prevé que tales diligencias se realicen en el plazo más breve posible, y que durante el mismo se pueda proceder, según las circunstancias, bien a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela por la Administración o a la promoción de la medida de protección procedente; o bien a promover la constitución de la tutela ordinaria, si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de este. La norma añade que si transcurrido el plazo señalado no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad pública.

Al margen de estas previsiones, orientadas a precisar cuál será la medida de protección más estable en la que puede desembocar la guarda administrativa provisional, llama la atención que el legislador no se haya ocupado de precisar cómo se articulará el cuidado del menor durante la vigencia de ésta. Para colmar esta laguna,

---

<sup>50</sup> Así lo advierte el legislador en el apdo. III de la exposición de motivos de la Ley 26/2015.

entiendo que una interpretación conjunta del artículo 172.4 del Código Civil, con los artículos 173 bis.2 letra a) y 303.1, párrafo 2.º, lleva a afirmar que lo más coherente atendido el supuesto de hecho y la interinidad de esta nueva clase de guarda, así como el interés superior del menor sujeto a ella, es que vaya acompañada de una de estas dos posibilidades: bien la constitución de un acogimiento familiar de urgencia<sup>51</sup>, o bien la atribución cautelar del acogimiento al guardador de hecho, si éste existiera<sup>52</sup>.

Por lo que se refiere a sus causas de extinción, con cuestionable sistemática, no es el artículo 172.4, sino el 172.5 *in fine* del Código Civil, relativo a los supuestos de cese de la tutela administrativa, el que las precisa indicando que «la guarda provisional cesará por las mismas causas que la tutela». Esto es, cuando la Entidad pública constate, mediante los correspondientes informes, la desaparición de las causas que motivaron su asunción, cuando concorra alguno de los supuestos previstos en los artículos 276 y 277.1 del Código Civil (esto es, mayoría de edad del menor, salvo que con anterioridad se hubiera modificado judicialmente su capacidad; la concesión al menor del beneficio de la mayor edad; su adopción o fallecimiento; o cuando, habiéndose adoptado esta medida a raíz de la privación o suspensión de la patria potestad, su titular la recupere), y cuando compruebe fehacientemente alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país.
- b) Que el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma cuya Entidad Pública hubiere dictado resolución sobre declaración de situación de desamparo y asumido su tutela o medida de protección correspondiente, o entendiere que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor.
- c) Que hayan transcurrido seis meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido.

En conclusión, al margen de las observaciones hechas a la redacción del precepto, hay que subrayar el acierto que supone que la reforma haya dotado a la Entidad pública de un instrumento de intervención ágil y alternativo al desamparo, para aquellos supuestos de

---

<sup>51</sup> La propuesta de acompañar la asunción de la guarda provisional por parte de la Entidad pública con un acogimiento familiar de urgencia precisamente nos resolvería las dudas relativas a la duración de esta medida, toda vez que el art. 173 bis.2, letra a) del Código Civil precisa que esta clase de acogimiento tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto, se decide la medida de protección familiar que corresponda.

<sup>52</sup> De hecho, ya antes de la reforma se inclinaba a favor de esta posibilidad la propia Circular 8/2011, de la Fiscalía General del Estado.

desprotección de un menor, en que aún no se conozcan con exactitud las circunstancias de hecho en las que se encuentra.

#### b) LA GUARDA VOLUNTARIA

Tras la reforma, se mantiene la posibilidad ya existente con anterioridad de que la guarda administrativa se constituya por petición expresa de los progenitores o tutores del menor, cuando éstos no puedan cuidarle por circunstancias graves, pero añadiendo la exigencia de que sean transitorias y debidamente acreditadas.

No obstante, la reforma ha procurado deslindar nítidamente esta situación del desamparo, extrayendo su regulación del antes prolijo y complejo artículo 172 del Código Civil, ocupándose de ella en un nuevo artículo 172 bis. Asimismo, ha procurado evitar, de un lado, que esta situación se haga crónica, traduciéndose en una cesión del cuidado de los hijos a la Administración *sine die* y privándoles por esta vía de soluciones familiares y permanentes, en particular durante los años clave de la primera infancia<sup>53</sup>; y, de otro, que esta medida pueda servir de cauce a los representantes legales del menor para desentenderse de sus obligaciones para con el mismo.

Al objeto de que la guarda voluntaria realmente sea una medida de protección reservada a los supuestos en los que circunstancias graves, pero transitorias, impidan a los representantes legales cumplir adecuadamente con sus funciones, el artículo 19 de la Ley Orgánica 1/1996 y el artículo 172 bis del Código Civil establecen que su duración no podrá sobrepasar el plazo máximo de dos años, salvada la posibilidad de su prórroga en interés del menor cuando concurran circunstancias excepcionales. Transcurrido este plazo, o en su caso su prórroga, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores, o deberá dictarse una nueva medida de protección permanente. A este respecto, el artículo 18.2, letra b) de la LO 1/1996 establece que procederá la declaración de la situación de desamparo si transcurrido el plazo de guarda voluntaria y estando los representantes legales del menor en condiciones de hacerse cargo de su guarda, no quisieran asumirla, así como cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo.

En cuanto a su constitución, el artículo 172 bis del Código Civil establece que la entrega voluntaria de la guarda se hará por escrito, dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse

---

<sup>53</sup> Cfr. el apdo. II de la exposición de motivos de la Ley 26/2015.

por la Entidad Pública y garantizándose, en particular a los menores con discapacidad, la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo o la adopción de otros más adecuados a sus necesidades. La resolución administrativa sobre la asunción de la guarda por la Entidad Pública, así como sobre cualquier variación posterior de su forma de ejercicio, será fundamentada y comunicada a los progenitores o tutores y al Ministerio Fiscal.

Por lo que se refiere a las responsabilidades que los representantes legales del menor conservarán para con éste durante la vigencia de la guarda voluntaria, el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 1/1996 exige, cuando sea pertinente, el compromiso de la familia de someterse a intervención profesional. Por su parte, el artículo 172 ter. 4 del Código Civil dispone que tanto en los casos de declaración de situación de desamparo, como en los de asunción de la guarda por resolución administrativa o judicial, podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos<sup>54</sup>.

Por último, y en correspondencia con la vocación de transitoriedad de esta medida de protección, resulta destacable que se haya contemplado de forma expresa la oportunidad de mantener durante su vigencia los vínculos afectivos del menor con sus representantes legales, en interés de aquél. De modo que el menor tendrá el derecho a relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la Entidad Pública (art. 21 bis LO 1/1996).

En suma, se ha mejorado sustancialmente el régimen jurídico de esta clase de guarda, echándose en falta tan sólo una previsión análoga para los representantes legales de las personas con capacidad de obrar modificada.

#### c) LA GUARDA DE LA ENTIDAD PÚBLICA POR MANDATO JUDICIAL

De conformidad con el artículo 172 bis.2 del Código Civil, aparte de por resolución de la propia Administración, o por volun-

<sup>54</sup> Resulta cuestionable la mención dentro de los gastos repercutibles a los representantes legales del menor de «los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos», no sólo por lo impreciso de los términos empleados, en particular cuando alude a «la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores», sino sobre todo por su falta de coherencia con el régimen jurídico de la responsabilidad civil por hecho ajeno contenida en el Código Civil, con la responsabilidad patrimonial de la Administración actualmente regulada en las Leyes 39/2015 y 40/2015, y por la discutible naturaleza y fundamento jurídico de esta previsión.

tad de los representantes legales del menor, la asunción de la guarda de menores por la Entidad pública también podrá tener lugar cuando así lo acuerde el Juez, en los casos en que legalmente proceda, debiendo aquella adoptar la medida de protección que corresponda.

Al igual que con anterioridad a la reforma, se echa en falta una mínima precisión de cuáles son los casos en que legalmente procederá que la autoridad judicial ordene la constitución de una guarda, en lugar de otra medida de protección. No obstante, esta facultad del Juez ha de ponerse en relación, de un lado, con el presupuesto de hecho de esta medida (la existencia de circunstancias graves, pero transitorias, que impidan a los representantes legales del menor cumplir con sus funciones)<sup>55</sup> y, de otro, con lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil, en particular en su apartado 6.º, que permite al Juez adoptar, dentro de cualquier proceso civil o penal, así como en un expediente de jurisdicción voluntaria, las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas, pero distintos al desamparo; garantizando que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. Asimismo, hay que poner en relación esta posibilidad con lo dispuesto en la nueva redacción del artículo 303 del Código Civil, que prevé que, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la exigencia de un guardador de hecho, pueda constituir un acogimiento temporal a su cargo. Acogimiento temporal que bien podría asentarse sobre la simultánea atribución judicial de la guarda del menor a la Entidad pública, a efectos de que asuma el control y seguimiento de ese acogimiento.

#### d) LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN

La reforma ha introducido *ex novo* en el artículo 176 bis del Código Civil la guarda con fines de adopción, llevando a cabo simultáneamente una, a mi juicio, artificiosa supresión del acogimiento preadoptivo. Y ello, en la medida en que los derechos y obligaciones del guardador se han equiparado a los de los acogedores familiares, por lo que tal vez hubiera sido más coherente, con las oportunas modificaciones de su régimen jurídico, haber mantenido el preadoptivo como una de las clases de acogimiento familiar. Aunque con ella se viene a reconocer que esta guarda es parte del proceso de adopción.

---

<sup>55</sup> V. gr., enfermedad, ingreso en prisión, etc.

Se constituirá mediante la correspondiente delegación de guarda por parte de la Entidad pública, permitiendo iniciar una convivencia provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para su adopción<sup>56</sup>, con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al Juez para la constitución de la adopción, y hasta que se dicte la oportuna resolución judicial de constitución de la misma. Con ello, se evitará que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o prolongar su permanencia con una familia distinta.

Por lo que se refiere a sus efectos, salvo que convenga otra cosa al interés del menor, se prevé que la Entidad Pública proceda a suspender el régimen de visitas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el período de convivencia preadoptiva (art. 176 bis.2 del Código Civil). A este respecto, la verdadera novedad de la reforma radica en la introducción de la posibilidad de mantener la relación o contacto entre la familia de origen y la adoptiva, cuando así lo aconseje el interés del menor, en razón a su situación familiar, su edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad pública, procurándose en particular, y en la medida de lo posible, favorecer la relación entre hermanos biológicos<sup>57</sup>. Se consagra con ello, en interés del menor, un nuevo modelo de adopción en nuestro derecho, conocido como «adopción abierta», con precedentes en derecho comparado e incluso en algún derecho autonómico<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> La reforma establece con claridad, resolviendo las dudas existentes anteriormente, la exigencia de que la declaración de idoneidad de los adoptantes sea previa a la propuesta de adopción que la Entidad Pública formula al Juez y aboga por la homogeneización de los criterios conducentes a la misma (*cf.* art. 10 LO 1/1996; art. 176.2 CC, DA 3.º3 de la Ley 26/2015). Además, se modifican los supuestos en los que no es preceptiva la propuesta previa de la Entidad Pública de protección de menores para iniciar el expediente judicial de adopción (art. 176.2 CC).

<sup>57</sup> Esta posibilidad se recoge en el art. 178.4 CC. En estos casos el Juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. En todo caso, será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez. Si fuere necesario, dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin. El Juez podrá acordar, también, su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. La Entidad Pública remitirá al Juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos a petición del Juez. Están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años.

En atención a esta posibilidad, en la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen.

<sup>58</sup> Sobre sus posibles bondades para el adoptado *Vid.* ANGUIA RÍOS, «Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado», *Revista Aranzadi civil-mercantil*, n.º 11, 2016, pp. 81 y ss.; SABATER BAYLE, «La adopción abierta», *Comentarios sobre las*



Por otro lado, se dispone que la propuesta de adopción se eleve al Juez en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de transcurridos tres meses desde el día en el que se hubiera acordado la delegación de guarda con fines de adopción. Aunque este plazo podrá prorrogarse hasta un máximo de un año cuando la Entidad Pública considere necesario, en función de la edad y circunstancias del menor, establecer un período de adaptación del mismo a la familia. En el supuesto de que el Juez no considerase procedente esa adopción, la Entidad Pública deberá determinar la medida protectora más adecuada para el menor (art. 176 bis.3 del Código Civil).

Si a pesar del límite temporal previsto para la guarda con fines de adopción, ésta hubiera durado más de un año, se podrá iniciar el expediente de adopción sin necesidad de la propuesta previa de la Entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que la misma haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad (art. 176.2, 3.ª del Código Civil).

Por último, el artículo 175.5 del Código Civil se ocupa del supuesto en que, estando un menor bajo la guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, se produzca la ruptura de esa relación de pareja con anterioridad a la propuesta de adopción, señalando que esa circunstancia no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja unida por relación de naturaleza análoga a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción.

## 2.2 Previsiones comunes a los distintos tipos de guarda administrativa

Aunque la nueva regulación de la guarda administrativa supone una manifiesta mejora de la protección del menor, cabe objetar que se ha desaprovechado la oportunidad de recoger de forma conjunta las disposiciones comunes a los distintos supuestos de guarda administrativa, de forma análoga a lo que hace con respecto a la tutela y la guarda administrativa el nuevo artículo 19 bis de la Ley Orgánica 1/1996 («disposiciones comunes a la guarda y tutela»). No obstante, a partir de su regulación en la citada Ley Orgánica y en el Código Civil podemos inferir los siguientes principios rectores de la misma:

---

*leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, coord. por Cabedo Mallol, Ravetllat Ballesté, ed. Tirant Lo Blanch 2016, pp. 305 y ss.

a) LA SUBSIDIARIEDAD

El legislador ha procurado reforzar la subsidiariedad y excepcionalidad de las medidas que entrañen la separación del menor de su familia de origen. En coherencia con ello, una de las novedades más destacadas de la reforma ha sido la de prestar una mayor atención a las situaciones de riesgo, mediante la reforma del artículo 17 de la LO 1/1996, ante la toma de conciencia de que una intervención adecuada para paliar e intervenir en las situaciones de riesgo en que pueden encontrarse los menores se torna de capital importancia para preservar su superior interés, evitando en muchos casos que la situación se agrave, y que deban adoptarse decisiones mucho más traumáticas y de mayor coste individual, familiar y social, como la separación del menor de su familia. A este respecto, la nueva redacción del artículo 17.2 de la LO 1/1996 establece que «en situación de riesgo de cualquier índole, la intervención de la administración pública competente deberá garantizar, en todo caso, los derechos del menor y *se orientará a disminuir los indicadores de riesgo y dificultad que incidan en la situación personal, familiar y social en que se encuentra, y a promover medidas para su protección y preservación del entorno familiar*».

Con carácter general, y en la medida de lo posible, detectada una situación de riesgo con respecto a un menor de edad, la intervención de los poderes públicos procurará la prevención, detección y reparación de dicha situación, interviniendo en la propia familia, mediante servicios y recursos adecuados a tal fin<sup>59</sup>. A tal efecto, la nueva redacción del artículo 17.4 de la LO 1/1996 establece que «la valoración de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un *proyecto de intervención social y educativo familiar* que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, *promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su medio familiar*. Se procurará la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores en la elaboración del proyecto. En cualquier caso, será oída y tenida en cuenta la opinión de éstos en el intento de consensuar el proyecto, que deberá ser firmado por las partes, para lo que se les comunicará de manera comprensible y en formato accesible. También se

---

<sup>59</sup> Especial relevancia se otorga a la intervención en las situaciones de posible riesgo prenatal a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. También se introduce una previsión específica para los casos de atención sanitaria necesaria para el menor no consentida por sus progenitores u otros responsables legales, que conlleva la correspondiente modificación de la Ley 41/2002, reguladora de la Autonomía del Paciente.

comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años».

La regulación prevé que el proyecto de actuación sea consensuado con los progenitores u otros responsables legales, conforme al principio introducido en la reforma de primar las soluciones consensuadas frente a las impuestas. En caso de que se nieguen a su suscripción o no colaboren posteriormente en el mismo, se declarará la situación de riesgo mediante resolución administrativa, a fin de garantizarles la información de cómo deben actuar para evitar una ulterior declaración de desamparo.

El objetivo prioritario será procurar mantener al menor, en la medida de lo posible, en su entorno familiar. Sólo en caso de que ello no sea posible, lo soliciten los titulares de la patria potestad o la tutela del menor, o lo acuerde el Juez, la entidad pública asumirá la guarda de un menor que se encuentre en situación de riesgo o, en su caso, por el tiempo preciso para evaluar su situación y adoptar otra clase de medidas, o como fase previa a la constitución de su adopción, estableciendo un periodo de convivencia previo con las personas declaradas idóneas y asignadas para su adopción.

#### b) LA TEMPORALIDAD

La reforma enfatiza el carácter temporal de los distintos supuestos de guarda.

En el caso de la guarda provisional, aunque no se precisa su duración máxima, se entiende que se prolongará por el tiempo imprescindible para llevar a cabo la identificación del menor presuntamente necesitado de protección y la investigación y valoración de su situación real, y para adoptar la medida que corresponda en atención a ello. Más concretamente, en la medida en que el cuidado del menor en estos supuestos entiendo que normalmente deberá articularse a través de un acogimiento familiar de urgencia, su duración máxima en principio será la de seis meses, prevista para este último en el artículo 173 bis, letra a), del Código Civil.

En el caso de la guarda voluntaria, su duración máxima se limita expresamente a dos años, salvo que excepcionalmente el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la posible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo (art. 19 LO 1/1996).

Y, en el caso de la guarda con fines de adopción su temporalidad resulta de su carácter finalista, estableciendo el apartado 3 del artículo 176 bis del Código Civil que la propuesta de adopción al Juez tendrá que realizarse en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de transcurridos tres meses desde el día en el que se

hubiera acordado la delegación de guarda con fines de adopción. Sin perjuicio de que, cuando la Entidad Pública considere necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia más amplio, en función a la edad y circunstancias del menor, ese plazo pueda prorrogarse hasta un máximo de un año.

c) LA PRIMACÍA DE LA REINTEGRACIÓN FAMILIAR DEL MENOR

A excepción de la guarda con fines de adopción, en los distintos supuestos de guarda se procurará, en la medida de lo posible y atendido siempre el interés superior del menor, su reintegración familiar. Además, se procurará que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona, para que permanezcan unidos (art. 172 ter.2 del Código Civil).

Este principio, ya vigente con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido reforzado en la reforma. Una de las principales manifestaciones del mismo se encuentra en la primacía dada a la adopción de medidas de protección consensuadas frente a las impuestas, procurando la colaboración de la familia de origen durante su vigencia. Con este propósito se establece que siempre que la Entidad pública asuma la tutela o guarda del menor «elaborará un plan individualizado de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar» (art. 19 bis.1 LO 1/1996). En particular, si las menores sujetas a medidas de protección estuvieran embarazadas, se les prestará asesoramiento y apoyo adecuados a su situación, y en su plan individual de protección se contemplará esta circunstancia, así como la protección del recién nacido (art. 19 bis.6 LO 1/1996). En caso de tratarse de menores con discapacidad, la Entidad Pública garantizará la continuidad de los apoyos que vinieran recibiendo o la adopción de otros más adecuados para sus necesidades.

Ahora bien, la reforma deja claro que la reintegración del menor en su familia de origen no es un derecho absoluto, por lo que no se producirá en todo caso, sino sólo cuando no sea contrario al interés del menor. Cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública aplicará el programa de reintegración familiar, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa relativa a los menores extranjeros no acompañados<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Conforme al art. 19 bis.5 de la LO 1/1996, «en el caso de los menores extranjeros no acompañados, se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad».

Para ello, de conformidad con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo<sup>61</sup>, será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la familia de origen objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma. Y en los supuestos de guarda voluntaria se exige el compromiso de la familia de origen de someterse, en su caso, a la intervención profesional (art. 19.2, párr. 2.º, de la Ley Orgánica 1/1996).

Esta previsión se ve complementada con la salvaguarda del derecho del menor a relacionarse con sus progenitores, hermanos y parientes, durante la vigencia de las medidas de protección (art. 21 bis LO 1/1996). Derecho que, salvo que sea contrario a su superior interés, encuentra su fundamento en lo dispuesto en el art. 9.3 de la Convención de Derechos del Niño, cuya vigencia se extiende también a los menores separados de su familia por la Entidad Pública y pretende evitar situaciones de desapego que puedan posteriormente frustrar la reintegración del menor en su familia de origen, precisamente en consideración a su interés. En atención a ello, la nueva redacción del artículo 160 del Código Civil amplía el derecho del menor a relacionarse con sus parientes, incluyendo una mención expresa a los hermanos. Y en relación con la regulación del régimen de visitas y comunicaciones con los mismos, la nueva redacción del art. 161 del Código Civil aclara la competencia de la Entidad Pública para establecer dicho régimen, o bien suspenderlo temporalmente, mediante resolución motivada, que deberá comunicarse al Ministerio Fiscal.

Como novedad, cabe destacar que la reforma, a la inversa, también ha consagrado el derecho de la familia de acogida a relacionarse con el menor al cesar el acogimiento, si la Entidad Pública entendiera que conviene a su interés superior y lo consintieran la familia de origen o, en su caso, la familia adoptiva o de acogimiento permanente, y el menor si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años (art. 20 bis LO 1/1996). Igualmente, aunque excede del objeto de nuestra atención en este momento, centrado en la guarda, cabe apuntar que también en caso de adopción del menor, se contempla que en ciertos supuestos se pueda mantener el contacto

---

<sup>61</sup> *Cfr.* en particular los criterios establecidos en la STS 565/2009, de 31 de julio de 2009, para decidir si la reintegración familiar procede en interés superior del menor.

con la familia de origen, dando lugar a lo que se ha dado en denominar una «adopción abierta» (art. 178.4 del Código Civil).

#### d) EL CONTROL Y APOYO PÚBLICO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS

Sin perjuicio del deber de la Entidad pública de velar por la salvaguarda del interés superior del menor, todas las medidas de protección adoptadas, y entre ellas la guarda en sus distintas modalidades, estarán sujetas a la supervisión del Ministerio Fiscal (art. 174.1 del Código Civil)<sup>62</sup>.

Además, y al objeto de salvaguardar los intereses tanto del menor, como de sus progenitores, éstos estarán legitimados para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor durante los dos años siguientes a su notificación. Transcurrido ese periodo, la legitimación para impugnar las resoluciones que sobre el menor dicte la Entidad pública se ciñe al Ministerio Fiscal. Por otra parte, durante ese periodo de dos años, se legitima a las Entidades Públicas para adoptar, ponderando la situación, cualquier medida de protección que consideren necesaria, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico de irreversibilidad (art. 172.2 *in fine* del Código Civil).

Aparte de estas previsiones, con carácter general y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 39 de la Constitución, los poderes públicos velarán para que los titulares de las distintas medidas de protección de los menores, y en particular los guardadores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores (art. 12.2 Ley Orgánica 1/1996). En cuanto a la relación del menor con su

---

<sup>62</sup> Este precepto dispone: «2. A tal fin, la Entidad Pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor.

El Ministerio Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá ante la Entidad Pública o el Juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias.

3. La vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la Entidad Pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe.

4. Para el cumplimiento de la función de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, cuando sea necesario, podrá el Ministerio Fiscal recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes.

A estos efectos, los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes atenderán las solicitudes de información remitidas por el Ministerio Fiscal en el curso de las investigaciones tendentes a determinar la situación de riesgo o desamparo en la que pudiera encontrarse un menor».

familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda, como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, se prevé su revisión al menos cada seis meses (art. 172 ter.2 del Código Civil).

También se han introducido previsiones específicas de apoyo público para los supuestos en que los menores se encuentren bajo el cuidado de una víctima de violencia de género o doméstica, así como para los supuestos de menores con discapacidad. En el primer caso, se establece el deber de los poderes públicos de encaminar sus actuaciones a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquella, así como su protección, atención especializada y recuperación (art. 12.3 LO 1/1996). En el segundo, se les conmina a garantizar los derechos y obligaciones de los menores con discapacidad, velando al máximo por el interés superior del menor, y a garantizarles los mismos derechos respecto a la vida en familia que al resto de menores. Para hacer efectivos estos derechos y a fin de prevenir su ocultación, abandono, negligencia o segregación velarán porque se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias (art. 12.7 LO 1/1996).

Dentro de las medidas de apoyo público, hay que hacer mención a la introducción en el artículo 10 de la LO 1/1996 de un nuevo apartado 5.º en el que se establece a favor de los menores tutelados o guardados por las Entidades Públicas, el reconocimiento de oficio de su condición de asegurado en relación con la asistencia sanitaria, previa presentación de la certificación de su tutela o guarda expedida por la Entidad Pública, durante el periodo de duración de las mismas.

En el supuesto de que se produzca la reunificación familiar, la reforma contempla la realización por la Entidad Pública de un seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor (art. 19 bis.4 LO 1/1996), al objeto de garantizar su adecuada integración y la salvaguarda de su interés superior.

Finalmente, cabe destacar en este marco la introducción de un artículo 22 *quinquies* en la Ley Orgánica 1/1996 que establece la obligación de valorar el impacto en la infancia y adolescencia en todos los proyectos normativos, dando más eficacia y concreción al genérico deber de los poderes públicos de velar por la salvaguarda del interés superior del menor.

No obstante, y a pesar de las bondades de estas y muchas otras previsiones incluidas en la reforma, está por ver cómo será su materialización en la práctica, en la medida en que la Ley exige que sus medidas no supongan incremento del gasto público (*Vid.* DF 20.ª de la Ley 26/2015).

e) PRIORIDAD DE LAS MEDIDAS FAMILIARES

Conforme a lo dispuesto en la nueva redacción del artículo 12 de la LO 1/1996, «en las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas».

Esta prioridad de las medidas familiares se recoge expresamente también en el nuevo artículo 172 ter del Código Civil, en el que no sólo se consagra la prioridad del acogimiento familiar con respecto al residencial, sino que además se introduce la posibilidad de que las Entidades públicas acuerden estancias, salidas de fin de semana o vacaciones con familias, de origen o alternativas. Previsiones que resultarán de aplicación en todos los supuestos en los que la Entidad pública asuma la guarda de un menor, en sus distintas modalidades y, necesariamente, en el caso de la guarda con fines de adopción.

En coherencia con ello, se lleva a cabo una regulación más completa y detallada del acogimiento familiar, a través de la reforma del artículo 173 y la introducción de un artículo 173 bis en el Código Civil, que redefine y clarifica las modalidades de acogimiento familiar en función de su duración, concretándose en la actualidad en el acogimiento de urgencia; el acogimiento temporal (hasta ahora denominado simple), con una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje su prórroga; y el acogimiento permanente. Se suprime el acogimiento provisional, que ya no será necesario ante la simplificación del acogimiento familiar, y también el acogimiento preadoptivo, reconociéndose que actualmente es una fase del procedimiento de adopción y reemplazándolo por la guarda con fines de adopción.

Entre las previsiones que favorecen las medidas familiares, cabe hacer mención a la consagración del derecho de los trabajadores y funcionarios a obtener permisos remunerados, análogos a los que disfrutaban las trabajadoras embarazadas por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo. Previsión introducida no solo para las familias adoptantes, sino también –y en lo que ahora nos interesa– para los guardadores con fines de adopción y acogedores.

Hasta ahora el artículo 37.3.f) del Estatuto de los Trabajadores solo contemplaba este derecho en los supuestos de maternidad biológica, con la consiguiente discriminación para los supuestos de maternidad o paternidad adoptiva y, en su caso, en los casos de



acogimiento familiar. Y ello, a pesar de que en estos supuestos, algunas comunidades autónomas exigen por imperativo legal –a diferencia de lo que ocurre con los exámenes prenatales y las técnicas de preparación al parto– y, además y en su caso, a ambos adoptantes, guardadores o acogedores, que acudan obligatoriamente a unas sesiones informativas y de preparación, y que en el caso de la adopción o de la guarda con fines de adopción obtengan preceptivamente un certificado de idoneidad, lo que les impone someterse a un estudio psicosocial que en ocasiones supone más de cinco entrevistas. Tras la reforma estas exigencias legales pasan a considerarse propiamente como una preparación para la adopción y el acogimiento familiar, legitimando para obtener un permiso retribuido, de forma análoga a lo establecido hasta ahora sólo en relación a las familias biológicas. Además, estos permisos se extienden no sólo a los trabajadores por cuenta ajena y al personal de las Administraciones Públicas, sino también al personal funcionario, a través de la reforma tanto del Estatuto de los Trabajadores, como de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público<sup>63</sup>.

f) OBLIGACIONES DE LOS TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD O LA TUTELA DEL MENOR

Otra importante novedad es la consagración en el artículo 172 ter del Código Civil de la posibilidad de que, en los casos de guarda administrativa o judicial, así como en los casos de desamparo, la Entidad Pública pueda fijar una cantidad a abonar por los progenitores o tutores en concepto de alimentos y gastos de cuidado y atención del menor. Más concretamente, su apartado 4.º prevé que «en los casos de declaración de situación de desamparo o de asunción de la guarda por resolución administrativa o judicial, podrá establecerse

---

<sup>63</sup> La disp. final 3.ª de la Ley 26/2015 da nueva redacción a la letra f) del art. 37.3 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, reconociendo el derecho a un permiso remunerado: «f) *Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, siempre, en todos los casos, que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo*».

A su vez, la disposición final 4.ª de la Ley 26/2015 modifica la letra e) del art. 48 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, extiende este derecho a los empleados públicos: «e) *Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto por las funcionarias embarazadas y, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo*».

por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos».

Atendida la redacción del precepto, se echa en falta la expresa mención de esa obligación en los casos de guarda voluntaria. No obstante, razones lógicas y sistemáticas imponen entender que esta previsión es igualmente aplicable a dicho supuesto, debiendo concretarse la contribución de los progenitores o tutores en la resolución administrativa o judicial en la que se formalice la guarda voluntaria<sup>64</sup>.

g) **IMPLANTACIÓN DE UN SISTEMA DE CONOCIMIENTO Y SEGUIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN ESPAÑA**

El artículo 22 ter de la Ley orgánica 1/1996 establece la creación de un sistema de información estatal sobre protección de menores a realizar por las Entidades Públicas y la Administración General del Estado, con el propósito de permitir el conocimiento y el seguimiento de la situación de la protección de la infancia y la adolescencia en España, no solo a efectos estadísticos, sino también de seguimiento concreto de las medidas de protección adoptadas respecto de cada menor, así como de las personas que se ofrecen para el acogimiento y la adopción.

A su vez, el artículo 22 quáter de esta Ley introduce normas que regulan el tratamiento de datos de carácter personal de los menores atendiendo a su interés superior y el artículo 22 quinquies establece la obligación de valorar el impacto en la infancia y adolescencia en todos los proyectos normativos. Pero todo ello, en el marco de las limitaciones presupuestarias contenidas en la Disposición final 20.<sup>a</sup> de la Ley 26/2015. Previsión, esta última, que deja en el aire la viabilidad en la práctica de alguna de las bienintencionadas medidas introducidas en la reforma. El tiempo nos dirá.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AA. VV.: *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, dir. Díez-PICAZO, Fundación General Mediterránea, 1977.

---

<sup>64</sup> Esta será una de las menciones que deberán constar en el escrito de constitución de la guarda voluntaria (*cfr.* art. 172 bis del Código Civil).

- ANGUITA RÍOS.: «La protección del discapacitado no incapacitado», *Diario La Ley*, n.º 8165, 2013.
- «Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado», *Revista Aranzadi civil-mercantil*, n.º 11, 2016.
- BERROCAL LANZAROT.: «La «revitalización» de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (I)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 757, 2016; y (II), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 758, 2016.
- CALVO SAN JOSÉ.: «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de junio, y Ley 26/2015, de 28 de julio)», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, junio 2016.
- DÍEZ GARCÍA.: «Comentario al artículo 172», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano. Editorial Tirant Lo Blanch, 2013.
- FÁBREGA RUIZ.: *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, ed. Universitaria Ramón Areces y Fundación Aequitas, 2006.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ.: «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en AAVV, *La protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. Pérez de Vargas, ed. La Ley-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2007.
- GARCÍA GARNICA.: «Discapacidad y dependencia (II): Configuración y contenido de su situación jurídica», en *Tratado de Derecho de la Persona Física*, T. II, dir. GETE-ALONSO Y CALERA, ed. Civitas, Pamplona, 2013.
- «Comentario al artículo 215», en *Comentarios al Código Civil*, vol. II, dir. R. Bercovitz, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013.
- LECIÑERA IBARRA.: «La nueva dimensión de la guarda de hecho de las personas con discapacidad tras la reforma del art. 303 CC por la Ley 26/2015, 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 73, 2016.
- LLEBARÍA SAMPER.: *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, ed. Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1990.
- NÚÑEZ ZORRILLA.: «El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de los Derechos Humanos*, Universidad de Navarra, n.º 73, 2015.
- ORDÁS ALONSO.: «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2016.
- PANIZA FULLANA.: «La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2015.
- ROGEL VIDE.: *La guarda de hecho*, ed. Tecnos, Madrid, 1986.
- RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO.: *La guarda de hecho. Personas mayores, vida independientemente y soluciones jurídicas*, Fundación Aequitas, 2009.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN.: «Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencias», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2016.
- SABATER BAYLE.: «La adopción abierta», *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, coord. por Vicente José Cabedo Mallol, Isaac Ravetllat Ballesté, Ed. Tirant Lo Blanch, 2016.

SALAS MURILLO.: *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*, ed. Aranzadi, 2011.

UREÑA MARTÍNEZ.: «Novedades más significativas en el Código Civil en materia de protección de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Revista CESCO*, n.º 15, 2015.



# La necesaria renovación del Derecho de Fundaciones, ¿reforma o derogación de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre?

**MARTA PÉREZ ESCOLAR**  
Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad de Valladolid

## RESUMEN

*El denominado Derecho de Fundaciones constituye un sector de nuestro ordenamiento jurídico cuya evolución viene determinada por la necesidad de conseguir un mejor funcionamiento de estos entes como personas jurídicas destinadas a la satisfacción de fines de interés general. En la actualidad, esta realidad se encuentra además amplificada ante la desconfianza social que ha generado su frecuente utilización para fines ajenos a los propios de la institución fundacional.*

*Ello obliga a un replanteamiento de muchos de los fundamentos de la normativa vigente, lo cual es abordado por este trabajo con relación al régimen jurídico contenido para las fundaciones de competencia estatal en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, cuya derogación ya fue propuesta por el Anteproyecto de Ley de Fundaciones de 29 de agosto de 2014.*

*Con estas premisas, se examinan las posibilidades y conveniencia de reforma de cuestiones tan relevantes como, entre otras, las que afectan a la constitución viable de la fundación; la composición de los órganos de gobierno y su responsabilidad; los actos de disposición sobre el patrimonio fundacional o la actuación económica de la fundación en función de su relación con el fin fundacional. Al tiempo, se plantean aspectos más novedosos como la introducción de códigos de buen gobierno y principios de transparencia o la atribución al Protectorado facultades de inspección y de sanción. Finalmente, se aborda el tema de la opción de política legislativa que sería más adecuada para llevar a cabo las reformas propuestas: nueva ley de fundaciones frente a modificación de la actualmente vigente.*

**PALABRAS CLAVE**

*Fundaciones; fines de interés general; constitución viable; Patronato; responsabilidad de los patronos; códigos de buen gobierno; patrimonio fundacional; actividad económica; transparencia; Protectorado; facultades de inspección y de sanción.*

**ABSTRACT**

*The so-called Foundations Law is a sector of our legal system whose evolution is determined by the need to achieve a better functioning of these entities as legal persons aimed at the satisfaction of purposes of general interest. At present, this reality is also amplified by the social mistrust that has generated its frequent use for purposes other than those of the institution.*

*This requires a rethinking of many of the fundamentals of current legislation, which is addressed by this work in relation to the legal regime contained for foundations of state competence in Law 50/2002, of December 26, on Foundations, whose repeal was already proposed by the Preliminary legal Project of Foundations of August 29, 2014.*

*With these premises, are examined the possibilities and convenience of reform of such relevant issues as, among others, those that affect the viable constitution of the foundation; the composition of the governing bodies and their responsibility; the acts of disposition on the founding patrimony or the economic action of the foundation in function of its relation with the founding purpose. At the same time, more innovative aspects such as the introduction of codes of good governance and principles of transparency or the attribution to the Protectorate of inspection and sanctioning powers are presented. Finally, the issue of the legislative policy option that would be most appropriate to carry out the proposed reforms is addressed: new foundations law versus a modification of the current one.*

**KEY WORDS**

*Foundations; general interest purposes; viable constitution; Patronage; liability; codes of good governance; founding patrimony; economic activity; transparency; Protectorate; powers of inspection and sanction.*

**SUMARIO:** I. *Tendencias de renovación del Derecho de Fundaciones: El Anteproyecto de Ley de Fundaciones de 29 de agosto de 2014.*—II. *Principales cuestiones necesitadas de reforma.* 1. *Constitución de la fundación.* 1.1 *Voluntad del fundador y constitución de fundaciones viables.* 1.1.1 *La adecuación y suficiencia de la dotación.* 1.1.2 *Intervención del Protectorado en el procedimiento de constitución.* 1.2 *Modernización de los trámites de inscripción y seguridad jurídica durante el periodo de constitución.* 2. *El Patronato de la fundación.* 2.1 *Composición del Patronato.* 2.2 *Existencia de otros órganos de gestión.* 2.3 *La responsabilidad de los patronos.* 2.3.1 *Aplicación de códigos de buen gobierno.* 2.3.2 *Legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad.* 3. *Patrimonio.* 3.1 *Titularidad de bienes y derechos.* 3.2 *Los actos de disposición.* 3.2.1 *La flexibilización del régimen.* 3.2.2 *Publicidad*

registral. 3.3 Herencias y donaciones. 4. Funcionamiento y actividad. 4.1 Principios de actuación y transparencia. 4.2 La actividad económica: su relación con el fin fundacional. 4.3 Contabilidad, auditoría y plan de actuación. 4.4 Destino de rentas e ingresos. 4.5 Contratación con personas o entidades vinculadas a la fundación. 5. Modificación y fusión: el alcance de la intervención del Protectorado. 6. El Protectorado. 6.1 Protectorado único: el Real Decreto 1066/2015, de 27 de noviembre. 6.2 Facultades de actuación: hacia la implantación de un régimen sancionador.—III. *Conclusión final: ¿Es necesaria una nueva ley de fundaciones?*—IV. *Abreviaturas.*—V. *Bibliografía.*

## **I. TENDENCIAS DE RENOVACIÓN DEL DERECHO DE FUNDACIONES: EL ANTEPROYECTO DE LEY DE FUNDACIONES DE 29 DE AGOSTO DE 2014**

El denominado Derecho de Fundaciones constituye un sector de nuestro ordenamiento jurídico del que puede decirse que siempre está de actualidad. La relevancia de las fundaciones como entes de carácter no lucrativo destinados a la satisfacción de fines de interés general (art. 34.1 de la Constitución Española, en adelante, CE) y la importancia que han alcanzado en el marco del Tercer Sector de la economía las ha convertido en un fenómeno importante cuya normativa requiere de constante evolución en aras de la consecución de un mejor funcionamiento de las mismas, máxime cuando su sentido y fundamento se encuentra en su configuración constitucional como personas jurídicas destinadas a la satisfacción de fines de interés general.

En este sentido, la Comisión General de Codificación («Sección especial para la revisión del sistema de protectorado e inscripción de las Fundaciones») ha realizado trabajos en los últimos años de cara a una mejora de la normativa fundacional aplicable a las fundaciones de competencia estatal, especialmente en lo relativo al Protectorado y al Registro de Fundaciones, que se plasmaron en su Propuesta de Reforma de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (en adelante, LF), de 3 de marzo de 2013 (en adelante, PRLF), texto que puede considerarse, al menos parcialmente, antecedente del Anteproyecto de Ley de Fundaciones (en adelante, ALF) que fue informado por el Consejo de Ministros el 29 de agosto de 2014<sup>1</sup>.

Este ALF se presentó con el propósito de introducir en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo texto legal destinado a regir las

<sup>1</sup> Los documentos pueden consultarse en <http://www.mjusticia.gob.es/>



fundaciones de competencia estatal, es decir, que desarrollan sus actividades en todo el territorio del Estado en el de más de una Comunidad Autónoma, y los aspectos básicos, procesales y civiles que son de aplicación a todas las fundaciones, de competencia estatal y autonómica, conforme al artículo 149.1, reglas 1.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup>, respectivamente, CE<sup>2</sup>. Consecuentemente, su aprobación habría derogado la vigente LF<sup>3</sup>, constituyendo así la tercera ley estatal de fundaciones del periodo constitucional.

La justificación de esta iniciativa se situó en «la necesidad de modificar algunos aspectos del régimen vigente con el objetivo de garantizar un mejor ejercicio del derecho de fundación y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo»<sup>4</sup>, y ello «tanto respecto de la sociedad, realizando los fines que justifican su existencia, como de las administraciones públicas, facilitando la información que permita supervisar su actuación y otorgar, en los casos que corresponda, determinados beneficios fiscales»<sup>5</sup>. Se trataba, en definitiva, de mejorar el funcionamiento de un sector fundacional afectado por la desconfianza de la sociedad ante su más que frecuente utilización por empresas, particulares y administraciones públicas para fines ajenos a los propios de la institución<sup>6</sup>.

Estas declaraciones de intenciones permitían vislumbrar una de las principales novedades previstas en el ALF para las fundaciones de competencia estatal, la articulación de un régimen sancionador dirigido a garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del ejercicio del derecho de fundación, que constituyó el fundamento de la oposición del sector fundacional a la iniciativa y, con bastante probabilidad, el fundamento de su no tramitación como proyecto de ley en la Legislatura en que se presentó.

Así, el mismo 29 de agosto de 2014, la Asociación Española de Fundaciones (en adelante, AEF) emitió una nota de prensa en la que, bajo el contundente titular de «la AEF se opone a la nueva Ley de Fundaciones por dificultar la consecución de los fines de interés general», manifestó su rotunda oposición a la propuesta legislativa alegando que se trataba de una «Ley intervencionista, que lleva a un régimen concesional y sancionador que dificulta el derecho a fundar así como el desarrollo del propio sector»<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Vid. disposición final primera ALF.

<sup>3</sup> Cfr. disposición derogatoria única ALF.

<sup>4</sup> Exposición de Motivos, I, ALF, p. 2.

<sup>5</sup> Exposición de Motivos, II, ALF, p. 2.

<sup>6</sup> Vid. HORNERO MÉNDEZ, C., «La disposición patrimonial sin autorización administrativa previa en las fundaciones (a propósito de una fundación sospechosa)», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2013*, pp. 279 y ss, especialmente, 282 y ss: «La sospecha sobre las fundaciones».

<sup>7</sup> En su momento disponible en [www.fundaciones.org](http://www.fundaciones.org)

Sin embargo, pese a haber constituido un intento «fallido» de mejora de nuestro Derecho de Fundaciones, se trata de un texto interesante desde el punto de vista de las tendencias legislativas que se plasmaron en él (particularmente, su régimen sancionador) y, lo que es más importante, se trata de una propuesta muy adecuada con relación a varios aspectos clave para el mejor funcionamiento de las fundaciones cuyo análisis detenido desmiente en gran medida, como iremos viendo, el contenido de la citada nota de prensa de la AEF.

Con estas premisas, el objetivo de este trabajo se centra en examinar las principales cuestiones del vigente régimen de fundaciones contenido en la LF que, por diversos motivos, requieren la atención del legislador, lo cual deriva en la consideración de si para ello es necesaria la promulgación de una nueva ley de fundaciones o bastaría con la modificación de dicha LF<sup>8</sup>.

## II. PRINCIPALES CUESTIONES NECESITADAS DE REFORMA

### 1. CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN

#### 1.1 Voluntad del fundador y constitución de fundaciones viables

##### 1.1.1 LA ADECUACIÓN Y SUFICIENCIA DE LA DOTACIÓN

El desarrollo del fenómeno fundacional en nuestro país, potenciado por la normativa postconstitucional, ha dado lugar a la existencia de muchas fundaciones inactivas<sup>9</sup>. Se trata de una realidad suficientemente constatada que no sólo no produce ningún benefi-

---

<sup>8</sup> En el ámbito europeo, la renovación del Derecho de Fundaciones ha venido determinada por la Propuesta de Reglamento de la Unión Europea de 8 de febrero de 2012, dirigida a la aprobación de un Estatuto de la Fundación Europea (en adelante, EFE) que facilitara la actuación de las fundaciones en el ámbito intracomunitario. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, M., «El Estatuto de la Fundación Europea, Propuesta de Reglamento de la UE de 8 de febrero de 2012», *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo*, VV. AA., CUADRADO IGLESIAS, M./NÚÑEZ BOLUDA, M.ª D. (directores), Tomo I, La Ley, Madrid, 2015, pp. 375 y ss.

Esta Propuesta fue abandonada por la Comisión Europea en la presentación de su plan de trabajo de 16 de diciembre de 2014 ante la dificultad de conseguir la aprobación por unanimidad de los 28 países miembros de la UE, lo cual no le resta tampoco interés como texto prelegislativo en el que se plasman muchas de las necesidades del sector fundacional a nivel europeo.

<sup>9</sup> Sobre los periodos de desarrollo de la denominada Economía Social, *vid.* VALERO MATAS, J. A., *Entes no lucrativos, Fundamentos sociológicos y jurídicos*, VV. AA., PÉREZ ESCOLAR, M./VALERO MATAS, J. A., Tecnos, Madrid, 2013, pp. 28 y ss.

cio a la sociedad sino que, incluso, le causa un perjuicio evidente cuando dichas fundaciones sin actividad reciben pese a ello ayudas y subvenciones públicas<sup>10</sup>.

Ante ello, el Derecho de Fundaciones debería reformarse en varios ámbitos, particularmente el relativo a la constitución de la fundación, dado que los requisitos actualmente establecidos para llegar a ella se han revelado insuficientes de cara a evitar que se creen fundaciones no viables, carentes de suficiencia patrimonial y, consecuentemente, dependientes de la obtención de ayudas y subvenciones públicas. Estos requisitos giran en torno a la adecuación y suficiencia de la dotación (art. 12.1 párrafo primero LF<sup>11</sup>), en el sentido de que los bienes y derechos aportados por tal concepto han de ser idóneos para conseguir los fines de la fundación (adecuados) y, además, alcanzar una valoración económica que permita la consecución de dichos fines (suficientes)<sup>12</sup>.

Pues bien, la dotación se presume suficiente cuando alcance una valoración de 30.000 euros (art. 12.1 párrafo primero LF). Pero, como es sabido, se admite tanto una aportación inferior cuando se justifique «*su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales*» (art. 12.1 párrafo segundo LF), como el desembolso sucesivo de las aportaciones dinerarias (con aportación inicial mínima del 25 por 100 de las mismas, artículo 12.2 párrafo primero LF), como el compromiso de aportaciones de terceros que conste en

---

<sup>10</sup> Vid. REY GARCÍA, M./ÁLVAREZ GONZÁLEZ, L. I./Instituto de Análisis Estratégico de Fundaciones (INAEF), *El sector fundacional español, Datos básicos*, estudio publicado por la AEF, 2011, en el que se pone de manifiesto que a 31 de diciembre de 2009 existían en España un 30% de fundaciones inactivas (3.871 fundaciones), [http://www.fundaciones.org/EPORTAL\\_DOCS/GENERAL/AEF/DOC-cw4e1d396869ffb/Elsectorfundacionalespaol-Datosbsicos.pdf](http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/GENERAL/AEF/DOC-cw4e1d396869ffb/Elsectorfundacionalespaol-Datosbsicos.pdf), p. 19.

<sup>11</sup> Según la disposición final primera.2.b) LF, el art. 12 LF tiene la consideración de legislación civil, por lo que es de aplicación general conforme al art. 149.1.8.ª CE.

<sup>12</sup> Vid. GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 115, donde explica cómo pueden existir dotaciones adecuadas pero insuficientes («30.000 euros para acabar con el hambre en el mundo») y, a la inversa, dotaciones suficientes pero inadecuadas, como aportaciones de objetos de mucho valor con prohibiciones de enajenar y, por tanto, no realizables en dinero.

El art. 35.1.a) LF atribuye al Protectorado la función de «*informar, con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones, sobre la idoneidad de los fines y sobre la suficiencia dotacional*», sin referirse a la adecuación de la dotación, no obstante lo cual se considera que ha de tener en cuenta ambos aspectos, pues sólo puede considerarse suficiente «lo que es bastante y adecuado». Vid. GONZÁLEZ CUETO, *op. ult. cit.*, p. 115.

Sin embargo, también se ha considerado que, realmente, el único requisito exigible es la suficiencia de la dotación, de forma que la referencia a su adecuación sería algo accesorio que sólo sirve para flexibilizar el requisito de la suficiencia. Vid. CAFFARENA LAPORTA, J., «La dotación (Artículo 12)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. de (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, p. 218.

títulos que llevan aparejada ejecución (art. 12.3 LF)<sup>13</sup>. Aun siendo cierto que la LF representó un importante paso adelante de cara a evitar la constitución de fundaciones no viables por inadecuación o insuficiencia de la dotación<sup>14</sup>, quizás nos encontremos ante demasiadas excepciones a la regla general<sup>15</sup>.

En este sentido, el artículo 12 ALF pretendió «reforzar» los requisitos relativos a la adecuación y suficiencia de la dotación «para asegurar que las fundaciones que se constituyan puedan alcanzar los fines de interés general que persigan»<sup>16</sup>, lo cual se tradujo fundamentalmente en la supresión de la posibilidad de desembolso sucesivo de las aportaciones dinerarias, que no figuraba en esta previsión normativa, dado que su incumplimiento podría dar lugar a la existencia de fundaciones no viables<sup>17</sup>.

Al respecto, el artículo 12.2 párrafo tercero LF dice que la realidad de las aportaciones, dinerarias y no dinerarias, «deberá acreditarse o garantizarse» ante el notario autorizante de la escritura de constitución «en los términos que reglamentariamente se establezcan», lo cual se reduce a la aportación de un certificado de depósito de las aportaciones dinerarias, también cuando se trate de desembolsos sucesivos, en cuyo caso «el certificado de depósito correspondiente deberá incorporarse a la escritura o escrituras públicas que documenten los citados desembolsos» (art. 5.1 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, en adelante, RF)<sup>18</sup>. Es decir, en principio, el derecho de crédito de la fundación contra el fundador o persona/s que se comprometan a realizar una aportación dineraria aplazada debería quedar suficientemente garantizado (art. 12.2 párrafo tercero LF), si bien la remisión a lo que reglamentaria-

<sup>13</sup> Sobre todo ello, *vid.* MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de creación de una fundación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 145 y ss.

<sup>14</sup> Sobre las diversas posiciones al respecto que se pusieron de manifiesto en su tramitación parlamentaria y el resultado transaccional a que se llegó, *vid.* GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, *op. cit.*, pp. 116 y ss.

Con relación al EFE, *vid.* PÉREZ ESCOLAR, «El Estatuto de la Fundación Europea...», *op. cit.*, pp. 388 y 389, en cuya tramitación se han defendido criterios mucho más estrictos.

<sup>15</sup> Para A. NIETO ALONSO, «tal vez hubiese sido lo más apropiado disponer que la dotación fuese adecuada y suficiente y que el Protectorado controlase ese extremo, atendiendo a los fines de cada fundación concreta». («Aspectos sustantivos relevantes y controvertidos de las fundaciones», *Nuevo Tratado de Fundaciones*, VV. AA., LORENZO GARCÍA, R. DE/PINAR MAÑAS, J. L./PEÑALOSA ESTEBAN, I. (directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 168, nota 45).

<sup>16</sup> Exposición de Motivos, II, ALF, p. 2.

<sup>17</sup> Fue también significativo el art. 12.6 ALF: «Los bienes y derechos que formen parte de la dotación deberán permanecer en el patrimonio de la fundación y no podrán destinarse a la financiación de gastos de la fundación».

<sup>18</sup> Tratándose de aportaciones no dinerarias, se requiere la descripción en la escritura de constitución de los bienes y derechos aportados, con indicación del título o concepto de aportación y, en su caso, de sus datos registrales, y la incorporación de un informe de valoración (art. 5.2 párrafo primero RF).

mente se establezca [art. 5 RF, bajo la rúbrica «acreditación (que no garantía) de las aportaciones a la dotación»] conlleva únicamente la necesidad de aportar el certificado de depósito de cada desembolso, pues no existe ninguna previsión relativa a medios concretos de garantía para el cobro del crédito en caso de incumplimiento<sup>19</sup>.

La articulación de propuestas adecuadas en relación con este tipo de posibilidades de aportación de la dotación no es fácil, pues también está en juego el respeto a la voluntad del fundador, que forma parte del contenido esencial del derecho de fundación (art. 34.1 CE)<sup>20</sup>, y que, por tanto, se debe conciliar o equilibrar de la mejor manera posible con la protección de los intereses generales que subyacen en el establecimiento de este tipo de límites relacionados con la suficiencia de la dotación que pretenden evitar la existencia de fundaciones cuya falta de viabilidad desvirtúa el sentido de la propia institución fundacional<sup>21</sup>. Conforme a ello, podría defenderse una limitación cuantitativa de la posibilidad de desembolso sucesivo de las aportaciones dinerarias más estricta que la que existe actualmente, que sólo requiere un desembolso inicial mínimo del 25 por 100 de la aportación (art. 12.2 párrafo primero LF), lo cual quizás sería en este sentido más apropiado que la supresión directa de dicha posibilidad propuesta por el ALF<sup>22</sup>.

### 1.1.2 INTERVENCIÓN DEL PROTECTORADO EN EL PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN

El artículo 13 ALF previó un novedoso «*procedimiento de constitución*» basado en el asesoramiento previo del Protectorado, de forma que se configuraba como primer requisito de constitución, previo al otorgamiento de la escritura, la obtención de una resolución favorable «*relativa a la idoneidad de los fines y activi-*

<sup>19</sup> No obstante, estamos con F. MORILLO cuando dice que, con base en el citado art. 12.2 párrafo tercero LF, si los desembolsos sucesivos previstos no se realizan en plazo, la fundación podrá realizar la garantía correspondiente y cobrar su crédito pues, efectivamente, tales desembolsos han de quedar conforme a dicha norma legal debidamente garantizados. (*El proceso de creación de una fundación, op. cit.*, p. 157).

<sup>20</sup> Vid. PIÑAR MAÑAS, J. L./REAL PÉREZ, A., *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 87 y ss, 123 y 124.

<sup>21</sup> En este sentido, PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ dicen que sería contrario al contenido esencial del derecho de fundación «cualquier intento del legislador o de la Administración dirigido a restringir de tal manera la voluntad del fundador que la hiciese impracticable, la dificultase más allá de lo razonable o la despojase de la necesaria protección». (*Derecho de fundaciones y voluntad del fundador, op. cit.*, p. 91).

<sup>22</sup> En esta línea, J. M. EMBID IRUJO dice que la idea de la dotación sucesiva es «interesante» siempre que «no se lleve al extremo». Vid. «Introducción general al curso, La fundación como modelo para la colaboración público-privada», *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, VV. AA., EMBID IRUJO, J. M./EMPARANZA SOBEJANO, A. (directores), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 44 y 45.

*dades, así como de la suficiencia y adecuación de la dotación»* (art. 13.1 párrafo primero ALF), a resolver en un plazo máximo de tres meses (art. 13.2 párrafo primero ALF).

Con ello se pretendía la creación de un primer trámite de constitución basado en la supervisión del Protectorado, de forma que, sólo en caso de considerarse idónea la propuesta de constitución, podría otorgarse la escritura pública correspondiente, en un plazo también de tres meses a contar desde la notificación de la resolución de idoneidad (art. 13.2 párrafo segundo ALF), e inscribir la fundación en el Registro de Fundaciones. Actualmente, sin embargo, el Protectorado interviene tras el otorgamiento de la escritura con la emisión de un informe preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones relativo igualmente a la idoneidad de los fines y a la suficiencia de la dotación [art. 35.1.a) LF<sup>23</sup>].

El sentido de esta supervisión de la propuesta de constitución era también evitar la creación de fundaciones no viables, con una previsible escasa o ninguna actividad por falta de recursos o por cualquier otra causa relacionada con sus fines u objetivos, de forma que, en estas circunstancias, se impidiera el propio otorgamiento de la escritura, cuya existencia entendemos que puede inclinar ya de alguna manera al Protectorado en la actualidad para emitir informe favorable de cara a la inscripción registral.

Esta intervención pública en la fase de constitución de la fundación supone de nuevo un límite a la voluntad del fundador, integradora del contenido esencial del derecho de fundación reconocido constitucionalmente (art. 34.1 CE). Sin embargo, reiteramos su justificación y, por tanto, constitucionalidad, en la medida en que su fundamento, evitar la creación de fundaciones no viables, es, no sólo razonable, sino de necesaria consideración por el legislador de cara a preservar el propio sentido de la institución fundacional, la satisfacción de intereses generales a los que desde luego no sirven fundaciones de existencia meramente formal. En este sentido, podríamos decir que la voluntad del fundador ha de ser verdaderamente una voluntad de fundar, y no lo es cuando su propuesta carece de viabilidad.

Obviamente, el legislador ha de configurar estos límites de forma reglada, evitando que la actuación del Protectorado pueda ser puramente discrecional<sup>24</sup>. Al respecto, es innegable que una valoración sobre la idoneidad de los fines que se pretenden alcanzar y sobre la suficiencia y adecuación de la dotación se presta a cierta discrecionalidad, de igual manera que sucede actualmente

<sup>23</sup> De aplicación a las fundaciones de competencia estatal conforme a la disposición final primera.4 LF.

<sup>24</sup> Vid. PIÑAR MAÑAS/REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, op. cit., p. 94.

cuando se emite el informe preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones sobre las mismas cuestiones [art. 35.1.a) LF], pero este margen de apreciación está limitado, en primer lugar, por la presunción de suficiencia de la dotación que alcance una valoración de 30.000 euros (art. 12.1 párrafo primero LF)<sup>25</sup>.

En segundo término, la Administración Pública, en este caso, el Protectorado, debe actuar siempre con pleno sometimiento a la ley, lo cual implica una necesidad de actuación justificada en aras de la constitución de fundaciones eficaces cuando se aparte de la anterior presunción (*iuris tantum*) de suficiencia de la dotación porque, siendo de valoración inferior a 30.000 euros, se aporte, o no, la documentación acreditativa de la viabilidad de la fundación que corresponda conforme a la ley (art. 12.1 párrafo segundo LF)<sup>26</sup>.

El sentido de esta norma está avalado por la realidad de fundaciones con pocos recursos pero activas y, por tanto, con impacto social, por lo que debe mantenerse la posibilidad de fundar con dotaciones de valoración inferior a 30.000 euros pero con un control previo de viabilidad de carácter global, que tenga en cuenta no sólo los recursos materiales y humanos con los que se proponga iniciar su funcionamiento sino también el conjunto de previsiones relativas a dicho funcionamiento. En definitiva, en estos casos adquiere pleno sentido la moderna idea de la fundación como organización (art. 2.1 LF), superadora de la concepción tradicional únicamente patrimonialista<sup>27</sup>, capaz de cumplir con los fines encomendados con un patrimonio poco elevado pero con una estructura organizativa eficiente<sup>28</sup>.

## 1.2 Modernización de los trámites de inscripción y seguridad jurídica durante el periodo de constitución

Los trámites de inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones merecen también una consideración por parte del legislador, y ello desde dos puntos de vista: modernización de

<sup>25</sup> Vid. CAFFARENA LAPORTA, J., «La constitución de las fundaciones (Artículos 4, 8, 9, 10, 11 y 13)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 76 y 77, «La dotación...», *op. cit.*, pp. 216 y ss; MORILLO GONZÁLEZ, *El proceso de creación...*, *op. cit.*, p. 146.

<sup>26</sup> Vid. CAFFARENA LAPORTA, «La dotación...», *op. cit.*, pp. 219 y ss; MORILLO GONZÁLEZ, *El proceso de creación...*, *op. cit.*, pp. 149 y ss.

<sup>27</sup> Vid. MORILLO GONZÁLEZ, *El proceso de creación...*, *op. cit.*, pp. 24 y ss; PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones, Tensiones legislativas e interés general*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, pp. 29 y ss; DURÁN RIVACOBRA, R., «La voluntad del fundador», *Fundaciones, Problemas actuales y reforma legal*, VV. AA., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 264 y ss.

<sup>28</sup> En este sentido, EMBID IRUJO, «Introducción general al curso, La fundación...», *op. cit.*, p. 45.

dichos trámites y seguridad jurídica durante el proceso. En este sentido, el ALF preveía la obligación del Notario autorizante de la escritura fundacional de instar dicha inscripción «por medios electrónicos», «en el mes siguiente al otorgamiento», acompañando «copia electrónica autorizada de la escritura de constitución y en su caso del testamento donde conste la voluntad fundacional», «en la forma que reglamentariamente se determine» (art. 13.3 ALF), otorgándose al Registrador un plazo de quince días desde su recepción para calificar esta documentación y, en su caso, realizar la inscripción (art. 13.4 párrafo primero ALF).

De esta forma, no solo se habrían modernizado los trámites de inscripción, a realizar por medios electrónicos, sino que también se habría conseguido un importante avance desde el punto de vista de la seguridad jurídica que es necesaria durante el periodo que transcurre desde el otorgamiento de la escritura de constitución o, en su caso, apertura del testamento que contiene la fundación testamentaria<sup>29</sup>, hasta que se produce la inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones. Y ello porque se trasladaba la obligación de instar dicha inscripción, que actualmente recae sobre los patronos (art. 13.1 LF), al mismo Notario autorizante de la escritura o concededor del testamento<sup>30</sup>, de forma que con ello también desaparecía la norma por la que el Protectorado puede, y debe, cesar a los patronos incumplidores de la obligación de solicitar la inscripción pasados ni más ni menos que seis meses desde el otorgamiento de la escritura<sup>31</sup>, y, además, solicitar su correspondiente responsabilidad (solidaria) por los perjuicios derivados de la falta de inscripción (art. 13.2 LF)<sup>32</sup>.

Se trata de una cuestión especialmente relevante, pues la denominada «fundación en proceso de formación» representa una situación interina en la que, pese a existir una organización fundacional con capacidad para actuar hasta cierto punto en el tráfico jurídico, para los actos a que se refiere el artículo 13.1 LF, no existe sin embargo personalidad jurídica, que sólo se adquiere de forma plena con la inscripción en el Registro de Fundaciones (art. 4.1 párrafo

---

<sup>29</sup> Sobre la constitución testamentaria de la fundación, *vid.* TORRES GARCÍA, T. F., «Constitución testamentaria de fundaciones en la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León», *Revista Jurídica de Castilla y León*, febrero 2004, pp. 81 y ss; CAFFARENA LAPORTA, «La constitución de las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 95 y ss, especialmente, 104 y ss; DURÁN RIVACOBIA, «La voluntad del fundador», *op. cit.*, pp. 274 y ss.

<sup>30</sup> Según la disposición adicional quinta ALF, los Notarios también deberían asumir la obligación de poner en conocimiento del Protectorado las escrituras de constitución que otorguen y sus modificaciones así como el testamento en el que conste la voluntad fundacional, en este caso a partir de su conocimiento del fallecimiento del testador.

<sup>31</sup> El art. 26.1 del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal (en adelante, RRF), establece como plazo para instar la inscripción de la fundación también el de un mes.

<sup>32</sup> Según la disposición final primera.2.b) LF, el art. 13 LF tiene la consideración de legislación civil, por lo que es de aplicación general conforme al art. 149.1.8.ª CE.



primero LF), lo cual, como cualquier situación de carácter provisional, es generador de inseguridad jurídica<sup>33</sup>.

Atribuir al Notario autorizante de la escritura de constitución o, en su caso, concededor del testamento que contiene la voluntad de fundar, la obligación de instar la inscripción de la fundación, contribuiría a reforzar la seguridad jurídica durante el periodo de constitución y, al tiempo, se liberaría a los patronos de un gravoso régimen de responsabilidad, directa (no subsidiaria con relación al patrimonio fundacional), objetiva y solidaria, derivada del incumplimiento de esta obligación (art. 13.2 LF), que puede actuar de modo disuasorio a la hora de asumir un cargo de naturaleza gratuita<sup>34</sup>.

## 2. EL PATRONATO DE LA FUNDACIÓN

La evolución y desarrollo del Derecho de Fundaciones viene marcada por la necesidad de mejorar el funcionamiento de estos entes de carácter no lucrativo de cara a una consecución efectiva y en todo caso de los fines de interés general que tienen encomendados, lo cual se traduce en este ámbito del gobierno de la fundación en las siguientes cuestiones fundamentales: la consideración de cautelas que garanticen que la composición del Patronato sea lo más adecuada posible con este objetivo, la concreción legislativa de los aspectos más relevantes que afectan a la existencia de otros órganos de gestión, la aplicación al Patronato de principios de buen gobierno que deriven en la transparencia de su actuación, y la ampliación de la legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad frente a los patronos que causen daños a la fundación.

### 2.1 Composición del patronato

En este punto, el ALF contenía algunas disposiciones novedosas que merece la pena destacar, concretamente, la previsión de

<sup>33</sup> En este sentido, a favor de reducir el periodo temporal en que puede existir la «fundación en proceso de formación», *vid.* LORENZO GARCÍA, R. DE/PIÑAR MAÑAS, J. L./SANJURJO GONZÁLEZ, T., «Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, p. 64.

Sobre su caracterización, con el análisis de las diversas posiciones doctrinales existentes al respecto, *vid.* MORILLO GONZÁLEZ, *El proceso de creación...*, *op. cit.*, pp. 183 y ss, especialmente, 195 y ss, donde llega a la conclusión de que la fundación en formación tiene «un cierto grado de personalidad jurídica o, si se prefiere, una personalidad jurídica limitada, adecuada a la actividad que durante esta fase puede desempeñar...» (*op. ult. cit.*, p. 197).

<sup>34</sup> En este sentido, la crítica al régimen de responsabilidad de los patronos del art. 13.2 LF de CAFFARENA LAPORTA, «La constitución de las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 145 y 146, y MORILLO GONZÁLEZ, *El proceso de creación...*, *op. cit.*, pp. 213 y ss.

que los cargos de Presidente y Secretario del Patronato no puedan ejercerse por una misma persona (art. 14.3 párrafo tercero ALF); la prohibición de ser patrono como persona física y, al tiempo, representante de persona jurídica designada como patrono en la misma fundación (art. 14.4 párrafo tercero ALF), y la prohibición de que una persona física ejerza la representación de más de una persona jurídica en el Patronato de una misma fundación (art. 14.4 párrafo cuarto ALF).

El fundamento de este tipo de previsiones es bastante evidente, evitar concentraciones de poder en el seno del Patronato, al igual que su necesidad de cara a conseguir un mejor funcionamiento del mismo, máxime si se tiene en cuenta que la acción de responsabilidad frente a los patronos que causen daños a la fundación en el ejercicio de su cargo puede ser ejercitada por el resto de patronos, disidentes o ausentes con relación a la adopción del acuerdo dañoso [art. 17.3.c) LF<sup>35</sup>].

Llama por ello la atención que el mismo ALF pretendiera «relajar» los requisitos necesarios para establecer una retribución a los patronos por la prestación de «servicios distintos» a los que conlleva propiamente el ejercicio del cargo, pues, mientras el artículo 15.4 párrafo segundo LF requiere para ello autorización previa del Protectorado<sup>36</sup>, el artículo 14.6 párrafo tercero ALF preveía «previa autorización o (también) comunicación» a dicho Protectorado «en los supuestos y en la forma que legal y reglamentariamente se determinen»<sup>37</sup>. En un desarrollo legislativo en el que la tendencia debe ser la búsqueda de transparencia en el ejercicio del cargo de patrono, el requisito de autorización previa del Protectorado para la

<sup>35</sup> Según la disposición final primera.3 LF, el art. 17.3 LF tiene la consideración de legislación procesal, por lo que es de aplicación general conforme al art. 149.1.6.ª CE.

<sup>36</sup> Conforme a la disposición final primera.4 LF, el art. 15 LF es de aplicación a las fundaciones de competencia estatal.

<sup>37</sup> Como dice GONZÁLEZ CUETO, los requisitos que han de concurrir para poder fijar retribución a los patronos, novedad introducida por la LF, «tienen por objeto evitar que existan abusos y se convierta ésta en una forma de trasladar los recursos de la fundación al bolsillo de los patronos o, en su caso, de retribuir indirectamente el cargo mismo de patrono». *Vid. Comentarios a la Ley de Fundaciones, op. cit.*, pp. 140 y ss. En el mismo sentido, *vid.* PEÑALOSA ESTEBAN, I./SANJURJO GONZÁLEZ, T., «Órgano de gobierno y relación con los poderes públicos», *Nuevo Tratado de Fundaciones*, VV. AA., LORENZO GARCÍA, R. DE/PIÑAR MAÑAS, J. L./PEÑALOSA ESTEBAN, I. (directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 225 y 226.

Sobre la documentación que ha de acompañar a la solicitud de autorización y los supuestos en que el Protectorado debe denegarla (remuneración encubierta y desequilibrio con la prestación de servicios a la fundación), *vid.* art. 34 RF. Además, conforme al art. 3.5.º párrafo segundo de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (en adelante, LRF), los patronos que perciban retribución «no podrán participar en los resultados económicos de la entidad, ni por sí mismas, ni a través de persona o entidad interpuesta».

fijación de una remuneración debería mantenerse en todo caso<sup>38</sup>. Más adelante nos referiremos además a la conveniencia de que la aplicación de códigos de buen gobierno al Patronato de la fundación afecte precisamente a esta cuestión.

Pese a todo, la Exposición de Motivos del ALF destacó como «*novedad más destacable*» con relación a la composición del Patronato la atribución de competencia al Protectorado para designar, en caso de que el número de patronos inscritos sea inferior a tres, a los que sea necesario para alcanzar este número, en principio con carácter provisional, mientras no se realice la modificación estatutaria que permita la sustitución, previa propuesta del fundador o de los miembros del Patronato; ahora bien, en caso de no realizarse esta propuesta en un plazo de tres meses, se facultaba al Protectorado para designarles directamente (art. 15.2 ALF)<sup>39</sup>.

## 2.2 Existencia de otros órganos de gestión

Como es sabido, la configuración del Patronato como máximo órgano de gobierno y representación de la fundación (art. 14.1 LF) no es obstáculo para que los estatutos prevean la existencia de otros órganos «para el desempeño de las funciones que expresamente se les encomienden», con la única excepción de las funciones que tampoco son delegables por el Patronato en uno o varios de sus miembros, a saber, aprobación de las cuentas anuales y del plan de actuación, modificación de estatutos, fusión y liquidación de la fundación, y actos que requieran la autorización del Protectorado (arts. 16.1 y 2 LF)<sup>40</sup>.

Esta pluralidad orgánica puede proceder, por tanto, de la propia voluntad del fundador o de una modificación estatutaria posterior que se realice conforme a los requisitos del artículo 29 LF, y responde a la necesidad del sector fundacional, reconocida por la LF, de disponer de órganos ejecutivos que se encarguen de las tareas de gestión directa y ordinaria de la fundación, sobre todo cuando se asume cierto volumen de actividad, que en muchos casos es de naturaleza empresarial<sup>41</sup>. El desenvolvimiento de estas funciones

<sup>38</sup> En esta línea, las consideraciones puestas de manifiesto en la tramitación del EFE a favor de la gratuidad de los cargos integrantes de sus órganos de dirección. Vid. PÉREZ ESCOLAR, «El Estatuto de la Fundación Europea...», *op. cit.*, pp. 396 y 397.

<sup>39</sup> Cfr. Exposición de Motivos, III, ALF, p. 4, y art. 18.1 LF.

<sup>40</sup> Según la disposición final primera.1 LF, el art. 14 LF tiene la consideración de legislación básica para el ejercicio del derecho de fundación del art. 34 CE, por lo que es de aplicación general conforme al art. 149.1.1.ª CE. No obstante, el art. 16 LF solo es de aplicación a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF).

<sup>41</sup> Vid. EMBID IRUJO, «Introducción general al curso, La fundación...», *op. cit.*, pp. 51 y ss. También, del mismo autor, sobre el denominado modelo dualista (Patronato y órgano

se ha de realizar siempre lógicamente bajo supervisión del Patronato, de igual manera, se ha dicho, que el Consejo de administración de una sociedad de capital supervisa la actuación de la comisión ejecutiva o del consejero delegado<sup>42</sup>.

La importancia de esta posibilidad de pluralidad orgánica, sobre todo para determinada tipología fundacional, ha dado lugar a que se plantee la necesidad de una mayor concreción legislativa relativa al funcionamiento del órgano u órganos a los que se encargue la gestión directa de la fundación, pues, como hemos puesto de manifiesto, el legislador solo tiene establecida la prohibición de que sus funciones recaigan sobre las cuestiones de más trascendencia para el ente, las mismas que no son delegables en uno o varios de los patronos conforme al artículo 16.1 LF. Así, se ha planteado la conveniencia de previsiones normativas relacionadas con el número de esos otros posibles órganos distintos al Patronato, sus competencias y el estatuto jurídico de sus miembros, dado que, efectivamente, a día de hoy ello supone estar siempre a lo que dispongan al respecto, en su caso y de forma más o menos adecuada, los estatutos de la fundación<sup>43</sup>.

## 2.3 La responsabilidad de los patronos

### 2.3.1 APLICACIÓN DE CÓDIGOS DE BUEN GOBIERNO

Una de las notas que está caracterizando la evolución del Derecho de Fundaciones es la influencia del Derecho de sociedades en algunos de sus ámbitos, que podrían sintetizarse en tres fundamentales: las cautelas establecidas con relación a las aportaciones que se realicen a la dotación (art. 12.2 párrafos segundo y tercero LF), el régimen de responsabilidad de los patronos por los daños y perjuicios que su actuación cause a la fundación (art. 17 LF) y la orde-

---

de dirección de la empresa) como estructura organizativa básica de la fundación-empresa, *vid.* «Gobierno de la fundación (Artículos 14 a 18)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 233 y ss, 238 y ss; «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones (fundación-empresa y fundación con empresa): su significado en el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros en España», *Perspectivas del Sistema Financiero*, 2007, n.º 91, Fundaciones, pp. 47 y 48.

<sup>42</sup> *Vid.* EMBID IRUJO, «Introducción general al curso, La fundación...», *op. cit.*, p. 55.

<sup>43</sup> *Vid.* EMBID IRUJO, «Introducción general al curso, La fundación...», *op. cit.*, pp. 50 y 51, 60 y 61, donde dice que, por ejemplo, si bien la tendencia, a falta de previsiones estatutarias, es a aplicar analógicamente el régimen de los patronos a los miembros del resto de órganos de gestión, ello no parece equitativo cuando tengan atribuidas unas competencias menores. Piénsese particularmente en el régimen de responsabilidad. Con relación al número de órganos posibles, se señala también con acierto que no conviene que la fundación se convierta en un «conglomerado de órganos» (*op. ult. cit.*, p. 56).

nación contable de la actividad del ente (art. 25 LF). Pero, de ellos, es particularmente destacable la influencia de los aspectos esenciales del régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en el régimen de responsabilidad de los patronos, donde se encuentran normas que coinciden casi literalmente con las pertenecientes a la disciplina societaria [*cf.* arts. 225.1, 227.1, 236.1 y 237 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, TRLSC)]<sup>44</sup>.

Se trata de una tendencia llamada a continuar, pues en los últimos años se ha puesto de manifiesto a través de diversos ámbitos la necesidad de aplicar a los patronos de la fundación normas, principios o códigos de buen gobierno similares a los que se aplican a los administradores mercantiles, y ello como medida que contribuya a mejorar la transparencia de su gestión y, por tanto, el propio funcionamiento de las fundaciones.

A nivel doctrinal, se ha señalado incluso la conveniencia de extrapolar, con carácter general, los criterios de gestión de la sociedad mercantil al Derecho de Fundaciones, alegándose que se trata de una normativa que sirve para tutelar tanto el interés propio de la fundación como el interés de la actividad empresarial que desarrolle<sup>45</sup>. Pero, de forma más concreta, se viene reclamando desde hace tiempo la creación de códigos de buen gobierno aplicables a los patronos de la fundación equivalentes a los desarrollados en el ámbito de las sociedades mercantiles.

La aplicación de tales códigos o reglas de buenas prácticas a los entes no lucrativos se valora como una necesidad ante los frecuentes casos de mala gestión, que además se considera que puede hacerse realidad ante su capacidad de adaptación y eficacia práctica<sup>46</sup>. Esta posibilidad de importación se justifica precisamente en

---

<sup>44</sup> Vid. EMBID IRUJO, «Gobierno de la fundación...», *op. cit.*, pp. 259 y ss; «Obligaciones y responsabilidad de los patronos», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, pp. 136 y ss, 142 y ss; «Introducción general al curso, La fundación...», *op. cit.*, pp. 57 y ss. Se ha puesto además de relieve cómo el minucioso desarrollo reglamentario de estas normas pertenecientes al Derecho de Fundaciones permite incluso pensar en una futura influencia inversa, la de dicho Derecho de Fundaciones sobre la legislación societaria, de cara a la resolución de problemas interpretativos. Vid., del mismo autor, «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 31 y 32, pp. 61 y 62.

<sup>45</sup> Así, LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., «Financiación y gestión de la actividad económica y empresarial de las fundaciones: afinidades y singularidades respecto a las sociedades de capital», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2014, n.º 35, p. 102.

<sup>46</sup> Vid. PERDICES HUETOS, A. B., «Hacia unas reglas de gobierno corporativo del sector no lucrativo», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2008-I, n.º 17, pp. 142 y ss. En el mismo sentido, SALELLES CLIMENT, J. R./VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 183 y 184; EMBID IRUJO, «Gobierno de la fundación...», *op. cit.*, pp. 255 y 256; EMPARANZA SOBEJANO, A., «El gobierno de las entidades público-privadas: las reglas de buen gobierno como mecanismo de transparencia y control», *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas*

torno a la ausencia de ánimo de lucro de este tipo de personas jurídicas, que no conlleva necesariamente la honestidad de su gestión (deber de lealtad, reglas de transparencia) ni la existencia de una rendición de cuentas adecuada; ello las convertiría en reglas generales del Derecho privado de las organizaciones, comunes a todas con independencia de sus fines, lucrativos o no<sup>47</sup>. En el caso de las fundaciones, se piensa particularmente en el reembolso de gastos justificados a los patronos (art. 15.4 párrafo primero LF) y en el caso en que estén retribuidos por la prestación de servicios distintos a los que les corresponden como miembros del Patronato (art. 15.4 párrafo segundo LF), que pueden ser generadores de conflictos de intereses<sup>48</sup>.

A nivel «prelegislativo», hay que recurrir de nuevo al ALF, pues una de sus novedades más destacables fue la previsión de incorporar este tipo de reglas de buen gobierno en la norma destinada a recoger el régimen de responsabilidad de los patronos por los daños que causen a la fundación en el ejercicio del cargo, artículo 17 ALF, significativamente bajo la rúbrica «*buen gobierno y responsabilidad*», de forma que sirvieran para concretar el concepto jurídico indeterminado que supone «*la diligencia de un representante leal*» con la que deben actuar (art. 17.1 LF).

Así, dicho artículo 17 ALF establecía en su número 1 que los patronos deberían desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal, adecuando su actividad, «al menos», a los siguientes principios: «transparencia en la gestión» [a)], ejercicio de sus funciones «de buena fe y con la debida dedicación» [b)], actuación «con criterios de imparcialidad y no discriminación en

---

*público-privadas*, VV. AA., EMBID IRUJO, J. M./EMPARANZA SOBEJANO, A. (directores), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 163 y ss, especialmente, pp. 173 y ss; GARCÍA ÁLVAREZ, B., «Los Códigos de buen gobierno corporativo en las fundaciones», *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, VV. AA., EMBID IRUJO, J. M./EMPARANZA SOBEJANO, A. (directores), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 185 y ss.

<sup>47</sup> Vid. PERDICES HUETOS, «Hacia unas reglas de gobierno corporativo...», *op. cit.*, pp. 147 y ss.

<sup>48</sup> Así, con relación a los gastos reembolsables, se propone como contenido de los códigos de buen gobierno el establecimiento de límites cuantitativos, la determinación de gastos excluidos de reembolso, la concreción de la forma de justificación documental y la fijación de criterios de austeridad. Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, «Los Códigos de buen gobierno corporativo en las fundaciones», *op. cit.*, pp. 207 y 208; MARTÍNEZ BALMASEDA, A., «Transparencia en la gestión de las fundaciones; propuestas en torno a los códigos de buen gobierno corporativo en materia de retribución y compensación de gastos», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2015, n.º 38, pp. 229 y ss, especialmente, pp. 232 y 233.

Con relación a la prestación de servicios distintos a los que implica el ejercicio del cargo de patrono, se propone dar publicidad a las retribuciones establecidas (principio de transparencia), que además deberán ser en todo caso proporcionales y razonables con relación a la importancia de la fundación y su situación económica, en el marco de la política retributiva que, bajo estos criterios, fije el Patronato. Vid. MARTÍNEZ BALMASEDA, *op. ult. cit.*, pp. 233 y ss. También, LEIÑENA MENDIZÁBAL, «Financiación y gestión...», *op. cit.*, pp. 106 y ss.

la determinación de los beneficiarios de las actividades de la fundación» [c]), ejercicio de sus facultades «con la finalidad exclusiva para la que les fueron otorgadas» y evitando «toda acción que pueda poner en riesgo el interés, el patrimonio o la imagen que debe tener la sociedad respecto a la fundación» [d]), no implicación «en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones» y abstención de intervención en «asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad» [e]), no utilización del cargo «para obtener ventajas personales o materiales» [f]) y puesta en conocimiento de los órganos competentes de «cualquier actuación irregular» que conozcan [g)]<sup>49</sup>.

Estos principios de buen gobierno pueden considerarse deducibles o derivables actualmente de la diligencia del representante leal con la que los patronos deben ejercer el cargo (art. 17.1 LF<sup>50</sup>). Pero su concreción y plasmación legislativa habría dado visibilidad a estas denominadas prácticas de buen gobierno como fundamento de un mejor funcionamiento de las fundaciones y, por tanto, en este sentido las habría fomentado<sup>51</sup>. No se olvide que estos entes presentan hoy día un escollo importante a nivel sociológico: la desconfianza que generan en muchos sectores como consecuencia de los casos de corrupción conocidos a través de los medios de comunicación, entre los cuales es imposible no citar el escándalo de la Fundación Orfeo Català-Palau de la Música, tan representativa para Cataluña.

De hecho, la voluntad del prelegislador de que estos principios de buen gobierno tuvieran eficacia quedó reflejada en la remisión a un futuro régimen sancionador ante el incumplimiento de los mismos (art. 17.5 ALF), pues se decía que «informarán la interpretación y aplicación» de tal régimen sancionador, al que nos referiremos más adelante. Sin perjuicio de ello, podemos adelantar nuestra postura a favor de su establecimiento, pues la efectividad, en este caso, de las normas sobre buen gobierno, requiere la articulación de un régimen de sanciones administrativas que disuada de la comisión de irregularidades y fomente la asunción del cargo de patrono con verdadera implicación y responsabilidad;

<sup>49</sup> Cfr. art. 28.1.c) de la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco (en adelante, LFPV): «Las fundaciones se guiarán en su actuación por los principios siguientes: c). Promoción de directrices de actuación, mediante la creación de códigos de conducta y buenas prácticas de funcionamiento».

Sobre la traslación del deber de diligencia y del deber de fidelidad al ámbito de los entes no lucrativos, *vid.* PERDICES HUETOS, «Hacia unas reglas de gobierno corporativo...», *op. cit.*, pp. 168 y ss.; GARCÍA ÁLVAREZ, «Los Códigos de buen gobierno corporativo en las fundaciones», *op. cit.*, pp. 200 y ss.

<sup>50</sup> Según la disposición final primera.2.b) LF, el art. 17.1 y 2 LF tiene la consideración de legislación civil, por lo que es de aplicación general conforme al art. 149.1.8.ª CE.

<sup>51</sup> *Vid.* Exposición de Motivos, II, ALF, p. 2.

la plasmación legislativa de unos principios de buen gobierno para las fundaciones no tiene sentido que quede a nivel de mera recomendación, cumplimiento voluntario o *soft law*. En este sentido hay que decir también que la posibilidad de entablar la acción de responsabilidad frente a los patronos (art. 17.3 LF) es importante pero, como ha revelado la práctica, claramente insuficiente ante la comisión de pequeñas infracciones y los costes que conlleva un proceso judicial.

Cabría señalar no obstante la conveniencia de redactar estas reglas de buen gobierno de forma más breve y sencilla a cómo se hizo en el ALF, lo cual, a modo de sugerencia, podría ser como sigue: «los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal, debiendo adecuar su actividad a los principios de buena fe, transparencia en la gestión, imparcialidad y no discriminación de los beneficiarios de la actividad de la fundación, fidelidad al objetivo de las facultades atribuidas y al fin de la fundación. Asimismo, los patronos están obligados a poner en conocimiento de los órganos competentes cualquier irregularidad de la que tengan conocimiento».

Por otro lado, la aplicación de estas reglas de buen gobierno a los patronos de la fundación se enmarcaría en la tendencia legislativa consagrada por la LF hacia la agravación de su responsabilidad por los daños y perjuicios que su actuación (contraria a la ley, a los estatutos o realizada sin la diligencia debida) cause a la fundación (art. 17.2 LF), endurecimiento de responsabilidad que es paralelo a la concesión progresiva de una mayor autonomía para la gestión del patrimonio fundacional (art. 21 LF), a la que también nos referiremos más adelante<sup>52</sup>.

En último término, ello responde a la necesidad de que la aceptación del cargo de patrono se produzca, pese a su gratuidad, con la intención de asumir una implicación efectiva en el buen desarrollo de los fines de la fundación: el carácter gratuito del cargo no justifica que los patronos puedan asumir las funciones que se les encomiendan de forma superficial, pues su aceptación ha de entenderse como una contribución personal al desarrollo de fines de interés

---

<sup>52</sup> La agravación por la LF del régimen de responsabilidad de los patronos frente a la fundación se produjo por dos vías: el endurecimiento de las causas de exoneración de responsabilidad y la introducción de su carácter solidario (art. 17.2 LF). La explicación de todo ello puede verse en PÉREZ ESCOLAR, M., «La responsabilidad de los patronos frente a la fundación», *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, VV. AA., GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coordinador), Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1784 y ss, 1794 y ss.



social a través de la gestión de una persona jurídica en cuya esencia está su carácter no lucrativo<sup>53</sup>.

### 2.3.2 LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

El ALF pretendió también mejorar el régimen de responsabilidad de los patronos ampliando, con acierto, la legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad a los acreedores de la fundación «*siempre que el patrimonio fundacional resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos*» (art. 17.4 ALF, a semejanza del art. 240 TRLSC<sup>54</sup>), de la que actualmente carecen (art. 17.3 LF). Y ello pese a que la LF ya amplió dicha legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad, que con anterioridad sólo correspondía a Patronato y Protectorado, a los patronos disidentes o ausentes con relación a la adopción del acuerdo dañoso para la fundación y al fundador que no sea patrono<sup>55</sup>.

Se trata de una cuestión plenamente justificada dado que la insuficiencia del patrimonio de la fundación para satisfacer las obligaciones contraídas presupone una gestión negligente de dicho patrimonio, de forma los acreedores de la fundación, perjudicados por la misma, deben poder ejercitar la acción de responsabilidad frente a los patronos causantes de tal insuficiencia patrimonial conforme al artículo 17.2 LF<sup>56</sup>.

En este sentido, se viene criticando desde hace años la restrictiva legitimación activa reconocida por el Derecho de Fundaciones para el ejercicio de esta acción de responsabilidad frente a los patronos<sup>57</sup>, que, como se ha dicho, confía excesivamente en la intervención de los propios órganos rectores de la fundación y de

<sup>53</sup> En este sentido, EMBID IRUJO, «Gobierno de la fundación...», *op. cit.*, p. 266; «Obligaciones y responsabilidad...», *op. cit.*, p. 151.

En contra, considera que exigir responsabilidad ante el ejercicio de un cargo gratuito «podría resultar injusto», RUIZ JIMÉNEZ, J., «No es posible equiparar la responsabilidad de los patronos de las fundaciones con los administradores de sociedades mercantiles», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 2009, n.º 712, p. 957.

<sup>54</sup> Conforme a este último, «los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos».

<sup>55</sup> Vid. PÉREZ ESCOLAR, «La responsabilidad de los patronos...», *op. cit.*, pp. 1791 y ss.

Sobre falta de legitimación activa de un patrono por no acreditar su disidencia o ausencia con relación al acuerdo dañoso, *vid.* STS de 18 de junio de 2012, Sala de lo Civil (RJ 2012/6851).

<sup>56</sup> La legitimación de los acreedores de la fundación para el ejercicio de la acción de responsabilidad se ha sostenido incluso ante el silencio del art. 17.3 LF. *Vid.* EMBID IRUJO, «Gobierno de la fundación...», *op. cit.*, p. 264; «Obligaciones y responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 148 y 149; «Introducción general al curso, La fundación...», *op. cit.*, p. 60, nota 50.

<sup>57</sup> Vid. SALELLES CLIMENT / VERDERA SERVER, *El Patronato de la Fundación*, *op. cit.*, p. 191.

los poderes públicos, Patronato y Protectorado<sup>58</sup>. La mejor prueba de lo acertado de estas consideraciones está en la reticencia que se observa en la práctica con relación a su ejercicio.

Por estos motivos, hemos defendido también una ampliación de dicha legitimación, no sólo a los acreedores de la fundación, sino a todos los terceros que tengan un interés legítimo por razón de su vinculación con la misma, en la línea del art. 40.2 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (en adelante, LA) («los acuerdos y actuaciones de las asociaciones podrán ser impugnados por cualquier asociado o persona que acredite un interés legítimo, si los estimase contrarios al ordenamiento jurídico, ...») y del citado art. 240 TRLSC, este último con relación a los acreedores de la sociedad. Es más, se podría pensar en la posibilidad de extender esta legitimación activa a cualquier persona con conocimiento fundado de las irregularidades cometidas por el Patronato de una fundación, cuyo interés (legítimo) se justifica teniendo en cuenta el destino de la fundación a la satisfacción de fines de fines general (art. 34.1 CE), que determina que se inserte en el Estado social de Derecho como coadyuvante de los poderes públicos para la consecución de este tipo de objetivos y que por esta razón recibe ayudas / subvenciones públicas y goza de un régimen fiscal privilegiado<sup>59</sup>.

### 3. PATRIMONIO

#### 3.1 Titularidad de bienes y derechos

Conforme al artículo 20 LF<sup>60</sup>, la fundación debe figurar como titular de todos los bienes y derechos integrantes de su patrimonio, sin perjuicio de que también consten en su inventario anual (número 1), correspondiendo al Patronato promover las inscripciones de los mismos en los Registros públicos que corresponda (número 2)<sup>61</sup>. Se trata de evitar la titularidad dudosa de sus elementos patrimoniales y de facilitar así la labor del Protectorado en orden a supervisar la

<sup>58</sup> Vid. PERDICES HUETOS, «Hacia unas reglas de gobierno corporativo...», *op. cit.*, pp. 152, 171 y ss.

<sup>59</sup> Vid. PÉREZ ESCOLAR, M., «La responsabilidad de los patronos...», *op. cit.*, pp. 1793 y 1794.

<sup>60</sup> De aplicación únicamente a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF).

<sup>61</sup> Sobre la innecesariedad de que además se inscriban en el Registro de Fundaciones, como preveía el art. 18 de la Ley 30/1994, *vid.* PÉREZ ESCOLAR, M./CABRA DE LUNA, M. A./LORENZO GARCÍA, R. DE, «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», *Nuevo Tratado de Fundaciones*, VV. AA., LORENZO GARCÍA, R. DE/PIÑAR MAÑAS, J. L./PEÑALOSA ESTEBAN, I. (directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 258 y 259.

actividad de las fundaciones [art. 35.1.e) y f) LF], particularmente, los actos de disposición que se realicen sobre su patrimonio<sup>62</sup>.

El artículo 19.2 párrafo segundo ALF previó, a mayores, la necesidad de realizar anotación preventiva en tales Registros públicos relativa a la prohibición de disponer sin autorización del Protectorado que pesa sobre los bienes y derechos que formen parte de la dotación. La consideración de este requisito por parte del legislador ahondaría en el fundamento del artículo 20 LF, que en definitiva es promover el funcionamiento transparente de las fundaciones, incidiendo en la necesidad de proteger la dotación de actuaciones irregulares, por lo que en este sentido hay que valorarlo como una medida positiva que merece ser tenida en cuenta.

## 3.2 Los actos de disposición

### 3.2.1 LA FLEXIBILIZACIÓN DEL RÉGIMEN

La posibilidad del Patronato de realizar actos de disposición sobre el patrimonio de la fundación viene determinada por la naturaleza de los requisitos que se establezcan para ello en función del tipo de elemento patrimonial que constituya su objeto. Como es sabido, la tendencia marcada por la LF fue favorable a la flexibilización de tales requisitos, en el sentido de sustituir supuestos en los que se exigía la obtención de autorización administrativa previa del Protectorado por una simple comunicación posterior en plazo al mismo Protectorado (art. 21 LF), si bien esta tendencia se manifestó de forma bastante moderada o limitada<sup>63</sup>.

Concretamente, el artículo 21.1, 2 y 3 párrafo primero LF<sup>64</sup> establece como requisito la obtención de autorización previa del Protectorado para la realización de actos de disposición sobre «bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales» (art. 21.1 LF). Ello requiere explicación complementaria del propio legislador para determinar qué se entiende por bienes y derechos directamente vinculados al cumplimiento de fines fundacionales: aquéllos en los que

<sup>62</sup> Como dice GONZÁLEZ CUETO, «así se evitan las tentaciones que lamentablemente siempre pueden existir de disminuir ilegalmente el patrimonio de la fundación a favor o en beneficio de los propios patronos o de terceros». *Vid. Comentarios a la Ley de Fundaciones, op. cit.*, pp. 169 y 170.

<sup>63</sup> *Vid.* SANTOS MORÓN, M.<sup>a</sup> J., «El patrimonio de la fundación, Régimen de gestión patrimonial, (artículos 19 a 22, y 28)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. de (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 302 y ss.

<sup>64</sup> De aplicación a las fundaciones de competencia estatal. *Cfr.* disposición final primera.4 LF.

dicha vinculación «esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada que realice una aportación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados» o bien se realice «por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial» (art. 21.2 LF).

Por su parte, el art. 21.3 párrafo primero LF dice que «los restantes actos de disposición de aquellos bienes y derechos fundacionales distintos de los que forman parte de la dotación o estén vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales, incluida la transacción o compromiso, y de gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural, así como aquéllos cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado, deberán ser comunicados por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su realización».

Una simple lectura de estas normas es suficiente para dejar constancia de la necesidad de simplificación de este régimen, que distingue entre bienes y derechos dotacionales, bienes y derechos directamente vinculados al cumplimiento de fines fundacionales y el resto de bienes y derechos (no dotacionales ni vinculados al cumplimiento de fines fundacionales), que requieren además una distinción tipológica posterior para determinar si los actos de disposición sobre los mismos deben comunicarse al Protectorado (bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural y aquéllos cuyo importe sea superior al 20 por 100 del activo de la fundación). Se trata de una clasificación cuya complejidad no se justifica en aras de la protección del patrimonio de la fundación, que puede buscarse con una normativa más clara, sin perjuicio además de otros problemas importantes de interpretación<sup>65</sup>.

Por ello, el ALF asumió como objetivo fundamental en este punto la simplificación del régimen de actos de disposición sobre el patrimonio fundacional<sup>66</sup>, para lo que partió de una clasificación que distinguía únicamente a estos efectos entre bienes y derechos

<sup>65</sup> Vid. SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación...», *op. cit.*, pp. 306 y ss, 340 y ss; PÉREZ ESCOLAR/CABRA DE LUNA/LORENZO GARCÍA, «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», *op. cit.*, pp. 262 y ss, 269 y ss.

Así, por ejemplo, *vid.* STS de 7 de marzo de 2011, Sala de lo Civil (RJ 2011/2757), en la que se consideró innecesaria la autorización del Protectorado para disponer de un inmueble por inexistencia de vinculación del mismo con la dotación ni con el cumplimiento de los fines fundacionales (art. 21.1 LF), y ello por falta de vinculación expresa y concreta con dichos fines conforme al art. 21.2 LF (Fundamento de Derecho Segundo). Sobre la misma, HORNERO MÉNDEZ, «La disposición patrimonial sin autorización administrativa previa...», *op. cit.*, pp. 284 y ss, especialmente, pp. 296 y ss.

<sup>66</sup> *Cfr.* Exposición de Motivos, III, ALF, p. 4.

dotacionales y no dotacionales, de forma que los actos de disposición sobre los primeros se sometían a la obtención de autorización previa del Protectorado, que se concedería en un plazo de treinta días a contar desde la presentación de la solicitud en caso de concurrencia de causa justificada (art. 20.1 ALF), mientras que los actos de disposición sobre los segundos se sometían al requisito de comunicación posterior al mismo Protectorado en un plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su realización cuando su importe fuera superior al 25 por 100 del activo de la fundación conforme al último balance aprobado (art. 20.2 párrafo primero ALF).

De este modo, se habría conseguido, no sólo una simplificación del régimen, sino también reducir los actos de disposición que requieren la obtención de autorización previa del Protectorado, pues si solo se establecía para los bienes y derechos dotacionales se habría dejado al margen del mismo a los bienes y derechos que, sin ser dotacionales, estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales (art. 21.1 LF).

Como pusimos de manifiesto en otro lugar, requerir autorización administrativa en este último caso puede dificultar demasiado la rapidez que en ocasiones requiere una gestión económica eficaz, por ejemplo, cuando se trate de bienes vinculados al cumplimiento de fines fundacionales por formar parte de una organización económica de tipo empresarial a través de la que la fundación realiza sus propios fines estatutarios (fundación-empresa de tipo funcional<sup>67</sup>), pues la obtención de dicha autorización supone la tramitación de un procedimiento administrativo cuya resolución se puede prolongar hasta tres meses desde que se presenta la solicitud (art. 19.3 RF).

De ahí la propuesta de seguir avanzando hacia un régimen de actos de disposición sobre el patrimonio de la fundación más ágil, menos sometido a la burocracia administrativa, como mínimo con relación a este tipo de bienes vinculados al cumplimiento de fines fundacionales que carezcan de una especial entidad económica, cuyo control por parte del Protectorado puede realizarse, entre otros medios, a través del sistema de comunicación posterior en plazo, que no está exento de garantías que posibilitan que control se pueda ejercer, al menos teóricamente, de forma efectiva (art. 18 RF)<sup>68</sup>.

Por todo ello, valoramos de forma positiva la propuesta del artículo 20.1 ALF, que por otro lado se situaría en la línea de la

<sup>67</sup> Sobre su delimitación conceptual, *vid.* PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones...*, *op. cit.*, pp. 87 y ss.

<sup>68</sup> *Vid.* PÉREZ ESCOLAR/CABRA DE LUNA/LORENZO GARCÍA, «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», *op. cit.*, pp. 274 y ss. En el mismo sentido, MORILLO GONZÁLEZ, *El proceso de creación...*, *op. cit.*, pp. 41 y 42; LORENZO GARCÍA/PIÑAR MAÑAS/SANJURJO GONZÁLEZ, «Reflexiones en torno a las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 63 y ss.

legislación autonómica de fundaciones, mucho más flexible que la estatal en este punto<sup>69</sup>. No se olvide que la concesión al Patronato de una mayor autonomía para la gestión del patrimonio de la fundación es una medida correlativa al endurecimiento de su régimen de responsabilidad, como demostró la LF: la búsqueda de agilidad en la gestión del patrimonio fundacional en aras de su mejor rendimiento, a la que desde luego no contribuye un régimen amplio de autorizaciones previas (art. 21 LF), se compensa con el agravamiento de la responsabilidad de los patronos por los actos dañosos para la fundación que realicen en el ejercicio de su cargo, de la que solo pueden exonerarse demostrando una total ausencia de participación y de conocimiento de los mismos (art. 17.2 LF).

En este sentido, no consideramos justificadas las afirmaciones que hizo la AEF en la citada nota de prensa de 29 de agosto de 2014 relativa al ALF, en la que se decía que establecía «un régimen concesional en el que existe una exigencia de autorización previa de actos y negocios jurídicos por parte del Protectorado, evitando así la fluidez en la gestión de los procedimientos». En la misma línea, se declaraba que, siendo necesario facilitar la gestión de las fundaciones, «mientras las leyes anteriores han contribuido a dinamizar y potenciar el fenómeno fundacional, como cauce a través del que la sociedad civil coadyuva con los poderes públicos en la consecución de los fines de interés general, la AEF considera que este nuevo proyecto representa un paso atrás, al tiempo que pone de manifiesto una enorme desconfianza hacia el sector». Como hemos visto, la realidad del ALF era precisamente en este punto disminuir, no aumentar, las autorizaciones previas del Protectorado necesarias para la realización de actos de disposición.

Por otro lado, el artículo 20.2 párrafo primero ALF pretendía someter al sistema de comunicación posterior en plazo al Protectorado a los actos de disposición que tuvieran por objeto bienes y derechos no dotacionales cuyo valor económico superara el 25 por 100 del activo de la fundación conforme al balance aprobado en el último ejercicio económico. Con ello no sólo se habría superado la defectuosa y alambicada redacción del citado artículo 21.3 párrafo primero LF sino que se habría incidido en la tendencia flexibilizadora del régimen de actos de disposición al no hacer diferencias entre tipos de bienes y requerir la comunicación posterior solo por razón de su valoración económica, que es lo verdaderamente relevante, por lo que también nos merece una valoración positiva y, por ello, una propuesta a tener en cuenta de cara a futuras reformas.

---

<sup>69</sup> Vid. PÉREZ ESCOLAR/CABRA DE LUNA/LORENZO GARCÍA, «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», *op. cit.*, pp. 276 y ss.

### 3.2.2 PUBLICIDAD REGISTRAL

El artículo 20.3 ALF incorporaba una novedad con relación a la cuestionada publicidad de los actos de disposición sobre el patrimonio fundacional en el Registro de Fundaciones (art. 21.4 LF), pues se pretendía limitar la obligación de inscribir en dicho Registro haciéndola recaer únicamente sobre «los actos jurídicos relativos a los bienes y derechos que formen parte de la dotación». Con ello se habría aceptado parcialmente la crítica realizada sobre la legislación vigente en el sentido de que los registros de personas jurídicas se han creado con la finalidad de que se inscriban en ellos los actos concernientes a las mismas que podrían denominarse estructurales, fundamentalmente, su constitución, modificación, fusión y extinción, no los negocios jurídicos de carácter patrimonial que lleven a cabo con terceros, que deberían inscribirse únicamente en el Registro de bienes o actos que corresponda<sup>70</sup>.

Ciertamente, por mucho que se considere que dicha inscripción favorece la seguridad jurídica, excede la función del Registro de Fundaciones como registro de personas jurídicas; así lo reflejó el legislador catalán en el artículo 333-1.4 del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat), sobre las personas jurídicas, aprobado por Ley 4/2008, de 24 de abril, estableciendo la obligatoriedad de que los actos de disposición que puedan ser objeto de publicidad registral se inscriban únicamente «en el Registro de la Propiedad o en el registro que proceda por razón del objeto».

Como argumento a mayores, hay que tener en cuenta que el mismo artículo 21.4 *in fine* LF dice que los actos de disposición sujetos a la obtención de autorización administrativa previa o a comunicación posterior deben quedar reflejados en el Libro inventario de la fundación, que tiene también acceso al Registro de Fundaciones como parte de la memoria anual de la fundación, integrada a su vez en sus cuentas anuales (art. 25.2 párrafo cuarto y 25.7 LF): la constancia en el Registro de Fundaciones de las variaciones patrimoniales que se produzcan anualmente como consecuencia de la realización de actos de disposición se lleva a cabo también por la vía del inventario, lo cual contribuye al cuestionamiento de la necesidad de inscripción específica de tales actos de disposición<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> Vid. PAU PEDRÓN, A., «El Registro de Fundaciones (artículos 36 y 37 y disp. transit. 4.ª)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, p. 559.

<sup>71</sup> Vid. PÉREZ ESCOLAR/CABRA DE LUNA/LORENZO GARCÍA, «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», *op. cit.*, pp. 273 y ss.

### 3.3 Herencias y donaciones

El artículo 22 LF regula la aceptación de herencias, legados y donaciones por las fundaciones<sup>72</sup>. Con relación a las primeras, su aceptación se entiende siempre hecha a beneficio de inventario (art. 22.1 LF), con lo que nos encontramos ante una aplicación automática, *ex lege*, de dicho beneficio de inventario, cuyo fundamento está en la necesidad de protección del patrimonio de la fundación. Su pérdida por el Patronato como consecuencia de la realización de cualquiera de los actos de ocultación y dispositivos del artículo 1024 del Código Civil (en adelante, CC) determina la responsabilidad de los patronos implicados frente a la fundación (art. 22.1, *in fine*, LF), si bien se trata de una mención superflua, al ser reconducible a la norma general sobre responsabilidad de los patronos (art. 17.2 LF), y, además, incompleta, puesto que existen otras causas de pérdida del beneficio de inventario (arts. 1002 y 1018 CC) que deben considerarse incluidas por analogía<sup>73</sup>. Ambas cuestiones podrían ser tenidas en cuenta de cara a una futura reforma.

Por otro lado, el art. 22.2 LF establece un requisito de comunicación posterior al Protectorado para la aceptación de «legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas», en un plazo de diez días hábiles a contar desde su realización, y se refiere de nuevo innecesariamente a la posibilidad de ejercicio por parte de dicho Protectorado de la acción de responsabilidad frente a los patronos por la realización de actos «lesivos para la fundación, en los términos previstos en esta Ley», es decir, los del artículo 17.2 LF.

Con respecto a ello, la primera cuestión a tener en cuenta es que la consideración de las donaciones remuneratorias en esta norma está autorizadamente cuestionada, en el sentido de que carecen de un matiz de onerosidad similar al que tienen las donaciones onerosas o con carga.

Efectivamente, las donaciones remuneratorias se realizan como consecuencia de servicios prestados al donante, en este caso, por la fundación donataria, no siendo consecuencia de deudas exigibles (art. 619 CC); por esta razón, se someten a las normas del contrato de donación «en la parte que excedan del valor del gravamen

---

<sup>72</sup> Conforme a la disposición final primera.2.b) LF, se trata de legislación civil, de aplicación general, por tanto, de acuerdo con el art. 149.1.8.ª CE, a excepción del último inciso del art. 22.2 LF, que tiene el carácter de legislación procesal siendo por ello de aplicación general al amparo del art. 149.1.6.ª CE (disposición final primera.3 LF).

<sup>73</sup> Vid. SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación...», *op. cit.*, p. 329; PÉREZ ESCOLAR/CABRA DE LUNA/LORENZO GARCÍA, «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», *op. cit.*, pp. 278 y ss.



impuesto» (art. 622 CC), que en realidad no es un gravamen sino la remuneración, no exigible, de un servicio prestado. Implican en este sentido, por tanto, un enriquecimiento para el donatario que prestó voluntariamente tales servicios al donante, razón por la que se ha criticado fundadamente su consideración en el artículo 22.2 LF para someterlas al requisito de comunicación al Protectorado y otorgarlas así un tratamiento distinto al de las donaciones puras<sup>74</sup>.

El artículo 21.2 ALF pretendía someter también al requisito de comunicación al Protectorado a las donaciones modales «cuando el modo impuesto no sea propio de las finalidades de la fundación». En este caso sí nos encontramos en el ámbito de las donaciones onerosas o con carga, que pueden ser o no beneficiosas para la fundación, por lo que está justificada la necesidad de comunicación al Protectorado. Sin embargo, las donaciones modales deben considerarse ya incluidas en la mención general a las donaciones onerosas del artículo 22.2 LF, y no parece necesaria una mención específica a aquellas en las que el modo o conducta que se imponga a la fundación donataria carezca de relación con los fines de la fundación: exista o no esta relación con los fines de la fundación, conviene que se comuniquen al Protectorado para que compruebe si la carga impuesta, de contenido económico o no, es beneficiosa en sí misma para la fundación, pues por el hecho de que tenga relación con dichos fines no tiene por qué serlo necesariamente.

Finalmente, con relación al plazo de comunicación, hay que señalar la conveniencia de equipararlo al plazo general de treinta días hábiles aplicable a los actos de disposición sobre el patrimonio (arts. 21.3 párrafo primero LF), tanto por razones de seguridad jurídica, que aconsejan homogeneidad de plazos de comunicación, como por la brevedad del plazo de diez días del artículo 22.2 LF<sup>75</sup>.

## 4. FUNCIONAMIENTO Y ACTIVIDAD

### 4.1 Principios de actuación y transparencia

La actual situación de desconfianza hacia el sector fundacional, derivada de los numerosos casos en los que se ha utilizado a la persona jurídica, constituida como ente sin ánimo de lucro, para fines de enriquecimiento particular, reclama una actuación del legislador dirigida a garantizar que se produzca efectivamente la consecución

<sup>74</sup> Vid. SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación...», *op. cit.*, pp. 331 y 332.

<sup>75</sup> Vid. GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, *op. cit.*, p. 179; PÉREZ ESCOLAR/CABRA DE LUNA/LORENZO GARCÍA, «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», *op. cit.*, p. 282.

de los fines de interés general que están llamadas a satisfacer (art. 34.1 CE).

En este punto, los denominados «*principios de actuación*» de las fundaciones (art. 23 LF<sup>76</sup>) deben actualizarse bajo la óptica de la necesidad de transparencia de su gestión y actividades, práctica de buen gobierno de consideración imprescindible para cualquier persona jurídica de carácter no lucrativo, que por este motivo es destinataria de ayudas y subvenciones públicas y beneficiaria de un régimen fiscal privilegiado. La confianza que se deposita en las fundaciones al considerarlas merecedoras de este tipo de recursos públicos y beneficios fiscales debe tener como contrapartida indiscutible una actuación y rendición de cuentas transparente, que demuestre que su patrimonio está siendo bien administrado por destinarse de forma real a la satisfacción de los fines de interés social que en cada caso corresponda cumplir.

Podría decirse que esta idea es una obviedad; sin embargo, la realidad ha demostrado la inexistencia de voluntad en muchas fundaciones para hacerla efectiva, y ello sin entrar en los escándalos de corrupción que han desprestigiado al sector, en los casos más vergonzantes concurriendo además instrumentalización política.

Por ello, la intervención del legislador con este fin es muy necesaria con la finalidad de concretar alguno de dichos «*principios de actuación*» del artículo 23 LF, particularmente, su letra b), que obliga a las fundaciones a «dar información suficiente de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados». ¿Qué es dar información suficiente? Se trata de una formulación tan abstracta y genérica del importantísimo deber de transparencia que no pasa de constituir una mera declaración programática, una pauta genérica de comportamiento cuyo cumplimiento permite una escala de realización muy amplia, que va desde lo menos apropiado a lo más apropiado al contenido del principio, de forma que lo único que cabe es pedir que se produzca en cada caso un resultado razonable conforme a un criterio de proporcionalidad entendido en función de las circunstancias y características de cada fundación<sup>77</sup>.

Los otros dos principios de actuación del artículo 23 LF, «destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas, de acuerdo con la presente Ley y los Estatutos de la fundación, a sus fines fundacio-

<sup>76</sup> De aplicación a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF).

<sup>77</sup> Así, EMBID IRUJO, J. M., «Funcionamiento y actividad de la fundación (artículos 23 a 27)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., Muñoz Machado, S./Cruz Amorós, M./Lorenzo García, R. de (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 365 y 366.

nales» [a]), y «actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios» [c)], no plantean el mismo problema. En el primer caso, porque tiene su propia concreción normativa: el artículo 27.1 LF, que establece la obligatoriedad de que un mínimo del 70% de rentas e ingresos de la fundación se destine a la satisfacción de los fines fundacionales, debiendo el resto dirigirse a incrementar la dotación o las reservas.

En el segundo, porque el artículo 3.2 LF parte de la necesidad de que el fin de la fundación, por ser de interés general, beneficie a «colectividades genéricas de personas»<sup>78</sup>, lo cual supone, como dice el artículo 3.3 LF, que no puede tener como finalidad principal el destino de sus prestaciones al fundador, a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas por análoga relación de afectividad, a sus parientes hasta el cuarto grado ni a personas jurídicas concretas que no persigan fines de interés general. A partir de ahí, el artículo 23.c) LF obliga a las fundaciones a actuar con imparcialidad y no discriminación en la selección de los beneficiarios concretos de sus prestaciones entre el grupo potencial de los mismos, imparcialidad y no discriminación que viene determinada por el contenido del artículo 14 CE.

Sin embargo, el principio de actuación del artículo 23.b) LF, «dar información suficiente de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados», requiere concreción legislativa. La aplicación del principio de transparencia a las fundaciones no puede quedar en una formulación abstracta de valores, máxime cuando en la actualidad el canal más importante de comunicación e información social, Internet, es accesible para todos los ciudadanos.

En este sentido, el artículo 22.4 ALF pretendió establecer la obligatoriedad de que todas las fundaciones tengan una página web en la que se publique, «al menos», información relativa a «las actividades previstas y desarrolladas en cumplimiento de sus fines» [a)]; «el plan de actuación aprobado» [b)]; «las cuentas anuales e informes de auditoría», si tienen obligación de someter a auditoría externa sus cuentas anuales [c)]; «el perfil y cargos del patronato y la identidad de los ejecutivos y responsables de cada una de las áreas de actuación» [d)], y «las subvenciones y ayudas públicas percibidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiario» [e)]. Se trata de una información mínima sobre gestión y actividad de las fundaciones que todas deberían proporcionar a la sociedad de cara a un mejor funcionamiento de las mismas,

<sup>78</sup> Vid. CAFFARENA LAPORTA, J., «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, pp. 36 y ss.

del aumento de la confianza social hacia ellas, de la mejora de su visibilidad y proyección y, por supuesto, en aras de un control más efectivo de su actividad.

En la misma línea, el artículo 22.5 ALF establecía la obligatoriedad de las fundaciones de «impulsar la aprobación y difusión de sus propios códigos de buen gobierno», de modo que, con independencia de la necesidad de cumplimiento de los principios de buen gobierno establecidos específicamente para los patronos en el artículo 17.1 ALF, dirigidos a concretar su obligación de actuar diligentemente a efectos de responsabilidad frente a la fundación (art. 17.2 ALF), se las habría encomendado la tarea de elaborar los suyos propios, adaptados a su dimensión económica y tipo de actividad, y de difundirlos, entendemos que con la finalidad de contribuir a su efectividad pese a su carácter en principio no vinculante<sup>79</sup>.

Con ello se habría ido más allá de ese mínimo marcado por la ley con relación a la actuación de los patronos buscando la instauración de modos de actuar propios para cada fundación, considerada en su integridad, fundamentados en la necesidad de transparencia, cuestión que también entendemos que es de consideración obligada ante cualquier intento de renovación del Derecho de Fundaciones. Los códigos de buen gobierno que en su caso se establezcan para las fundaciones no se deberían limitar a reglar la actuación del Patronato sino abarcar la de todos sus órganos de gestión y, en definitiva, considerar a la fundación en su integridad<sup>80</sup>, a cuyos efectos debería pensarse en establecer también legislativamente unas pautas básicas, de obligado cumplimiento, sin perjuicio de la implantación de otras más concretas por cada fundación en función de sus características particulares.

## 4.2 La actividad económica: su relación con el fin fundacional

La posibilidad de que las fundaciones realicen actividades económicas constituye un tema que, si bien hoy día está generalmente admitido<sup>81</sup>, plantea muchas dudas en torno a las cautelas que deban establecerse con la finalidad de que no se desvíen de la satisfacción de los fines de interés general para los que fueron creadas, sentido

---

<sup>79</sup> Vid. EMPARANZA SOBEJANO, «El gobierno de las entidades público-privadas: ...», *op. cit.*, pp. 174 y 175, especialmente, 176 y ss.

<sup>80</sup> En este sentido, *vid.* GARCÍA ÁLVAREZ, «Los Códigos de buen gobierno corporativo en las fundaciones», *op. cit.*, pp. 189 y 190, 199 y ss.

<sup>81</sup> A estos efectos, se habla de la superación de la concepción estática, rentista, de la fundación decimonónica, y de su consideración actual como operador económico del mercado cuyos aspectos organizativos se subrayan, como también dijimos anteriormente, sobre los estrictamente patrimonialistas (art. 2.1 LF). *Vid.* EMBID IRUJO, «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 30 y 31.

y fundamento de la institución (art. 34.1 CE). Ciertamente, la naturaleza no lucrativa de la institución constituye el punto de partida de cualquier consideración sobre su régimen jurídico y, particularmente, sobre todo lo relativo a su actividad económica, de modo que se debe tener siempre presente que permitir dicha actividad económica supone admitir su actuación dinámica y coherente con una economía de mercado pero en modo alguno admitir su «mercantilización»<sup>82</sup>.

En relación con ello, hemos defendido que la limitación de la actividad económica de naturaleza empresarial realizada por las fundaciones debería venir por la vía de garantizar, por los medios que sea necesario, que los beneficios obtenidos se reinviertan mayoritariamente en la satisfacción de los fines de interés general encomendados, debiendo el resto contribuir a la consolidación del patrimonio de la fundación; esta es la idea que se plasma en el artículo 27.1 LF, pero requiere, como es sabido, de su combinación con el artículo 24.1 LF, que marca los criterios de conexión material entre actividad económica y fin fundacional. La cuestión no estaría tanto, a mi modo de ver, en exigir una determinada relación entre ambos sino en garantizar que el beneficio económico se destine a dicho fin y no a sujetos particulares<sup>83</sup>, para lo cual es indispensable un reforzamiento de los mecanismos de control de la actividad de las fundaciones, particularmente, como veremos más adelante, de las facultades de actuación del Protectorado.

El artículo 24.1 párrafo primero LF reconoce la posibilidad de que las fundaciones realicen actividades «económicas» (que con más rigor deberían denominarse «empresariales») pero siempre que su objeto «esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas», es decir, subordina su validez a la existencia de vinculación directa con la naturaleza de los fines de la fundación («fundación-empresa» de tipo funcional), admitiendo como máximo una relación complementaria o accesorio de la actividad económica con otra de objeto relacionado directamente con dichos fines<sup>84</sup>. En este último caso, la actividad económica es simplemente un modo de financiación de la funda-

---

<sup>82</sup> Vid. EMBID IRUJO, «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones...», *op. cit.*, p. 32.

<sup>83</sup> Resultan de cita obligada a estos efectos las palabras del profesor J. L. LACRUZ BERDEJO: la finalidad altruista de la fundación «se cifra realmente en la no realización de ganancias repartibles». Vid. *Elementos de Derecho Civil*, I, volumen segundo, Dykinson, Madrid, 2010, p. 319.

<sup>84</sup> El art. 24 LF es de aplicación a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF). El legislador estatal habría considerado que la no incidencia de esta norma en el estatuto jurídico del empresario, en la medida en que se limita a establecer las posibilidades de actuación económica de la fundación en función de su relación con el fin fundacional, determina que no nos encontremos ante legislación mercantil.

ción, pues carece de relación con sus fines («fundación-empresa» de tipo dotacional), que el legislador estatal admite por el hecho de tratarse de una actividad complementaria o accesoria de otra sí relacionada con los fines de la fundación; podría ser el caso, por ejemplo, de la explotación de una cafetería establecida en un museo de una fundación dedicada a la satisfacción de fines culturales<sup>85</sup>.

Sin embargo, cuando el mismo legislador estatal regula la posibilidad de que la fundación invierta su capital en participaciones de sociedades mercantiles (la denominada «fundación con empresa» si la participación es duradera y tiene finalidad de control<sup>86</sup>) no establece ninguna limitación de este tipo sino que permite que la sociedad mercantil participada tenga cualquier objeto, relacionado con el fin fundacional o no. Así, el artículo 24.1 párrafo segundo LF dice claramente que «podrán intervenir en cualesquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades», siempre que sean de tipo no personalista y que se informe al Protectorado de las participaciones mayoritarias (art. 24.2 párrafo primero LF)<sup>87</sup>.

El motivo de esta diversidad de trato es difícil de saber, pues no aparecen alusiones a ello en la Exposición de Motivos LF. Al respecto, se ha señalado la posibilidad de que sea la separación jurídica existente entre la fundación y la sociedad participada lo que explique que se permita la misma desconexión entre los fines de una y otra, o bien la hipotética consideración por parte del legisla-

---

En contra, EMBID IRUJO, considerando que, al asumir la fundación la condición de empresaria con el ejercicio de tales actividades económicas, nos encontramos en el ámbito de la competencia exclusiva del Estado del art. 149.1.6.ª CE. *Vid.* «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 63 y 64, nota 43.

<sup>85</sup> *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones...*, *op. cit.*, pp. 121 y ss. Para la interpretación de este régimen jurídico, véase también EMBID IRUJO, «Funcionamiento y actividad de la fundación...», *op. cit.*, pp. 402 y ss, «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 43 y ss, «Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresaria)», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, pp. 45 y ss.

En el ámbito europeo, el decaído EFE optó por establecer límites de carácter cuantitativo a la realización de actividades económicas no relacionadas con los fines fundacionales, pues se pretendían limitar a que su volumen no superara el 10% de la facturación neta anual de la fundación, debiendo presentarse además sus resultados de forma separada en las cuentas anuales (art. 11.2 EFE). *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, «El Estatuto de la Fundación Europea...», *op. cit.*, pp. 397 y ss.

<sup>86</sup> *Vid.* EMBID IRUJO, «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 48 y 49, «Empresa y fundación...», *op. cit.*, pp. 24 y 25.

<sup>87</sup> En el mismo sentido, el art. 24.3 LF obliga a las fundaciones enajenar las participaciones en sociedades personalistas que reciban por cualquier título, salvo que en el plazo de un año se produzca la transformación de la sociedad participada en una de responsabilidad limitada. Sobre todo ello, *vid.* EMBID IRUJO, «Funcionamiento y actividad de la fundación...», *op. cit.*, pp. 405 y ss, «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 48 y ss, «Empresa y fundación...», *op. cit.*, pp. 49 y ss; PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones...*, *op. cit.*, pp. 43 y ss, especialmente, 49 y ss.

dor de que la participación en sociedades no constituye el ejercicio de una actividad empresarial propiamente dicha<sup>88</sup>. En cualquier caso, la realidad es que se permite el ejercicio de una actividad económica a través de la participación de la fundación, que puede ser mayoritaria, en estructuras empresariales de objeto totalmente ajeno a los fines fundacionales, por tanto, con el único objetivo de financiación u obtención de beneficio económico.

El artículo 23.3 y 4 ALF pretendió mantener estos mismos límites contenidos en el artículo 24.1 y 2 LF para las actividades empresariales llevadas a cabo de forma directa por la fundación y su participación en sociedades mercantiles, respectivamente. La única novedad que aparecía en el ALF con relación a este tema fue la pretensión de elevar a rango legal la distinción que efectúa el artículo 23.1 RF entre las que denomina actividades «*propias*» de la fundación, que se realizan para el cumplimiento de fines, de forma gratuita o bajo contraprestación para compensar gastos, y «*mercantiles*», que se realizan con la finalidad de obtener un beneficio económico (art. 23.1. y 2 ALF), bajo forma, por tanto, de «*fundación-empresa*» o «*fundación con empresa*»<sup>89</sup>.

Como ha puesto de manifiesto el profesor Embid Irujo con relación al artículo 23.1 RF, esta diferenciación tiene su interés desde el punto de vista terminológico en el sentido de que deja traslucir la consideración del carácter secundario o menos «*natural*» para las fundaciones de las actividades mercantiles frente a las llamadas actividades «*propias*»<sup>90</sup>. Pero, desde el punto de vista práctico, las actividades mercantiles de la fundación, dirigidas a la obtención de beneficio económico bien por suponer en sí mismas el ejercicio de una actividad empresarial o bien por implicar una inversión de capital en sociedades mercantiles, pretendían seguir sometidas exactamente a la misma regulación, argumentándose al respecto que ello perseguía «evitar la utilización instrumental de la figura jurídica de la fundación para el desarrollo de actividades que no guarden relación con los fines que justifican su existencia, así como la generación de redes económicas cuyo peso descansa en la constitución de una fundación»<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> Vid. EMBID IRUJO, «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones...», *op. cit.*, p. 42, «Empresa y fundación...», *op. cit.*, p. 35.

<sup>89</sup> El art. 23.6 ALF incidía en ello diciendo que «no podrá entenderse que las actividades de la fundación se realizan en cumplimiento de sus fines cuando sean desarrolladas por sociedades mercantiles o consistan en la adquisición de participaciones de capital y operaciones realizadas en el mercado financiero».

<sup>90</sup> Desde el punto de vista sistemático, se hubiera ubicado en norma de rango legal esta clarificación que actualmente, de forma no muy acertada, se contiene en norma reglamentaria. Vid. EMBID IRUJO, «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 40 y 41, «Empresa y fundación...», *op. cit.*, pp. 32 y 33.

<sup>91</sup> Cfr. Exposición de Motivos, III, ALF, pp. 4 y 5.

Sin embargo, a mi modo de ver, la cuestión que debe plantearse es por qué seguir manteniendo limitaciones de este tipo a la actividad económica de las fundaciones cuando se trata de una actividad económica directa, es decir, que la fundación ejerce como empresaria, por sí misma, mientras dichas limitaciones no existen para invertir su capital en sociedades, que pueden tener cualquier objeto. Las posibilidades de financiación que ofrece la inversión de capital en acciones de sociedades mercantiles deberían reconocerse en la misma medida con relación al desarrollo directo de actividades empresariales, pues, en definitiva, es el destino del beneficio económico a la satisfacción de los fines fundacionales lo que determina su legitimidad o no, y es ahí donde el legislador debe incidir por todas las vías posibles para garantizarlo, particularmente, a través de un reforzamiento de las facultades de actuación atribuidas al Protectorado para ejercer su función de control.

Con otras palabras y volviendo a lo que constituye el fundamento de la cuestión, lo que diferencia a una persona jurídica de carácter no lucrativo (asociaciones y fundaciones) frente a las de carácter lucrativo (sociedades) no es la posibilidad de realizar o no actividades económicas de una u otra naturaleza sino la imposibilidad de las primeras de distribuir el beneficio económico entre sujetos particulares, pues está vinculado a la satisfacción de los fines para los que se crea la persona jurídica y a su propio desarrollo en aras también de la mejor satisfacción de dichos fines<sup>92</sup>.

### 4.3 Contabilidad, auditoría y plan de actuación

Las normas sobre contabilidad, auditoría y plan de actuación de las fundaciones constituyen uno de los soportes básicos del control de su actividad, control que, como venimos reiterando, debe reforzarse por todas las vías posibles con la finalidad de garantizar su correcto funcionamiento al servicio de los fines de interés general que tengan encomendados. En esta línea, el ALF pretendió introducir novedades importantes con este objetivo que sintetizamos a

---

<sup>92</sup> Así lo defendí en PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones...*, *op. cit.*, pp. 132 y ss. En este sentido, EMBID IRUJO ha puesto de manifiesto que, aun siendo correcto situar el cumplimiento de los fines fundacionales en el centro de la actividad de estos entes como «elemento insoslayable» de su régimen normativo, «la inferior libertad en punto a la realización de actividades mercantiles de que disfruta la fundación-empresa frente a la fundación con empresa puede dar lugar a numerosos problemas, y es susceptible de restringir, sin el debido fundamento, la utilidad práctica de aquella figura». *Vid.* «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 41 y 42, «Empresa y fundación...», *op. cit.*, p. 35. También, sobre la «licitud» de la «fundación-empresa» de tipo dotacional, en «Funcionamiento y actividad de la fundación...», *op. cit.*, pp. 402 y 403.



continuación al objeto de que puedan servir de referencia de cara a futuras reformas del artículo 25 LF<sup>93</sup>.

Por lo que se refiere a la contabilidad de la fundación, se intentó posibilitar la necesidad de aportar más documentación que la que actualmente se requiere en el sentido de que el artículo 24.2 párrafo segundo, segunda parte, ALF, pretendió introducir como parte integrante de las cuentas anuales, a mayores del balance, la cuenta de resultados y la memoria (art. 25.2 párrafo segundo LF), «el resto de documentos que establezca el Plan de Contabilidad que sea de aplicación», es decir, el resto de documentación que en cada momento se considere pertinente aportar conforme a lo previsto en dicho Plan.

En el mismo sentido, el artículo 24.2 párrafo cuarto ALF aumentaba el contenido mínimo de la memoria de la fundación (art. 25.2 párrafos tercero y cuarto LF) estableciendo como parte necesaria de la misma la información relativa a las retribuciones percibidas por los miembros de los órganos de gobierno, dirección y representación, y a los negocios jurídicos celebrados entre éstos y la fundación, cuestiones ambas de importancia capital de cara a evitar que este tipo de personas jurídicas se desvíen de la satisfacción de sus fines de interés general.

Según expresamos en otro lugar, «repensar las fórmulas de control de la actividad de las fundaciones no puede dejar de tener en cuenta la importancia de las cuentas anuales como instrumento dirigido a constatar que sus ingresos se destinan efectivamente a la realización de los fines de interés general asumidos en el porcentaje mínimo establecido por la ley (art. 27.1 LF y concordantes autonómicos), por lo que sería conveniente que el legislador incidiera en la necesidad de que esta documentación contable se elabore de la forma más detallada y justificada que sea posible, tanto desde el punto de vista cuantitativo como también cualitativo, es decir, relativo a la especificación pormerizada de las actividades realizadas y servicios prestados»<sup>94</sup>.

El ALF no preveía una norma semejante al artículo 25.9 LF, cuyo párrafo primero remite a lo dispuesto en el Código de Comer-

<sup>93</sup> De aplicación a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF).

<sup>94</sup> PÉREZ ESCOLAR, M., «El Protectorado de las fundaciones, Hacia una renovación de sus facultades de actuación», *Boletín del Ministerio de Justicia*, marzo 2012, n.º 2140, [www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj), p. 24. En esta línea, *vid.* art. 24 del Decreto 100/2007, de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Protectorado de Fundaciones del País Vasco.

La memoria es el documento contable que mayor información aporta sobre la fundación, de ahí la importancia de que contenga información detallada de su actividad. *Vid.* RÚA ALONSO DE CORRALES, E., «Las cuentas anuales y otros documentos obligatorios de información de las fundaciones», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, pp. 238 y ss.

cio en materia de contabilidad cuando la fundación realice actividades económicas y la obliga a formular cuentas anuales consolidadas si se encuentra en los supuestos regulados por dicho Código de Comercio para la sociedad dominante. Entendemos que ello responde al hecho de que la fundación que realiza actividades económicas, en rigor, actividades de naturaleza empresarial<sup>95</sup>, asume la condición de empresaria y, por tanto, el estatuto jurídico del empresario en su integridad, que le será aplicable mientras no existan normas específicas sobre cuestiones concretas<sup>96</sup>.

Por su parte, el artículo 25.9 párrafo segundo LF, que obliga a las fundaciones que realicen actividades empresariales a incorporar información detallada en un apartado específico de la memoria sobre los elementos patrimoniales afectos a la actividad mercantil, también carecía de equivalente en el ALF, quizás por considerar suficiente a estos efectos la necesidad de que la memoria contenga información relativa a las actividades de la fundación «*indicando los recursos empleados, su procedencia y el número de beneficiarios*» de las mismas (arts. 25.2 párrafo tercero LF y 24.2 párrafo tercero ALF)<sup>97</sup>.

Con relación a la obligación de las fundaciones de someter sus cuentas anuales a auditoría externa, el ALF, aparte algunas mejoras de redacción (art. 24.3, párrafos segundo y tercero, ALF, con relación al art. 25.6 LF), incorporaba la obligación de someterse a dicha auditoría para las fundaciones que reciban ayudas o subvenciones públicas en función de los límites y condiciones previstos en la normativa sobre auditoría de cuentas (art. 24.4 ALF). Más estricto era en este sentido el EFE, cuyo artículo 34.4 preveía la obligación de cualquier Fundación Europea de auditar las cuentas anuales, con independencia de su volumen de actividad y de cualquier otra consideración<sup>98</sup>.

El ALF también modificaba el procedimiento de presentación de las cuentas anuales estableciendo la obligación de realizarlo ante el Registro de Fundaciones, en los quince días hábiles siguientes

<sup>95</sup> Al igual que sucede en el art. 24 LF, que como hemos visto también utiliza la terminología de «*actividades económicas*» para referirse a lo que en rigor son actividades empresariales. Vid. EMBID IRUJO, «Funcionamiento y actividad de la fundación...», *op. cit.*, pp. 393 y 394.

<sup>96</sup> Vid. EMBID IRUJO, «Funcionamiento y actividad de la fundación...», *op. cit.*, p. 379.

<sup>97</sup> Las novedades en materia de contabilidad incluían también una remisión al Plan de Contabilidad que en cada momento sea de aplicación con relación a los modelos de presentación de las cuentas anuales (art. 24.12 ALF), eliminándose al tiempo las actuales normas sobre cuentas anuales abreviadas (art. 25.3 LF) y régimen simplificado de contabilidad (art. 25.4 LF).

<sup>98</sup> Vid. PÉREZ ESCOLAR, «El Estatuto de la Fundación Europea...», *op. cit.*, pp. 399 y ss.

tes a su aprobación (art. 24.5 párrafo primero ALF), frente a la vigente obligación de presentarlas directamente ante el Protectorado, en los diez días hábiles siguientes a dicha aprobación, para, después de comprobar éste «*su adecuación formal a la normativa vigente*», proceder a depositarlas en el Registro de Fundaciones (art. 25.7 LF). Con ello, se habría encomendado al Registro de Fundaciones esta función de comprobar «*su adecuación formal a la normativa vigente*» (art. 24.5 párrafo segundo ALF) de forma que, después de proceder a su depósito (art. 24.5 párrafo segundo ALF), habría de haber asumido la obligación de informar y dar traslado al Protectorado competente de toda la información necesaria para que éste realizara la «*comprobación material*» de las cuentas anuales depositadas (art. 24.5 párrafo tercero ALF).

Con respecto al plan de actuación de la fundación, el ALF preveía igualmente un procedimiento de presentación ante el Registro de Fundaciones, en consonancia con el establecido para las cuentas anuales, frente al actual de presentación ante el Protectorado (art. 25.8 LF). Conforme a ello, el plan de actuación relativo a los objetivos y actividades previstos para el ejercicio siguiente debía presentarse ante dicho Registro de Fundaciones (art. 24.7 párrafo primero ALF) con la misma finalidad de que comprobara «*su adecuación formal a la normativa vigente*» y procediera a su depósito (art. 24.7 párrafo segundo ALF), informando y dando traslado posteriormente al Protectorado de toda la documentación necesaria para que pueda cumplir sus funciones (art. 24.7 párrafo tercero ALF).

El artículo 24.8 ALF también preveía la circunstancia de que el Protectorado observara la necesidad de realizar alguna modificación en las cuentas anuales o en el plan de actuación previamente depositados en el Registro de Fundaciones, en cuyo caso dichas modificaciones, comunicada su necesidad al Patronato de la fundación afectada y al mismo Registro de Fundaciones, deberían acceder a este último una vez realizadas por el Patronato y obtenida la conformidad del Protectorado sobre las mismas.

Por otro lado, el artículo 24.9 ALF pretendía incorporar la posibilidad de que se estableciera, entendemos que por vía reglamentaria, la obligatoriedad de elaborar las cuentas anuales y los planes de actuación mediante procedimiento electrónico, y ello con la finalidad de facilitar la labor del Protectorado o, como decía su Exposición de Motivos, de conseguir «un mayor grado de eficiencia en las relaciones entre las fundaciones y los órganos responsables de su control y supervisión»<sup>99</sup>.

<sup>99</sup> Exposición de Motivos, III, ALF, p. 5.

Particularmente importante nos parece la previsión de cierre registral que se contenía en el artículo 24.10 ALF ante el incumplimiento del deber de presentación de las cuentas anuales o de los planes de actuación, que habría impedido la inscripción en el Registro de Fundaciones de los actos y documentos de la fundación que se estableciera reglamentariamente. Se trata sin duda de una medida acertada de cara a garantizar el correcto ejercicio del derecho de fundación, pues habría supuesto el establecimiento de una sanción automática ante el incumplimiento de la obligación de presentación de documentos tan importantes como las cuentas anuales o el plan de actuación, sanción no dependiente, por tanto, de la actuación del Protectorado<sup>100</sup>.

En el mismo sentido, el artículo 24.11 ALF establecía la obligatoriedad de que el Protectorado remitiera anualmente al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la relación nominal de las fundaciones incumplidoras del deber de depósito de las cuentas anuales, a cuyos efectos se obligaba al Registro de Fundaciones a remitir dicha relación al Protectorado en el primer mes de cada año<sup>101</sup>.

#### 4.4 Destino de rentas e ingresos

El artículo 27 LF, «destino de rentas e ingresos», constituye una norma básica de cara a garantizar que las fundaciones cumplan con la satisfacción de los fines de interés general que en cada caso tengan encomendados, especialmente cuando desarrollen actividades de naturaleza empresarial<sup>102</sup>. A estos efectos, su número 1, párrafo primero, señala la obligación de destinar a la realización de dichos fines «al menos, el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económi-

<sup>100</sup> En la misma línea, el art. 32.8 de la nueva LFPV, ante el incumplimiento del deber de presentación de las cuentas anuales, lo cual se justifica en la Exposición de Motivos, II, diciendo que «otra de las novedades más significativas que contiene la ley es el cierre del registro como consecuencia directa de la falta de presentación de las cuentas anuales. De este modo, el legislador se hace eco de la necesidad de establecer una medida coercitiva ante dicho incumplimiento que, sin llegar a constituir un procedimiento sancionador, pueda ser una medida efectiva para que un mayor número de fundaciones cumplan con sus obligaciones de información económico-contable, lo cual garantiza la necesaria transparencia de dichas entidades».

<sup>101</sup> A mayores, el art. 29.f) ALF pretendió introducir como nueva causa de extinción de la fundación el incumplimiento de la obligación de presentación de las cuentas anuales o de los planes de actuación durante tres ejercicios continuados, aunque en este caso la finalidad declarada por el prelegislador fue evitar la existencia de fundaciones inactivas. *Vid.* Exposición de Motivos, III, ALF, pp. 5 y 6. En el mismo sentido, la disposición adicional décima ALF, para las fundaciones que, a la entrada en vigor de la nueva normativa, no hubieran presentado cuentas anuales en los últimos diez ejercicios, que incurrirían automáticamente en causa de extinción por imposibilidad de realización del fin.

<sup>102</sup> De aplicación a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF), si bien la normativa autonómica no presenta diferencias sustanciales al respecto. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones...*, *op. cit.*, pp. 132 y 133.

cas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados, para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas según acuerdo del Patronato».

El porcentaje establecido, 70 por 100 de rentas e ingresos, como destino obligatorio para la realización de los fines fundacionales, es adecuado, pues hay que tener en cuenta que el 30 por 100 restante debe destinarse a incrementar la dotación o las reservas de la fundación, es decir, a capitalizarla, por lo que en último término también repercute en la satisfacción de sus fines. Además, el mismo artículo 27.1 LF flexibiliza esta obligación permitiendo que su cumplimiento se produzca en el plazo comprendido «entre el inicio del ejercicio en que se hayan obtenido los respectivos resultados e ingresos y los cuatro años siguientes al cierre de dicho ejercicio».

No obstante, cabe hacer también algunas consideraciones críticas sobre esta norma que podrían tenerse en cuenta de cara a futuras reformas. En primer lugar, el artículo 27 LF se complica excesivamente, al igual que la propuesta contenida en el artículo 25.2, 3, 4 y 5 ALF, cuando se refiere a los detalles del cómputo de ingresos y gastos, lo cual podría simplificarse con una remisión a una norma especial en la que se recojan todas las cuestiones de índole propiamente contable.

Por otro lado, habría que tener en consideración el artículo 25.6 ALF, que pretendía establecer la necesidad de que exista una «adecuada proporcionalidad entre los recursos empleados, las actividades realizadas y los fines conseguidos», pudiendo solicitar el Protectorado al Patronato de la fundación toda la información que considere necesaria para valorar esta adecuación. Con ello se perseguiría evitar la utilización de los recursos de la fundación de forma fraudulenta en los casos en que se manejan sin relación de proporcionalidad con respecto a la actividad que se realiza y los fines satisfechos con la misma, entendiéndose que tal proporcionalidad sólo existe cuando se enmarca en un criterio de razonabilidad a valorar en función de las circunstancias del caso concreto. Así, por ejemplo, no existe una proporcionalidad adecuada cuando, por ejemplo, se destina una cantidad de ingresos no razonable para la realización de un congreso científico, por mucho que su temática esté relacionada con los fines de la fundación.

Finalmente, también consideramos importante el artículo 25.7 ALF, que pretendía establecer la obligación del Protectorado de remitir al Ministerio de Hacienda la información relativa a las fundaciones que no cumplan lo previsto sobre destino de ingresos, pues su cumplimiento constituye un requisito para que puedan ser

consideradas entes no lucrativos a efectos tributarios y así ser destinatarias de un régimen fiscal privilegiado (art. 3.2.º LRF)<sup>103</sup>.

#### 4.5 Contratación con personas o entidades vinculadas a la fundación

La contratación de los patronos con la fundación constituye una situación de conflicto de intereses que debe ser especialmente tenida en cuenta por el legislador con la finalidad de evitar la utilización de la posición de patrono para conseguir contratos ventajosos y, por tanto, perjudiciales para la fundación; téngase en cuenta que el cargo de patrono puede ser ejercido por entes públicos o privados, a través de su correspondiente representante, respecto de los que la oportunidad de negocio puede surgir con frecuencia. En la actualidad, el artículo 28 LF regula el supuesto que denomina de «autocontratación» diciendo que «los patronos podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado que se extenderá al supuesto de personas físicas que actúen como representantes de los patronos»<sup>104</sup>.

Pues bien, con relación a esta situación hay que tener en cuenta dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, que, como viene reclamando la doctrina, sería conveniente incrementar las cautelas en el sentido de concretar otros supuestos semejantes de conflictos de interés no contemplados por el artículo 28 LF, que solo se refiere a la contratación entre fundación y patronos<sup>105</sup>. A estos efectos, el ALF constituye de nuevo un texto de referencia, pues su art. 26.5 ampliaba el ámbito personal de la llamada autocontratación «superando las lagunas existentes e incluyendo aquellos supuestos en los que puede darse conflicto de intereses»<sup>106</sup>. Así, bajo la expresión de «personas o entidades vinculadas» a la fundación, consideraba como tales a:

«a) Los fundadores, los patronos, los miembros de otros órganos de la fundación, las personas físicas que actúen como represen-

<sup>103</sup> Exposición de Motivos, III, ALF, p. 5.

<sup>104</sup> De aplicación a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF).

Sobre la calificación de «autocontratación» del supuesto, no del todo correcta, *vid.* SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación...», *op. cit.*, p. 337: como dice esta autora, el supuesto se refiere al caso de contratación de la fundación con un patrono que no actúa en representación de la misma, lo que en rigor no es un supuesto de autocontratación sino de incompatibilidad por conflicto de intereses; autocontratación sería la contratación entre fundación y patrono que actúa en representación de la anterior o entre fundación y todos los miembros del Patronato.

<sup>105</sup> *Vid.* SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación...», *op. cit.*, p. 339; MATO PACÍN, M.ª N., «La autocontratación en el ámbito de las fundaciones, Supuestos y sistema de control», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, pp. 163 y ss.

<sup>106</sup> *Cfr.* Exposición de Motivos, III, ALF, p. 5.

tantes de los patronos y las personas que actúen en virtud de poderes otorgados por el Patronato. b). Los cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad y las personas unidas por relaciones de parentesco, en línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, de las personas citadas en la letra a). c). Las entidades en las que las personas citadas en las letras a) y b) sean socios o partícipes o formen parte de sus órganos de gobierno. d). Las entidades en las que la fundación sea socio o partícipe».

Por otro lado, consideramos que el requisito de obtener autorización previa del Protectorado para realizar este tipo de contratos debe mantenerse, con independencia de su cuantía económica. No compartimos por ello en este punto el criterio del ALF conforme al que sólo las contrataciones con personas o entidades vinculadas cuyo conjunto superara anualmente una cantidad determinada o un porcentaje de los ingresos de la fundación deberían someterse a la autorización del Protectorado, bastando en caso contrario una comunicación posterior (art. 26.2, 3 y 4 ALF).

La autorización previa del Protectorado debe mantenerse para cualquiera de estos supuestos, con independencia de la cuantía económica del negocio, pues sólo de esta manera adoptaremos una solución verdaderamente garantista de los fines de la fundación<sup>107</sup>. Otra cosa es que, como ha planteado la profesora Santos Morón, se pueda distinguir entre negocios jurídicos onerosos y gratuitos, de forma que se exonere de la obtención de autorización administrativa, únicamente, a las donaciones puras realizadas por los patronos a la fundación, que por conllevar siempre un beneficio para la misma dejan sin sentido el control del Protectorado<sup>108</sup>.

## 5. MODIFICACIÓN Y FUSIÓN: EL ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DEL PROTECTORADO

Respecto a la modificación de estatutos de la fundación y su posible fusión con otra u otras fundaciones, es interesante hacer referencia a la propuesta contenida en el ALF con relación a ambos temas, marcada por la modificación del alcance de la intervención del Protectorado ante la que consideramos una aparente introducción de nuevos supuestos de autorización previa en determinados casos de modificación y fusión.

<sup>107</sup> En este sentido, *vid.* MATO PACÍN, «La autocontratación...», *op. cit.*, pp. 173 y ss.

<sup>108</sup> *Vid.* «El patrimonio de la fundación...», *op. cit.*, pp. 339 y 340.

Actualmente, los artículos 29.4 y 30.1 y 2 LF, para modificación y fusión, respectivamente, se refieren a la necesidad de comunicar al Protectorado el acuerdo del Patronato de modificación de estatutos o los acuerdos de fusión de los Patronatos de las fundaciones afectadas, de modo que dicho Protectorado puede oponerse a los mismos «por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado» en un plazo máximo de tres meses desde su notificación, con reconocimiento del juego del silencio positivo<sup>109</sup>. Por tanto, el Protectorado puede oponerse a los acuerdos de modificación o fusión cuando no se cumplan los presupuestos legalmente establecidos para las mismas (arts. 29 y 30 LF), en cuyo caso hay que entender que tales acuerdos quedan sin efecto pudiendo el Patronato interponer, si lo estima conveniente, el recurso que corresponda (art. 43.1 LF)<sup>110</sup>.

En realidad, aunque las normas citadas se refieren a una necesidad de comunicación, en la práctica el sistema es de aprobación o autorización del Protectorado, puesto que lo que se comunica no es una modificación o fusión ya realizada sino el acuerdo o acuerdos al respecto de los Patronatos afectados para, a partir de ahí, el Protectorado tener que pronunciarse oponiéndose a ello, por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado, o no, lo que en definitiva supone aprobarlo o no<sup>111</sup>. Téngase en cuenta además que, por un lado, la valoración de las causas que facultan para la modificación de estatutos (art. 29.1 y 2 LF) no está exenta de discrecionalidad<sup>112</sup>, y, de otra parte, que tanto la modificación estatutaria como la fusión de fundaciones requieren el posterior otorgamiento de escritura pública e inscripción

<sup>109</sup> El art. 29.4 LF se considera de aplicación únicamente a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF), frente al mismo art. 29.1, 2, 3 y 5 LF, que tiene la consideración de legislación civil [disposición final primera.2 b) LF]. Por su parte, el art. 30.1 LF, sobre la comunicación del acuerdo de fusión al Protectorado, tiene la consideración de legislación civil [disposición final primera.2 b) LF] mientras que el art. 30.2 LF sólo es de aplicación a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF).

<sup>110</sup> Vid. CAFFARENA LAPORTA, J., «La modificación de los Estatutos de la fundación (Artículo 29)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, p. 424.

<sup>111</sup> En este sentido, GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., pp. 235 y 241, que dice que el Protectorado tiene en ambos casos una «especie de veto»; CAFFARENA LAPORTA, «La modificación de los Estatutos...», op. cit., p. 425, nota 30, «La fusión de las fundaciones (Artículo 30)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 446 y 447.

<sup>112</sup> ¿Cuándo una modificación de estatutos es «conveniente» en interés de la fundación (art. 29.1 LF)? Y, ¿cuándo debe considerarse que las circunstancias que presidieron su constitución han variado de tal manera que ya no puede «actuar satisfactoriamente» con arreglo a sus estatutos (art. 29.2 LF)? Vid. CAFFARENA LAPORTA, «La modificación de los Estatutos...», op. cit., pp. 427 y ss.



en el Registro de Fundaciones (arts. 29.5 y 30.3 párrafo primero LF) para ser oponibles frente a terceros de buena fe (art. 37.3 LF)<sup>113</sup>.

Pues bien, los arts. 27.4 y 28.2 ALF, para modificación y fusión, respectivamente, pretendían establecer un requisito de autorización previa del Protectorado para los casos en que la modificación estatutaria o la fusión de fundaciones afectara a los fines fundacionales o a la voluntad del fundador o fundadores. En principio, pudiera parecer que ello habría incrementado el control del Protectorado en este ámbito, puesto que las normas vigente se refieren, como hemos visto, a la necesidad de comunicar, si bien lo cierto es que más bien lo habría disminuido en la medida en que, por las razones explicadas, habría restringido su necesidad de aprobación a los supuestos concretos de afectación de los fines fundacionales o de la voluntad del fundador o fundadores.

Debiendo ser el Protectorado en estos casos especialmente cuidadoso, lo cierto es que, a nuestro juicio, su control previo, en forma de aprobación/autorización o no oposición, debería existir ante cualquier caso de modificación de estatutos o de fusión de fundaciones, abarcando tanto el actual control de legalidad como los casos específicos en que se afecte a la naturaleza de los fines fundacionales o, de cualquier otro modo, a la voluntad del fundador o fundadores<sup>114</sup>. La limitación de la intervención del Protectorado, línea maestra de la LF, se encuentra en este momento muy cuestionada ante los frecuentes casos de mala utilización del derecho de fundación que han desprestigiado la institución, por lo que también en este ámbito concreto hay que plantearse la conveniencia de que exista un control efectivo que evite que la modificación de estatutos o la fusión de fundaciones se produzcan sin un verdadero fundamento en el mejor funcionamiento de las mismas.

## 6. EL PROTECTORADO

### 6.1 Protectorado único: el Real Decreto 1066/2015, de 27 de noviembre

---

<sup>113</sup> En caso de fusión de fundaciones extinguiéndose las fundaciones afectadas para la creación de una nueva hay que tener en cuenta no obstante que la inscripción registral de esta última sí es constitutiva (art. 4.1 LF). *Vid.* CAFFARENA LAPORTA, «La fusión...», *op. cit.*, p. 450.

<sup>114</sup> El art. 28.3 párrafo segundo ALF preveía la obligación del Registro de Fundaciones de comunicar la inscripción de la fusión, ya realizada, al Protectorado, careciendo de norma semejante para la modificación de estatutos y tratándose, en cualquier caso, de una comunicación *a posteriori*.

La revisión del control que se ejerce sobre las fundaciones a través del Protectorado encomendado a la Administración Pública ha planteado durante mucho tiempo como primera cuestión a tener en cuenta de cara a su reforma la de su organización administrativa como Protectorado único o múltiple<sup>115</sup>. Los inconvenientes de este último sistema han sido denunciados reiteradamente por la doctrina, pues la asunción de las funciones del Protectorado por el departamento ministerial o la consejería autonómica que corresponda en función de los fines de la fundación da lugar a que su ejercicio se disperse en varios órganos administrativos propiciando así la existencia de diversidad de criterios y, consecuentemente, de inseguridad jurídica.

Frente a ello, el sistema de Protectorado único, que supone configurarlo como órgano que ejerce sus funciones de forma unificada para todas las fundaciones pertenecientes a un mismo ámbito territorial, estatal o autonómico, ofrece mayor eficacia organizativa que redundante en mayor eficiencia, económica y humana, en el ejercicio de sus funciones, y, sobre todo, garantiza la aplicación de unos mismos criterios para dichas fundaciones que vienen requeridos por el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

El Protectorado único permite agilizar trámites administrativos y racionalizar este sector de la Administración Pública, siendo prácticamente la única ventaja atribuida al Protectorado múltiple la de un supuesto mejor conocimiento de la realidad de las fundaciones en función de sus fines institucionales, si bien con el también conocido peligro de que ello derive en una utilización de las mismas por los Ministerios o Consejerías afines para la realización de políticas sociales de su competencia<sup>116</sup>.

<sup>115</sup> Sobre la legitimación de la Administración Pública para ejercer este control, que se fundamenta en su obligación de servir a los intereses generales (art. 103.1 CE), sin perjuicio de su control judicial último, *vid.* PIÑAR MAÑAS/REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, *op. cit.*, pp. 184 y ss: «los intereses generales condicionan y justifican la Administración Pública»; el art. 103.1 CE opera «como una habilitación general para la intervención de la Administración en los intereses generales» (*op. ult. cit.*, p. 185).

<sup>116</sup> Sobre ambos sistemas, *vid.* TORRES GARCÍA, T. F., «El control de las fundaciones», *Tendencias legislativas y Tercer Sector*, Ponencias del Congreso Internacional, Santiago de Compostela, 2-4 de octubre de 2003, VV. AA., edición a cargo de M.ª PAZ GARCÍA RUBIO/BELÉN TRIGO GARCÍA, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2005, pp. 42 y ss.

Por las razones expuestas, la doctrina se ha pronunciado reiteradamente a favor del sistema de Protectorado único. *Vid.* MARÍN LÓPEZ, J. J., «Prólogo» a la *Legislación sobre Fundaciones*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 55 y ss; GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, *op. cit.*, pp. 268 y ss; CABRA DE LUNA, M. A./LORENZO GARCÍA, R. DE, «El protectorado (artículos 34 y 35)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, p. 526; LLOVERAS FERRER, M. R., «El protectorado de fundaciones en el Código civil de Cataluña», *Indret*, 1/2010, [www.indret.com](http://www.indret.com), pp. 6 y 7; PÉREZ ESCOLAR, «El Protectorado de las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 27 y 28.

A mayores, hay que tener en cuenta el hecho de que la proliferación de fundaciones creadas por el sector público ha dado lugar a la posibilidad de que, de seguirse un sistema de Protectorado múltiple, su control se atribuya a quien es controlado, desembocando en una situación que ha sido calificada de «esquizofrénica» por la coincidencia que se puede llegar a producir en estos casos entre las personas encargadas del Protectorado y las pertenecientes al Patronato de la fundación. Ello ha llevado a ir más allá de la propuesta de Protectorado único planteando la necesidad de su configuración también como órgano autónomo e independiente con respecto a cualquier otro sector de la Administración Pública, al modo en que sucede con la Agencia Española de Protección de Datos<sup>117</sup>.

El sistema de Protectorado único, dominante en el ámbito autonómico<sup>118</sup>, no ha sido sin embargo seguido para las fundaciones de competencia estatal hasta la promulgación del Real Decreto 1066/2015, de 27 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 257/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, que ha atribuido a este Ministerio (Secretaría General Técnica, Subdirección General de fundaciones) el Protectorado de dichas fundaciones de competencia estatal con la única excepción de las denominadas «fundaciones bancarias», que se someten a la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias [art. único, por el que se modifica el art. 12.1.r) del citado Real Decreto 257/2012]. En consonancia, se ha creado también un Registro único para las fundaciones de competencia estatal dependiente del Ministerio de Justicia (art. 36.1 y 2 LF), cuya implantación había sido también demandada<sup>119</sup>, y cuyas funciones se atribuyeron transitoriamente al mismo Ministerio de Educación, Cultura y Deporte<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> Vid. PIÑAR MAÑAS, J. L., «Entidades privadas e interés general: el papel de las fundaciones», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, pp. 297 y 298. En el mismo sentido, LORENZO GARCÍA/PIÑAR MAÑAS/SANJURJO GONZÁLEZ, «Reflexiones en torno a las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 63 y 67; EMBID IRUJO, «Introducción general al curso, La fundación...», *op. cit.*, p. 62.

<sup>118</sup> Salvo el caso de las CCAA de Madrid, Navarra, Murcia, Galicia y Asturias. Vid. PÉREZ ESCOLAR, «El Protectorado de las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 25 y ss.

<sup>119</sup> Vid. LORENZO GARCÍA/PIÑAR MAÑAS/SANJURJO GONZÁLEZ, «Reflexiones en torno a las fundaciones...», *op. cit.*, p. 68.

<sup>120</sup> Vid. disposición transitoria primera del Real Decreto 1066/2015. Ambas modificaciones se corresponden con la medida n.º 1.02.003 recogida en la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), a la que se alude en los preliminares de dicho Real Decreto, de igual forma que se dice que ello «supondrá una utilización más eficiente de los recursos materiales y humanos frente a la dispersión actual existente».

La AEF valoró positivamente la reforma, si bien señaló como aspectos mejorables su atribución al Ministerio de Educación, pues consideró que debería atribuirse «a un ministerio con competencias transversales dada la diversidad de fines de interés general que persiguen las fundaciones», y, más particularmente, que se hiciera a una Subdirección General, «insuficiente en cuanto al nivel administrativo que debería tener un protectora-

Hasta este momento, el control sobre las fundaciones de competencia estatal se llevaba a cabo a través de un sistema de Protectorado múltiple, basado en el artículo 34.2 LF, que dice que se ejerce «por la Administración General del Estado», «en la forma que reglamentariamente se determine», y en el art. 40.1 RF, conforme al que se lleva a cabo «a través de los departamentos ministeriales que posean atribuciones vinculadas con los fines fundacionales, tal y como aparecen descritos en los estatutos de la fundación», norma esta última que entendemos tácitamente derogada por el Real Decreto 1066/2015.

El mismo artículo 40.1, *in fine*, RF dejaba traslucir cierta voluntad de limitar la diversificación del Protectorado de las fundaciones de competencia estatal al decir que la atribución del mismo a nuevos departamentos ministeriales «sólo podrá llevarse a cabo mediante acuerdo del Consejo de Ministros». No obstante, se trataba de una previsión totalmente insuficiente, tanto porque no daba solución a la multiplicidad de Protectorados existente para dichas fundaciones de competencia estatal como porque no evitaba la creación de otros nuevos; solo parecía señalar una tímida voluntad de poner freno a la situación.

Afortunadamente, la situación se ha solucionado con la entrada en vigor del Real Decreto 1066/2015<sup>121</sup>, si bien el establecimiento de un sistema de Protectorado único a través de norma reglamentaria debería mejorarse con una previsión en norma con rango de ley, al modo en que se propuso por la citada PRLF y por el ALF, sin perjuicio lógicamente de su desarrollo reglamentario.

En primer lugar, el artículo 34.2 PRLF, presentada por la Comisión General de Codificación el 3 de marzo de 2013, Sección especial para la revisión del sistema de Protectorado e inscripción de las fundaciones, pretendió implantar un sistema de Protectorado único para las fundaciones de competencia estatal diciendo que «será ejercido por un único órgano de la Administración General del Estado, en la forma que reglamentariamente se determine». Esta PRLF presentó como aspecto clave de la reforma del Protectorado la

---

do». Por otro lado, consideró también criticable que se excepte del Protectorado único a las fundaciones bancarias, «pues la unidad de Protectorado en nada impide las diferencias de regulación material que vengan exigidas por el sector de actividad». Vid. nota de prensa de la AEF de 27 de noviembre de 2015, [www.fundaciones.org/EPORTAL\\_DOCS/GENERAL/AEF/DOC-cw565857302c38d/NdP-ProtectoradoyRegistroUnico.pdf](http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/GENERAL/AEF/DOC-cw565857302c38d/NdP-ProtectoradoyRegistroUnico.pdf). Sobre estas últimas, vid. RONCERO SÁNCHEZ, A., «El régimen previsto para las fundaciones bancarias en la Ley de Cajas de ahorros y fundaciones bancarias», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2013*, pp. 57 y ss.

<sup>121</sup> No obstante, para las fundaciones del sector público estatal, el art. 134 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), cuyos arts. 128 a 136 han pasado a contener el régimen de las fundaciones del sector público estatal, no resuelve la situación: «El Protectorado de las fundaciones del sector público será ejercido por el órgano de la Administración de adscripción que tenga atribuida tal competencia», adscripción que se realiza conforme al art. 129 LRJSP.

implantación de este sistema declarando en sus preliminares, I y III, que «el desarrollo actual de las fundaciones y las actividades que llevan a cabo no siempre se compaginan con la existencia de varios Protectorados y con las funciones de estos», por lo que «parece oportuno acometer una revisión del régimen actual del Protectorado, al menos en el ámbito de las fundaciones de competencia estatal, unificando orgánicamente el Protectorado en un solo órgano de la Administración General del Estado y revisando las funciones que hoy tiene atribuidas, al objeto de adaptarlas a la realidad actual de las fundaciones, y siempre teniendo en cuenta la labor que le corresponde en cuanto garante del cumplimiento de la voluntad del fundador y de los fines de interés general que las fundaciones deben perseguir»; además, dicha unificación perseguía «alcanzar un mayor grado de unidad en las decisiones» del Protectorado<sup>122</sup>.

En la misma línea, el artículo 32.2 ALF preveía un sistema de Protectorado único para las fundaciones de competencia estatal al proponer igualmente su ejercicio «por un único órgano de la Administración General del Estado, según se determine reglamentariamente», cuestión respecto de la que la AEF se mostró plenamente de acuerdo<sup>123</sup>. Finalmente, y en consonancia, el artículo 34.1 párrafo primero ALF proponía también la creación de un Registro único de Fundaciones, dependiente del Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, «en el que se inscribirán los actos relativos a las fundaciones que desarrollen su actividad en el territorio del Estado español», cuya llevanza se encomendaba al Registro Mercantil (art. 34.1 párrafo segundo ALF), y con el que se pretendía terminar con las duplicidades administrativas derivadas de la existencia de múltiples Registros de Fundaciones y propiciar un ahorro de costes<sup>124</sup>.

## 6.2 Facultades de actuación: hacia la implantación de un régimen sancionador

El control público que se ejerce sobre las fundaciones se justifica esencialmente por la necesidad de garantizar los fines de interés general que tienen encomendados (art. 34.1 CE), lo cual es, en

<sup>122</sup> Cfr. pp. 9 y 10, 12. Vid. también pp. 27 y 28, con la propuesta de creación de un Registro único de fundaciones (art. 36 PRLF).

<sup>123</sup> A través de la citada nota de prensa de 29 de agosto de 2014: «Para la AEF de nada sirve una regulación intervencionista sin un protectorado moderno y adecuadamente dotado. En este sentido, desde hace 20 años, la Asociación viene pidiendo la puesta en marcha del protectorado y registro único de fundaciones de competencia estatal, ya previsto en la legislación de 1994, como la forma más eficaz de respetar la autonomía de funcionamiento y gestión de las fundaciones y la salvaguarda del fin de interés general al que sirven».

<sup>124</sup> Vid. Exposición de Motivos, III, ALF, p. 6.

definitiva, una garantía de cumplimiento de la voluntad del fundador; como se dijo en los preliminares, III, PRLF, «más que una simple función, tal responsabilidad constituye la razón de ser misma del Protectorado»<sup>125</sup>. Efectivamente, el carácter de los fines para los que se constituyen, de interés general, les permite ser destinatarias de subvenciones públicas y gozar de un régimen fiscal especial, pero, como contrapartida, determina el sometimiento de su funcionamiento a una supervisión pública que se ejerce a través del Protectorado<sup>126</sup>.

Pues bien, una de las cuestiones que consideramos que requiere de una intervención más urgente del legislador es la de la renovación de las facultades de actuación con que cuenta el Protectorado para cumplir sus funciones (art. 35.1 LF<sup>127</sup>), concretamente, su función de control de la actividad de la fundación [art. 35.1.e) y f)], que constituye, sin perjuicio de otras de asesoramiento y apoyo, su función esencial en la medida en que justifica su existencia<sup>128</sup>. En esta línea, el artículo 32.1 ALF pretendía modificar significativamente la definición legal del Protectorado (art. 34.1 LF) diciendo que tiene como fin «velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por el cumplimiento de la voluntad del fundador y de los fines de la fundación, teniendo en cuenta la consecución del interés general».

Estas facultades de actuación giran en torno a la posibilidad de iniciar acciones judiciales de diverso alcance: acción de responsabilidad frente a los patronos por la realización de actos contrarios a la ley, a los estatutos o sin la diligencia debida, que, como consecuencia, causen daños a la fundación (arts. 17.2 y 3 y 35.2 párrafo primero LF); solicitud de cese de los patronos que no desempeñen su cargo con la diligencia debida [arts. 18.2.d) y 35.2 párrafo primero LF]; acción de impugnación de los actos o acuerdos del Patronato que considere contrarios a la ley o a los estatutos fundacionales (art. 35.2 párrafo segundo LF); solicitud de intervención

<sup>125</sup> Preliminares, III, PRLF, p. 12.

<sup>126</sup> Con más detenimiento, en PÉREZ ESCOLAR, «El Protectorado de las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 3 y 4. Sobre el caso particular de las fundaciones sometidas al ámbito de aplicación del Derecho navarro, que presentan un régimen especial de actuación del Protectorado en la medida en que se permite que el fundador excluya su intervención cuando se trate de fundaciones creadas a iniciativa privada, si bien con la posibilidad de que el control público sobre estas fundaciones exentas de Protectorado se realice a través del Ministerio Fiscal (ley 46 párrafo último FNN), *vid. op. ult. cit.*, pp. 9 y ss.

<sup>127</sup> De aplicación a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF).

<sup>128</sup> *Vid.* «El Protectorado de las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 5 y ss: «se apoya, se asesora y se dan a conocer las actividades realizadas, de igual forma que en otros ámbitos de la Administración Pública se subvenciona y ayuda económicamente, porque se trata de personas jurídicas dirigidas a la satisfacción de fines de interés general, fines cuya consecución hay que garantizar por encima de cualquier otra consideración» (*op. ult. cit.*, p. 7).

temporal de la fundación que presente graves irregularidades en su gestión económica que pongan en peligro su subsistencia o bien esté desviándose de forma también grave de sus fines fundacionales (art. 42 LF), y solicitud de disolución de la fundación cuando, concurriendo como causa de extinción la realización íntegra del fin fundacional, su imposibilidad de realización o cualquier otra prevista estatutariamente, no exista acuerdo del Patronato al respecto [art. 32.2 LF, en relación con el art. 31.b), c) y e) LF]<sup>129</sup>.

La realidad ha puesto en evidencia que estas facultades de actuación atribuidas al Protectorado para el cumplimiento de su función de control no son suficientes ni eficaces para evitar que las fundaciones se desvíen de la satisfacción de los fines que tienen encomendados, tanto porque el ejercicio de acciones judiciales puede resultar desproporcionado cuando se trata de incumplimientos de poca entidad como por la reticencia que parece que demuestran los Protectorados con relación a su ejercicio, que también se presta a que se produzcan irregularidades en la gestión de las fundaciones.

Por ello, se está produciendo un replanteamiento de las facultades de actuación del Protectorado dirigido a la atribución de facultades de inspección y de sanción, menos costosas y más rápidas y resolutorias, cuya justificación deriva igualmente de la configuración de las fundaciones como personas jurídicas dirigidas a la satisfacción de fines de interés general (art. 34.1 CE) y de la obligación de la Administración Pública de servir con objetividad, eficacia y conforme al principio de legalidad a tales intereses generales (art. 103.1 CE)<sup>130</sup>.

La más importante manifestación de esta tendencia en nuestro ámbito jurídico, sin perjuicio de otras de menor alcance<sup>131</sup>, la representa la Ley del Parlamento catalán 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública, en la que se ha establecido un completo régimen de inspección (arts. 23 a 29) y de sanción (arts. 30 a 41) para las fundaciones de ámbito territorial catalán, yendo así más allá de lo previsto en el art. 336.2.d) CCCat, que se refiere solo a la «*potestad de inspección*» del Protectorado en la enumeración de funciones que se atribuyen al mismo<sup>132</sup>.

<sup>129</sup> Sobre el alcance de estas facultades de actuación en el ámbito autonómico, *vid.* PÉREZ ESCOLAR, «El Protectorado de las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 11 y ss.

<sup>130</sup> En este sentido, *vid.* MUÑOZ PUIGGRÓS, X., «Potestades administrativas del Protectorado de fundaciones con especial referencia a la regulación de un posible régimen sancionador», *La Ley*, 2008, n.º 7003.

<sup>131</sup> *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, «El Protectorado de las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 13 y ss.

<sup>132</sup> Esta potestad de inspección fue desarrollada provisionalmente, hasta la entrada en vigor de la Ley 21/2014, por la hoy derogada disposición transitoria 4.ª CCCat. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, «El Protectorado de las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 17 y 18.

Efectivamente, conforme al Preámbulo, I, de la Ley 21/2014, «lo que justifica la intervención de la Administración de la Generalidad por medio del Protectorado y del órgano de supervisión de las asociaciones de utilidad pública es el hecho de que todas estas entidades persiguen finalidades de interés general, circunstancia que aporta un elemento sustancial y diferenciador respecto a otras entidades privadas con intereses particulares, que tienen ánimo de lucro y están sujetas a reglas de mercado. Y de aquí proviene la relevancia de la función de dichos órganos, que, como integrantes de la Administración, deben servir con objetividad a los intereses generales, de acuerdo con los principios de eficacia, legalidad y objetividad y con pleno sometimiento a la ley y al derecho reconocido por la Constitución».

De forma más concreta, se justifica la atribución al Protectorado catalán de potestad sancionadora «con la finalidad de que actúe como mecanismo disuasivo de las conductas contrarias a las obligaciones administrativas y como medida generadora de confianza para quienes contribuyen a la financiación de estas entidades», lo cual nos remite indirectamente al conocimiento público de gravísimas irregularidades de financiación cometidas por fundaciones especialmente relevantes en Cataluña. En definitiva, se dice, «se trata de un mecanismo ejecutivo que el ordenamiento pone en manos de las administraciones públicas para contribuir a que el proyecto fundacional o asociativo se desarrolle conforme al interés general y a la voluntad del fundador», y así, «se tipifican las conductas infractoras en que más a menudo se aprecia que incurren las entidades y respecto a las cuales la potestad sancionadora se convierte en un mecanismo efectivo para evitar el uso de mecanismos de intervención más agresivos», es decir, el ejercicio de acciones judiciales<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> La potestad inspectora parte de una enumeración de supuestos que facultan para su ejercicio con carácter meramente enunciativo, si bien se rige siempre por criterios objetivos y no de selección aleatoria (art. 23.2), como sucedió con la citada disposición transitoria 4.ª CCCat.

Por su parte, el régimen sancionador determina la responsabilidad de los miembros del Patronato y de las personas que ejerzan funciones de dirección, siempre que la misma sea individualizable (art. 31.1); en otro caso, responden «*todos los miembros del órgano correspondiente*» salvo los que se hubieran opuesto expresamente al acuerdo generador de la infracción (art. 31.2). Las infracciones se tipifican en muy graves, graves y leves (arts. 33 a 35) con la finalidad de asociarlas a multas de cuantía económica variable u otras sanciones (pérdida de la posibilidad de solicitar ayudas y subvenciones, amonestaciones...) en función de la gravedad de la infracción y de las circunstancias concurrentes, agravantes y atenuantes (arts. 36 y 37). *Vid.* TORNOS MÁS, J./MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.ª M., «Nuevos retos para las fundaciones en Catalunya: más control para una mayor transparencia y mejor Gobierno, Ley de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen Gobierno y Ley del Protectorado», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2014*, pp. 415 y ss.



Nos encontramos, en definitiva, ante un punto de inflexión en la manera de concebir el funcionamiento de las fundaciones que previsiblemente encontrará eco en las sucesivas modernizaciones que se produzcan de nuestro Derecho de Fundaciones, estatal y autonómico, como ya ha demostrado el régimen sancionador instaurado para las fundaciones de ámbito territorial vasco por los arts. 66 a 74 de la citada LFPV de 2016, que «*pretende llegar a ser un elemento de garantía del cumplimiento efectivo de la voluntad fundacional y del correcto funcionamiento de la fundación*»<sup>134</sup>.

Para las fundaciones de competencia estatal objeto principal de estudio, los artículos 36 a 41 ALF preveían también, como hemos anunciado, un novedoso régimen sancionador, en consonancia con la potestad sancionadora que se quiso atribuir al Protectorado de las fundaciones de competencia estatal [art. 33.1.g) ALF], con la finalidad de garantizar «el efectivo cumplimiento de la voluntad del fundador y de los fines fundacionales, así como el respeto de las normas de funcionamiento legalmente previstas»<sup>135</sup>.

Conforme a dicho régimen sancionador<sup>136</sup>, se pretendía realizar una tipificación similar de conductas infractoras de los patronos de la fundación y del Secretario del Patronato, sujetos responsables cuando pudiera determinarse su responsabilidad individual (art. 37.1 párrafo primero ALF)<sup>137</sup>, diferenciando entre infracciones leves, graves y muy graves (art. 38 ALF) que se asociaban a sanciones de carácter económico (multas de cuantía entre 1.000 y 30.000 euros) o de otro tipo (amonestación, destitución e inhabilitación del cargo de patrono o de otro órgano de gobierno de la fundación) para cuya graduación se preveía la necesidad de tener en cuenta circunstancias concurrentes como, aparte de la naturaleza y entidad de la infracción, el perjuicio causado a la fundación, la reincidencia en las conductas infractoras, las ganancias obtenidas como consecuencia de las mismas, la subsanación por iniciativa propia y la reparación de los daños causados (art. 39 ALF).

Finalmente, hemos de hacer referencia al art. 53 EFE, que establecía la obligación de los Estados miembros de crear un régimen sancionador por la infracción de lo previsto en dicho EFE para la malo-

<sup>134</sup> Vid. Exposición de Motivos, I y V.

<sup>135</sup> Cfr. Exposición de Motivos, III, ALF, p. 6.

<sup>136</sup> La atribución de potestad sancionadora al Protectorado [art. 33.1.g) ALF] se propuso con relación a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.5 ALF). Sin embargo, se atribuía carácter de legislación civil al régimen sancionador (arts. 36 a 41 ALF) (disposición final primera.3 ALF).

<sup>137</sup> Al igual que para evitar responder por daños causados a la fundación (arts. 17.2 LF y 17.2 ALF), la exención de responsabilidad requería oposición expresa al acuerdo generador de la infracción o desconocimiento excusable del mismo (art. 37.1 párrafo segundo ALF), previéndose también su carácter solidario en caso de que dicha responsabilidad por el acuerdo causante de la infracción fuera imputable a varias personas (art. 37.2 ALF).

grada Fundación Europea: así, se decía que habrían de tomar «todas las medidas para asegurar su aplicación» y que las sanciones habrían de ser «efectivas, proporcionadas y disuasorias». Pese al aludido abandono del EFE en 2014 ante la dificultad de conseguir su aprobación por unanimidad de todos los Estados miembros de la UE, es necesario llamar la atención sobre el hecho de que muchas de sus normas estaban redactadas con el firme propósito de intentar garantizar un correcto funcionamiento de lo que se denominó Fundación Europea, entre ellas, las relativas al control de su actividad por parte de los Estados miembros, de forma que con ello se evitara la comisión de irregularidades que dieran lugar al descrédito de la figura<sup>138</sup>.

En definitiva, nos encontramos ante una clara tendencia hacia el resurgimiento de la intervención administrativa en la actividad de las fundaciones cuyo detonante ha sido el mal funcionamiento de algunas de ellas, que han sido instrumentalizadas para la consecución de fines ajenos a aquéllos para los que fueron creadas llegando en muchos casos a la comisión de conductas delictivas<sup>139</sup>.

Debemos reiterar, por tanto, la valoración positiva que ello nos merece, pues la constante desvirtuación de la voluntad del fundador y la mala utilización del dinero público en que han derivado muchas fundaciones requieren de una actuación urgente del legislador con la finalidad de establecer mecanismos que eviten esta situación y el consecuente desprestigio de la fundación como persona jurídica sin ánimo de lucro.

En este sentido, no cabe duda de que las facultades de inspección y de sanción se pueden ejercitar por el Protectorado de forma menos costosa y más rápida que las acciones judiciales que actualmente conforman sus posibilidades de actuación, que además pueden resultar desproporcionadas ante incumplimientos de poca entidad. Dichas facultades de inspección y de sanción están directamente relacionadas con el ámbito de actuación propio de la Administración Pública en la que se incardina el Protectorado de las fundaciones, complementarían la posibilidad de ejercicio de acciones judiciales y funcionarían con carácter preventivo/disuasorio además de corrector. Por otro lado, su justificación no puede ponerse en cuestión siempre que se caractericen por un principio de proporcionalidad con relación al objetivo que se pretende cumplir, garantizar que las fundaciones se destinan efectivamente a la satis-

<sup>138</sup> Vid. PÉREZ ESCOLAR, «El Estatuto de la Fundación Europea...», *op. cit.*, p. 406.

<sup>139</sup> Vid., por ejemplo, entre la jurisprudencia más reciente, STS de 11 de abril de 2013, Sala de lo Penal (RJ 2013/5933); STS de 11 de noviembre de 2014, Sala de lo Penal (RJ 2014/5903); STS de 13 de julio de 2015, Sala de lo Penal (RJ 2015/3592) y STS de 10 de febrero de 2016, Sala de lo Penal (RJ 2016/503), todas ellas con condenas por delitos de apropiación indebida realizados por el presidente de la fundación.

facción de fines de interés general (art. 34.1 CE), interés general al que debe servir la misma Administración Pública (art. 103.1 CE)<sup>140</sup>.

Como hemos adelantado, la AEF se opuso frontalmente al ALF en la citada nota de prensa alegando como razón más importante lo que calificó de «modelo intervencionista» y «control excesivo» en la vida de las fundaciones, que representaba por ello a su juicio «un paso atrás» y ponía de manifiesto «una enorme desconfianza hacia el sector». Por los motivos explicados, no compartimos estas afirmaciones. El Derecho de Fundaciones se caracteriza por la necesidad de coordinar la autonomía privada con normas imperativas que garanticen precisamente el cumplimiento de esa autonomía privada, lo cual puede ser generador de tensiones que deben resolverse siempre de la manera que mejor se garantice la consecución de los fines fundacionales y, en definitiva, la voluntad del fundador<sup>141</sup>.

Por ello, no puede considerarse una intromisión administrativa injustificada ninguna actuación del Protectorado que esté dirigida a esa salvaguarda a través de mecanismos proporcionales, mecanismos que, a mayores, y por lo que se refiere a las facultades de inspección y sanción en cuestión, deberían asumirse por todos los legisladores, estatal y autonómicos, a fin de evitar la «fuga» de fundaciones hacia ámbitos territoriales cuyo Protectorado carezca de estas facultades de actuación.

### III. CONCLUSIÓN FINAL: ¿ES NECESARIA UNA NUEVA LEY DE FUNDACIONES?

El planteamiento de la necesidad de una nueva Ley de Fundaciones que sustituya, y no simplemente reforme, la vigente LF, constituye una opción de política legislativa que debe fundamentarse en razones de peso. Se trataría de la tercera Ley de Fundaciones del periodo constitucional, destinada a recoger todos los aspectos del Derecho de Fundaciones que pertenecen a la competencia exclusiva del Estado [condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación (art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE), legislación procesal (art. 149.1.6.<sup>a</sup> CE) y legislación civil (art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE)] así como el régimen aplicable a las fundaciones de competencia estatal y a las fundaciones de competencia autonómica pertenecientes a Comuni-

<sup>140</sup> Vid. PÉREZ ESCOLAR, «El Protectorado de las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 21 y ss. En el mismo sentido, LLOVERAS FERRER, «El protectorado de fundaciones...», *op. cit.*, p. 41.

<sup>141</sup> Vid. Díez-PICAZO, L., «Prólogo» al *Tratado de Fundaciones*, VV. AA., LORENZO, R. DE/PiÑAR, J. L./SANJURJO, T. (directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 48 y 49.

dades Autónomas (en adelante, CCAA) sin Derecho civil propio (art. 149.1.8.ª CE).

Quedarían al margen, por tanto, todos los regímenes especiales sobre fundaciones, incluido el de las fundaciones creadas por el sector público estatal, que ya ha pasado de los derogados arts. 44 a 46 LF a los artículos 128 a 136 de la citada LRJSP de 1 de octubre de 2015, al modo en que también lo propuso el ALF (disposición adicional undécima y disposición derogatoria única)<sup>142</sup>.

Pues bien, habiendo examinado las cuestiones reguladas por la LF cuya reforma consideramos más urgente, la conclusión a la que llegamos es que ello requiere de la promulgación de una nueva ley de fundaciones, al modo de la LFPV de 2016, pues son tantas y pertenecientes a tantos ámbitos que una simple reforma de la vigente LF sería muy complicada a efectos sistemáticos, sobre todo en lo relativo a la reordenación del articulado.

Las modificaciones legislativas parciales están destinadas a realizarse sobre ámbitos muy concretos, como sucedió con la PRLF de la Comisión General de Codificación de 3 de marzo de 2013, que se centraba en el Protectorado y el Registro de Fundaciones extendiendo su influencia solo a cuestiones muy específicas pertenecientes a otros ámbitos. Frente a ello, la elaboración de una ley nueva ofrece al legislador la posibilidad de establecer un régimen mejor coordinado y elaborado desde el punto de vista sistemático cuando las modificaciones a introducir son muchas, importantes y de calado. En este sentido, consideramos que el ALF de 29 de agosto de 2014 representa la opción correcta de política legislativa para los objetivos de reforma que hemos ido proponiendo a lo largo de este trabajo.

Tales objetivos recaen sobre cuestiones de contenido tan relevantes como, según hemos ido viendo, la adecuación y suficiencia de la dotación, el procedimiento de constitución de la fundación, los órganos de gobierno y su responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, la flexibilización del régimen de disposición sobre el

---

<sup>142</sup> Con relación a la necesidad de evitar la utilización de estas fundaciones del sector público como administraciones paralelas, a través de las que se ejercen, sin deberse hacerlo, potestades públicas, eludiéndose así la aplicación del Derecho administrativo, el art. 128.2 párrafo segundo LRJSP dice expresamente que «únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa. Las fundaciones no podrán ejercer potestades públicas». Entre la jurisprudencia más reciente, pero anterior a la LRJSP, *vid.* STS de 1 de julio de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ 2015/3895): la legislación administrativa prohíbe realizar «encomiendas de gestión» a personas jurídicas de Derecho privado como las fundaciones, aunque lo sean del sector público, «encomiendas» que en definitiva suponen transferencias competenciales (Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto).

patrimonio fundacional, la aplicación de principios de transparencia, la renovación de las posibilidades de actuación económica y de las normas contables, la contratación con personas o entidades vinculadas a la fundación y, particularmente, la atribución al Protectorado de facultades de inspección y de sanción que deriven en un mejor funcionamiento de las fundaciones.

El ALF representaba sin duda un avance muy positivo con relación a la mayoría de las cuestiones analizadas. Sin perjuicio de que tuviera aspectos mejorables, asumía con valentía las necesidades más acuciantes de las fundaciones de cara a su desarrollo como instituciones cuya razón de ser es el servicio social (art. 34.1 CE), posibilitando de este modo contrarrestar la corriente de opinión que en la actualidad las considera personas jurídicas que se instrumentalizan, cuando no saquean, al servicio de fines privados, después de haber recibido grandes subvenciones públicas de cuya utilización no se rinde cuentas. ¿Se puede considerar en esta situación que se trataba de una propuesta legislativa intervencionista? ¿No debería de haber sido el propio sector fundacional el que reaccionara aplicando medidas de transparencia y buen gobierno de forma generalizada y pidiendo soluciones legislativas que eviten la utilización ilegítima de la institución?

Por todo ello, debemos concluir reafirmando la necesidad de una renovación profunda de nuestro Derecho de Fundaciones, que derive, entre otras cosas, en una asunción responsable del cargo de patrono y en la configuración definitiva de un Protectorado eficiente al servicio del cumplimiento de los fines de interés general encomendados a las fundaciones, que cuente para este fin con facultades de actuación adecuadas y suficientes.

#### IV. ABREVIATURAS

AEF	Asociación Española de Fundaciones.
ALF	Anteproyecto de Ley de Fundaciones de 29 de agosto de 2014.
CC	Código Civil.
CCAA	Comunidades Autónomas.
CCCat	Código Civil de Cataluña.
CE	Constitución Española.
EFE	Propuesta de Reglamento de la Unión Europea de 8 de febrero de 2012, dirigida a la aprobación de un Estatuto de la Fundación Europea.
LA	Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación.
LF	Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.
LFPV	Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco.

- LRF Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.
- LRJSP Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- PRLF Propuesta de Reforma de la Comisión General de Codificación de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, de 3 de marzo de 2013.
- RF Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal.
- RJ Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
- RRF Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal.
- STS Sentencia del Tribunal Supremo.
- TRLSC Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- CABRA DE LUNA, M. A./LORENZO GARCÍA, R. DE: «El protectorado (Artículos 34 y 35)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 491 y ss.
- CAFFARENA LAPORTA, J.: «La constitución de las fundaciones (Artículos 4, 8, 9, 10, 11 y 13)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 65 y ss.
- «La dotación (Artículo 12)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 199 y ss.
- «La modificación de los Estatutos de la fundación (Artículo 29)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 413 y ss.
- «La fusión de las fundaciones (Artículo 30)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 437 y ss.
- «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, pp. 29 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «Prólogo» al *Tratado de Fundaciones*, VV. AA., Lorenzo, R. de/Piñar, J. L./Sanjurjo, T. (directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 43 y ss.
- DURÁN RIVACOBA, R.: «La voluntad del fundador», *Fundaciones, Problemas actuales y reforma legal*, VV. AA., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 249 y ss.
- EMBED IRUJO, J. M.: «Gobierno de la fundación (Artículos 14 a 18)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 227 y ss.

- «Funcionamiento y actividad de la fundación (Artículos 23 a 27)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 357 y ss.
- EMBED IRUJO, J. M.: «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones (fundación-empresa y fundación con empresa): su significado en el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros en España», *Perspectivas del Sistema Financiero*, 2007, n.º 91, Fundaciones, pp. 29 y ss.
- «Obligaciones y responsabilidad de los patronos», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, pp. 131 y ss.
- «Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresaria)», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, pp. 15 y ss.
- «Introducción general al curso, La fundación como modelo para la colaboración público-privada», *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, VV. AA., EMBED IRUJO, J. M./EMPARANZA SOBEJANO, A. (directores), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 27 y ss.
- EMPARANZA SOBEJANO, A.: «El gobierno de las entidades público-privadas: las reglas de buen gobierno como mecanismo de transparencia y control», *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, VV. AA., EMBED IRUJO, J. M./EMPARANZA SOBEJANO, A. (directores), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 163 y ss.
- GARCÍA ÁLVAREZ, B.: «Los Códigos de buen gobierno corporativo en las fundaciones», *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, VV. AA., EMBED IRUJO, J. M./EMPARANZA SOBEJANO, A. (directores), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 185 y ss.
- GONZÁLEZ CUETO, T.: *Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- HORNERO MÉNDEZ, C.: «La disposición patrimonial sin autorización administrativa previa en las fundaciones (a propósito de una fundación sospechosa)», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2013*, pp. 279 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F. DE A./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVERRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil*, I, volumen segundo, Dykinson, Madrid, 2010.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.: «Financiación y gestión de la actividad económica y empresarial de las fundaciones: afinidades y singularidades respecto a las sociedades de capital», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2014, n.º 35, pp. 49 y ss.
- LORENZO GARCÍA, R. DE/PIÑAR MAÑAS, J. L./SANJURJO GONZÁLEZ, T.: «Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, pp. 61 y ss.
- LLOVERAS FERRER, M. R.: «El protectorado de fundaciones en el Código Civil de Cataluña», *Indret*, 1/2010, www.indret.com, pp. 1 y ss.
- MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Prólogo» a la *Legislación sobre Fundaciones*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 23 y ss.
- MARTÍNEZ BALMASEDA, A.: «Transparencia en la gestión de las fundaciones; propuestas en torno a los códigos de buen gobierno corporativo en materia de retribución y compensación de gastos», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2015, n.º 38, pp. 217 y ss.
- MATO PACÍN, M.ª N.: «La autocontratación en el ámbito de las fundaciones, Supuestos y sistema de control», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, pp. 153 y ss.

- MORILLO GONZÁLEZ, F.: *El proceso de creación de una fundación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- MUÑOZ PUIGGRÓS, X.: «Potestades administrativas del Protectorado de fundaciones con especial referencia a la regulación de un posible régimen sancionador», *La Ley*, 2008, n.º 7003.
- NIETO ALONSO, A.: «Aspectos sustantivos relevantes y controvertidos de las fundaciones», *Nuevo Tratado de Fundaciones*, VV. AA., LORENZO GARCÍA, R. DE/PIÑAR MAÑAS, J. L./PEÑALOSA ESTEBAN, I. (directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 151 y ss.
- PAU PEDRÓN, A.: «El Registro de Fundaciones (artículos 36 y 37 y disp. transit. 4.ª)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 555 y ss.
- PEÑALOSA ESTEBAN, I./SANJURJO GONZÁLEZ, T.: «Órgano de gobierno y relación con los poderes públicos», *Nuevo Tratado de Fundaciones*, VV. AA., LORENZO GARCÍA, R. DE/PIÑAR MAÑAS, J. L./PEÑALOSA ESTEBAN, I. (directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 189 y ss.
- PERDICES HUETOS, A. B.: «Hacia unas reglas de gobierno corporativo del sector no lucrativo», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2008-I, n.º 17, pp. 141 y ss.
- PÉREZ ESCOLAR, M.: *La actividad económica de las fundaciones, Tensiones legislativas e interés general*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008.
- «La responsabilidad de los patronos frente a la fundación», *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, VV. AA., GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coordinador), Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1775 y ss.
- «El Protectorado de las fundaciones, Hacia una renovación de sus facultades de actuación», *Boletín del Ministerio de Justicia*, marzo 2012, n.º 2140, [www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj), pp. 1 y ss.
- «El Estatuto de la Fundación Europea, Propuesta de Reglamento de la UE de 8 de febrero de 2012», *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo*, VV. AA., CUADRADO IGLESIAS, M./NÚÑEZ BOLUDA, M.ª D. (directores), Tomo I, La Ley, Madrid, 2015, pp. 375 y ss.
- PÉREZ ESCOLAR, M./CABRA DE LUNA, M. A./LORENZO GARCÍA, R. DE: «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», *Nuevo Tratado de Fundaciones*, VV. AA., LORENZO GARCÍA, R. DE/PIÑAR MAÑAS, J. L./PEÑALOSA ESTEBAN, I. (directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 249 y ss.
- PÉREZ ESCOLAR, M./VALERO MATAS, J. A.: *Entes no lucrativos, Fundamentos sociológicos y jurídicos*, Tecnos, Madrid, 2013.
- PIÑAR MAÑAS, J. L.: «Entidades privadas e interés general: el papel de las fundaciones», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, pp. 281 y ss.
- PIÑAR MAÑAS, J. L./REAL PÉREZ, A.: *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- REY GARCÍA, M./ÁLVAREZ GONZÁLEZ, L. I./ INSTITUTO DE ANÁLISIS ESTRATÉGICO DE FUNDACIONES (INAEF): *El sector fundacional español, Datos básicos*, estudio publicado por la AEF, 2011, [http://www.fundaciones.org/EPOR-TAL\\_DOCS/GENERAL/AEF/DOC-cw4e1d396869ffb/Elsectorfundacionalespaol-Datosbsicos.pdf](http://www.fundaciones.org/EPOR-TAL_DOCS/GENERAL/AEF/DOC-cw4e1d396869ffb/Elsectorfundacionalespaol-Datosbsicos.pdf).
- RONCERO SÁNCHEZ, A.: «El régimen previsto para las fundaciones bancarias en la Ley de Cajas de ahorros y fundaciones bancarias», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2013*, pp. 57 y ss.



- RÚA ALONSO DE CORRALES, E.: «Las cuentas anuales y otros documentos obligatorios de información de las fundaciones», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, pp. 221 y ss.
- RUIZ JIMÉNEZ, J.: «No es posible equiparar la responsabilidad de los patronos de las fundaciones con los administradores de sociedades mercantiles», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 2009, n.º 712, pp. 952 y ss.
- SALELLES CLIMENT, J. R./VERDERA SERVER, R.: *El Patronato de la Fundación*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- SANTOS MORÓN, M.<sup>a</sup> J.: «El patrimonio de la fundación, Régimen de gestión patrimonial (artículos 19 a 22, y 28)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 277 y ss.
- TORNOS MÁS, J./MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup> M.: «Nuevos retos para las fundaciones en Catalunya: más control para una mayor transparencia y mejor Gobierno, Ley de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen Gobierno y Ley del Protectorado», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2014*, pp. 383 y ss.
- TORRES GARCÍA, T. F.: «Constitución testamentaria de fundaciones en la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León», *Revista Jurídica de Castilla y León*, febrero 2004, pp. 75 y ss.
- «El control de las fundaciones», *Tendencias legislativas y Tercer Sector*, Ponencias del Congreso Internacional, Santiago de Compostela, 2-4 de octubre de 2003, VV. AA., edición a cargo de M.<sup>a</sup> Paz García Rubio/Belén Trigo García, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2005, pp. 35 y ss.

# La nulidad absoluta en los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*. Sobre su inclusión en el texto y sus causales\*

**GONZALO SEVERIN FUSTER**

Profesor de Derecho civil

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

## RESUMEN

*Siguiendo la aproximación adoptada por los códigos civiles de la región, en la última versión conocida de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos (publicada el año 2016 por el Anuario de Derecho Civil; en adelante PLDC 2016) se regula una específica causal de ineficacia del contrato, la nulidad, y se hace recogiendo la distinción entre la nulidad relativa y la absoluta. El hecho de que en un cuerpo de «principios» se ofrezca una regulación de la nulidad absoluta representa, al menos a primera vista, un elemento original y diferenciador respecto de otros conocidos textos sobre principios de Derecho contractual (v. gr.: UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts, PECL, DCFR). Este trabajo tiene por objeto mostrar, por un lado, cuáles han sido las razones de la incorporación de la nulidad absoluta en los PLDC 2016 y cómo ella se inserta en la estructura del texto; y, por otro lado, cuáles son las causales que permiten declararla.*

## PALABRAS CLAVE

*Derecho contractual; Soft Law; Ilícitud; Nulidad; Derecho Latinoamericano.*

---

\* Este artículo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «Los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación» [DER 2014-53972-P], del que son investigadores principales la profesora Nieves Fenoy Picón y el profesor Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid), y a quienes agradezco, nuevamente, su gentil invitación.

**ABSTRACT**

*Following the approach of all Latin American civil codes, the last version of the so-called «Principles of Latin American Contract Law» («Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos»); published in the Anuario de Derecho civil, here and after: PLDC 2016) deals with the problem of invalidity of contract, under the name of «nullity» (spanish: «nulidad»), receiving the distinction between «relative nullity» and «absolute nullity». The fact that a text of «principles» (soft law) offers a set of rules on «absolute nullity» represents, at least at first sight, an original and distinctive element, compared to others well-known texts of principles of Contract Law (v. gr.: UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts, PECL, DCFR). This work aims to show, on the one hand, the reasons of the introduction of a regime for absolute nullity in the PLDC 2016, and how this regime has been insert in the PLDC system; and, on the other, the grounds of this particular kind of voidness.*

**KEYWORDS**

*Contract Law; Soft Law; Illegality; Nullity; Latin America Law.*

**SUMARIO:** I. *Consideraciones preliminares.*—II. *Primera parte. El diseño y la estructura de la regulación de la nulidad en los PLDC.* 1. El diseño de la regulación de la nulidad. a) La aproximación inicial del Grupo. Los PLDC 2014. b) Un cambio de enfoque en la regulación de la nulidad. c) Algunas reflexiones en torno al diseño de la regulación de la nulidad. 2. Estructura de la regulación del Capítulo 3 PLDC 2016.—III. *Segunda parte. Las causales de nulidad absoluta.* 1. Análisis del artículo 41 PLDC 2016. a) La función del artículo 41: el reconocimiento de la nulidad absoluta y relativa. b) Las causales de nulidad absoluta contenida en el art. 41 PLDC 2016: la contravención a la ley, al orden público y a las buenas costumbres. El objeto ilícito y la causa ilícita. 2. Otras posibles causales de nulidad absoluta, distintas de las contempladas en el art. 41 PLDC 2016. a) Inobservancia de la forma exigida (solemnidades). b) Falta de objeto. c) Falta de causa. d) Falta de capacidad.—IV. *Reflexiones finales. Adenda. Anexo* [Capítulo 3 (Nulidad del contrato) de los PLDC 2016]. *Bibliografía.*

**I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

[1] El objeto de este trabajo es el estudio de *un aspecto específico del régimen de la nulidad del contrato* que se prevé en los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos*: la incorporación de la regulación de la, así denominada, *nulidad absoluta*.

[2] La elaboración de unos *Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos* es una *iniciativa académica* que comenzó a desarrollarse formalmente a partir del año 2010, con el patrocinio de la *Fundación Fernando Fueyo* de la Universidad Diego Portales (Chile) y la *Fondation pour le Droit Continental* (Francia)<sup>1</sup>. En ese trabajo ha participado un número significativo de profesores de varios países latinoamericanos (en adelante, el *Grupo*)<sup>2</sup>.

[3] Resulta evidente que la iniciativa de proponer unos principios sobre Derecho contractual para Latinoamérica –iniciativa que, por lo demás, *no es la primera ni la única*<sup>3</sup>– se encuentra en sintonía con otras de esta naturaleza bien conocidas en el ámbito europeo, y en las que, sin duda, el *Grupo* ha buscado inspiración. Sin embargo, como explica Carlos Pizarro, coordinador del *Grupo*, «[d]e nada serviría reflejar lo ya hecho en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos. Sería un trabajo inútil y absurdo. Habría que rescatar nuestra cultura jurídica y en lo que podamos mejorar en lo técnico las soluciones entregadas por otros instrumentos transnacionales»<sup>4</sup>. En este sentido, parece relevante destacar que, aun cuando la existencia de una cultura o identidad jurídica latinoamericana constituye una suerte de premisa (para la que,

---

<sup>1</sup> Sobre la forma en que se originó esta iniciativa, véase PIZARRO WILSON (2012) pp. 15-17; y también VIDAL OLIVARES (2015) pp. 745-747. Sobre las actividades desarrolladas en el marco de este proyecto (sesiones de discusión y actividades de difusión) pueden consultarse las páginas web de las Fundaciones patrocinantes: [www.fundacionfueyo.udp.cl](http://www.fundacionfueyo.udp.cl) y [www.fondation-droitcontinental.org](http://www.fondation-droitcontinental.org) (consulta: 15/6/2017).

<sup>2</sup> Más precisamente, de países de *América de Sur* (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Uruguay y Venezuela). Así, pues, es evidente que no están representados todos los países «latinoamericanos», en cualquier acepción que quiera darse al término (para el Diccionario de la RAE, por ejemplo, la voz «latinoamericano» significa: «*natural de Latinoamérica, conjunto de los países americanos que fueron colonizados por naciones latinas, es decir, España, Portugal o Francia*»). Por otro lado, considérese que los países del Caribe (que son, en su mayoría, latinoamericanos) tienen una organización para la armonización del Derecho mercantil, la OHADAC, que ha elaborado sus propios principios de Derecho contractual, siguiendo el modelo de UNIDROIT: *Los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales*, del año 2014 [el texto completo de estos principios está disponible en la página web de dicha organización: [www.ohadac.org](http://www.ohadac.org) (consulta: 15/6/2017)].

<sup>3</sup> Como sostiene FERRANTE: «Que sea un proceso menos avanzado [que el europeo], no significa que este anhelo unificador latinoamericano haya empezado recientemente», dando cuenta el autor, a continuación, de las diversas iniciativas de armonización del Derecho privado en el ámbito latinoamericano, comenzando en la primera mitad del siglo XX [(2014) p. 14 y ss.]. Para una exposición y análisis crítico de esas iniciativas, véase, por ejemplo, MOMBERG URIBE [(2014b) pp. 1-18; y (2014c) pp. 195-208]. De hecho, *en la actualidad*, otro grupo, denominado *Grupo para la Armonización del Derecho en América latina* (GADAL) –que tiene su origen en algunas reuniones organizadas, en la década de los noventa del siglo pasado, por el *Centro di Studi Giuridici Latinoamericani* de la Universidad Tor Vergata (Roma)– trabaja en la redacción de un *Código Marco de Obligaciones para América Latina*. Fruto de ese trabajo, se han publicado varios libros y artículos, que pueden consultarse en la página web de GADAL y de las universidades participantes [<http://gadal.uexternado.edu.co> y <http://www.cideci.org> (consulta 15/6/2017)]. Sobre esta iniciativa, véase, por ejemplo, FERRANTE (2016) p. 122.

<sup>4</sup> PIZARRO WILSON (2012) p. 16.

se entiende, existe suficiente base)<sup>5</sup>, una primera fase del proyecto consistió, precisamente, en identificar esos aspectos comunes en relación con el Derecho contractual; sólo una vez realizado ese estudio comparado, se comenzó a trabajar en la redacción de *Los Principios*<sup>6</sup>. En mi opinión, *ese trabajo previo puede considerarse valioso en sí mismo*, con independencia del juicio concreto que se tenga acerca del texto propuesto. Y es que tal estudio comparado contribuye a crear una condición necesaria para la armonización del Derecho civil latinoamericano, que puede sinterizarse como «la gestación de una cultura, de un espíritu jurídico común, de unir en un solo crisol los vértices de la dispersión jurídica de los países latinoamericanos»<sup>7</sup>.

[4] Si bien la tarea de redacción de unos principios latinoamericanos sobre Derecho contractual se encuentra en una fase muy avanzada, *no puede afirmarse que haya concluido*. No existe todavía una versión definitiva. En este trabajo se analiza la versión

<sup>5</sup> En efecto, aun cuando la idea de la existencia de una «identidad latinoamericana» pueda ser discutible desde un punto de vista histórico, político y social [cfr. WERZ (1992) pp. 429-443], desde un punto de vista jurídico, lo primero que hay que apuntar es que, en términos generales, los países latinoamericanos pueden ser considerados como pertenecientes a una misma «familia» jurídica (aceptando la utilidad didáctica de tales agrupaciones): la del «Derecho continental» o de «tradicón romano-germánica» [así, por ejemplo, ZWEIGERT/KÖTZ (1998) p. 73 y DAVID/JAUFFRET-SPINOSI (2010) p. 51]. Es más, para algunos comparatistas, sus rasgos particulares permiten considerar al Derecho latinoamericano un sistema propio, o al menos, un sub-sistema dentro de la familia continental [AJANI/ANDERSON/ARROYO AMAYUELAS/PASA (2010) p. 32]. Específicamente en relación con el derecho de obligaciones y contratos, esos rasgos compartidos por los Derechos latinoamericanos resultan de la influencia del Derecho español, que, como se sabe, fue Derecho directamente aplicable en las colonias americanas, y muy especialmente, por el rol de *Las Partidas*, como fuente material del Derecho de obligaciones [sobre ello, GUZMÁN BRITO (2007)] y por la influencia que tuvo el Código civil francés en los procesos de codificación del Derecho civil en Latinoamérica [sobre ello, véase GUZMÁN BRITO (2005)]. De ahí que, en palabras de GARRO, pueda sostenerse que «[I]a mayoría de los países de la región que suele identificarse como América Latina comparten una cultura jurídica de rai-gambre neorrománica en el campo del derecho privado» [(1992) p. 13].

<sup>6</sup> En este punto, conviene destacar que el trabajo de elaboración de *los Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos* se organizó en *tres fases o etapas*. La *primera fase* se llevó a cabo entre los años 2009 y 2010, y consistió en levantar información en relación con la aproximación por parte de los derechos nacionales de los países de Latinoamérica a las cuestiones relativas al derecho contractual. Como explica PIZARRO WILSON «Para el primer objetivo, la búsqueda de nuestra identidad jurídica, era necesario volcarse hacia los países de que formamos parte. Por eso surgió la propuesta de elaborar un cuestionario detallado que pudiera arrojar luz sobre el estado actual del Derecho de los Contratos en la región» [(2012) p. 16; precisamente, en el prólogo del libro que recoge los informes con las respuestas de cada uno de los países]. La *segunda fase* del trabajo se desarrolló entre los años 2010 y 2011, y tuvo por finalidad el estudio comparado a nivel latinoamericano y europeo de las instituciones contractuales. La *tercera etapa*, relativa a la redacción de los *Principios*, estaba originalmente prevista para ser realizada los años 2012-2013. Esta última parte continúa pendiente, pues no existe todavía una versión definitiva del texto. Además, se ha planteado la idea de ofrecer unos comentarios oficiales, tarea que se considera por VIDAL OLIVARES, uno de los miembros del *Grupo*, como «esencial para la correcta comprensión y posterior aplicación, o consideración de los principios» [(2015) p. 746], si bien no se ha acordado una fecha para ello.

<sup>7</sup> TITO AÑAMURO (2013) p. 264.

publicada por el *Anuario de Derecho civil* el año 2016, que es la última versión del texto íntegro dada a conocer oficialmente a la comunidad jurídica. Esa versión fue aprobada por el *Grupo* en octubre de 2015, y fue objeto de discusión en unas Jornadas celebradas en Madrid, en junio de 2016<sup>8</sup>. Dicho texto ha de considerarse, por tanto, *un borrador*. En adelante, me refiero a ese texto con las siglas PLDC 2016.

Parece conveniente destacar que el hecho de que, hasta la fecha, no exista una versión definitiva de los *Principios latinoamericanos de Derecho de los contratos* no ha sido óbice para su estudio. Se observa un claro y creciente interés en ellos, tanto dentro como fuera del ámbito latinoamericano<sup>9</sup>.

Además, creo que utilizar como base para un estudio los PLDC 2016 puede considerarse justificado, en la medida que en *la más reciente versión del texto, que fue aprobada por el Grupo de trabajo* en agosto de 2016<sup>10</sup>, *no se han introducido modificaciones que afecten de manera significativa la estructura y el contenido de la*

---

<sup>8</sup> *Jornadas de discusión y análisis de los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos*, celebradas el 16 y 17 de junio de 2016, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, organizadas en el marco del Proyecto de investigación DER 2014-53972-P. El texto de los *Principios* fue publicado como *anexo* en la crónica de SAN MIGUEL PRADERA a las mentadas jornadas [(2016), específicamente, p. 1012 y ss.].

<sup>9</sup> En este sentido, resulta interesante destacar que, además de las actividades de difusión que en distintos países de América del Sur ha organizado el propio *Grupo*, el proyecto de los Principios latinoamericanos de derecho de contratos ha despertado interés en la comunidad científica *fuera del ámbito latinoamericano*, de lo que es prueba, por ejemplo, el propio Proyecto DER 2014-53972-P (en el que, como se ha dicho, se enmarca este trabajo), y el Proyecto de investigación «*The Future of Contract Law in Latin America*», de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford, en el seno del cual se organizó un Seminario para presentar y discutir una versión previa del texto de los principios, cuyas actas se han publicado recientemente [MOMBERG/VOGENAUER (2017)]. Para una presentación y síntesis de las principales cuestiones discutidas en ese Seminario, realizado en Oxford, véase: BORGES FORTES (2016); GREGORACI FERNÁNDEZ (2015); MORALES ORTIZ (2015); y RAMBERG (2016). También es posible hallar artículos científicos cuyo objeto es el estudio de aspectos particulares de los *Principios*, y si bien varios de ellos son de autoría de profesores que han participado o pertenecen al *Grupo* [v. gr.: DE LA MAZA GAZMURI (2015); y los ya referidos trabajos de FERRANTE (2014) y VIDAL OLIVARES (2015)], *los hay también de autores que no han participado del proceso de redacción* [v. gr.: EYZAGUIRRE BAEZA/RODRÍGUEZ DÍEZ (2013); LÓPEZ DÍAZ (2015)]. Y ello, sin perjuicio de las referencias a que pueden hallarse en otros trabajos de alcance más general [en esta línea, por ejemplo, FENOY PICÓN (2015), quien, en un estudio comparativo sobre el reconocimiento y regulación del *Nachfrist* en distintos textos, considera, entre ellos, la regulación que, de la resolución por incumplimiento, contienen los *Principios* en una versión anterior, del año 2014].

<sup>10</sup> Según comunicó la *Fundación Fueyo*, a través de su página web, el mes de agosto de 2016 el *Grupo* adoptó un «texto definitivo», que será sometido a «revisiones específicas». El texto *no está disponible, ni ha sido publicado por ninguna vía* [http://fundacionfueyo.udp.cl/reunion-principios-latinoamericanos-de-derecho-de-contratos-2016-santiago-9-al-11-de-agosto (consulta: 15/6/2017)]. Esa nueva versión se utilizó como texto de trabajo en el Congreso Internacional «Los Principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el Derecho Europeo», realizado en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile) los días 11 y 12 de julio del año 2017.

*regulación*<sup>11</sup>. En adelante, para referencias a esta nueva versión, que permanece *inédita* al momento de redacción de este trabajo: PLDC 2017.

[5] Los PLDC 2016 abordan los aspectos centrales del Derecho contractual general, esto es, las materias que conforman lo que suele denominarse «teoría general del contrato»; cubren, si se quiere poner en estos términos, todo el «*iter* contractual»<sup>12</sup>. Pues bien, tal como en otros conocidos textos sobre principios de Derecho contractual, *uno de los aspectos tratados en los PLDC 2016 es el de las condiciones de validez y eficacia del contrato*. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en esos otros textos, los PLDC 2016 *no sólo regulan los supuestos de anulabilidad por vicios (o nulidad relativa del contrato)*, sino que *regulan directamente* algunos aspectos de la, así llamada, *nulidad absoluta* del contrato. Este aspecto de la regulación de los PLDC 2016 representa, al menos a primera vista, un elemento *original y diferenciador respecto de esos textos*<sup>13</sup>. De ahí que sea de interés conocer *cuáles han sido las razones* de la incorporación de la nulidad absoluta, y *qué es lo que se regula en relación con ella*.

[6] El trabajo se divide *en dos partes*.

En *la primera parte* se da cuenta del origen de la regulación de la nulidad contractual en el contexto general del desarrollo del trabajo de preparación y redacción de los PLDC 2016 (el *diseño del modelo*), y se describe la *estructura* de su *Capítulo 3*, que es el que se dedica a la nulidad del contrato [capítulo que se incluye como *anexo* de este trabajo, al final]. En esta primera parte me interesa mostrar cómo fue variando la aproximación del *Grupo* en relación con la forma en que debía regularse la nulidad del contrato y, especialmente, las razones que podrían explicar la incorporación del instituto de la nulidad absoluta, y cómo ello se plasma en el texto propuesto. Con esa finalidad, utilizo *especialmente en esta parte del trabajo* una versión anterior de los *Principios* que fue publicada también por el *Anuario de Derecho civil*, en el año 2014, aprobada por el *Grupo* el año 2013 y presentada a la comunidad jurídica en noviembre de ese año (versión a la que, a fin de evitar

<sup>11</sup> Ello es así también en relación con el capítulo dedicado a la nulidad del contrato. Los cambios, en esta materia, son pocos, y más bien formales. Ellos se apuntarán oportunamente.

<sup>12</sup> Los PLDC 2016 se dividen en ocho capítulos: Capítulo 1 (*Capítulo preliminar*), Capítulo 2 (*Formación del contrato*); Capítulo 3 (*Nulidad del contrato*); Capítulo 4 (*De la simulación*); Capítulo 5 (*Efectos del contrato frente a terceros*); Capítulo 6 (*Interpretación*); Capítulo 7 (*Cumplimiento de las obligaciones contractuales*); Capítulo 8 (*Incumplimiento de las obligaciones contractuales*).

<sup>13</sup> Sobre esta afirmación, en relación con esos textos (Principios UNIDROIT, PECL, DCFR), valga lo dicho *infra* [20]).

confusiones, me referiré en adelante como PLDC 2014)<sup>14</sup>. Me sirvo, además, de algunas notas recogidas en las diferentes sesiones en que se discutió la materia de la nulidad contractual<sup>15</sup>, y de una suerte de actas, que de momento, permanecen inéditas<sup>16</sup>.

En la *segunda parte* del trabajo se analizan algunas cuestiones relativas al régimen de la *nulidad absoluta*, con el fin de determinar la naturaleza de esta clase de ineficacia del contrato en el sistema de los PLDC. No pretendo, en consecuencia, realizar un análisis de cada uno de los artículos referidos a la nulidad absoluta, aunque en el hilo del trabajo me refiero a ellos; me centro, en particular, en la pregunta acerca de *sus causales*.

[7] La estructura del capítulo de los PLDC dedicado a la nulidad, y las reglas sobre la nulidad absoluta que se analizan en el trabajo, se contrastan con la regulación de la nulidad del Código civil chileno (en adelante, CCCh). El Código civil chileno –conocido también como *Código de Bello* (por su autor, don Andrés Bello)–<sup>17</sup> fue promulgado en 1855 y entró en vigor en 1857 y, con modificaciones, sigue vigente hasta el día de hoy<sup>18</sup>. Ese Código

---

<sup>14</sup> El texto fue presentado y discutido en un Seminario Internacional que tuvo lugar los días 19 y 20 de noviembre del año 2013, en las ciudades de Santiago y Valparaíso (Chile), titulado «El Derecho de los contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento». Dicho Seminario tenía por finalidad examinar la evolución del Derecho de los contratos con una mirada comparatista. En ese contexto, se presentó a la comunidad el estado de avance del proyecto de redacción de unos principios latinoamericanos de derecho de contratos, y se discutió el texto de los PLDC 2014, cuyo texto íntegro fue publicado como *anexo de la crónica de MORALES MORENO al mentado seminario [(2014), específicamente, en las pp. 241-254]*. La simple lectura del texto de los PLDC 2014 revela que *se trataba de una versión muy preliminar*. En efecto, los PLDC 2014 ofrecían una *precaria* organización sistemática: en dicho texto podía advertirse una división simple, en *dos «partes»* que correspondían, la primera, a cuestiones sobre la *formación del contrato*, y la segunda, a cuestiones vinculadas al *cumplimiento e incumplimiento*. Al interior de cada una de esas partes, se contenían algunos *Títulos*, dentro de los cuales se hallaban los artículos propuestos, que en ese entonces carecían de numeración correlativa y que estaban agrupados, algunos, bajo una suerte de *epígrafe*.

<sup>15</sup> En relación con este aspecto, debo agradecer a los coordinadores del *Grupo*, por la invitación que se me hizo a participar de las sesiones de trabajo que se realizaron en Santiago, los días 8 a 10 de octubre de 2014, en las que, entre otras cosas, se discutieron algunos aspectos de la redacción del capítulo sobre nulidad. Agradezco igualmente, a la profesora Claudia Mejías Alonzo, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, por compartir conmigo algunas de las notas tomadas por ella en sesiones anteriores.

<sup>16</sup> Agradezco muy especialmente al profesor Carlos Pizarro Wilson, coordinador del *Grupo* por permitirme el acceso a las actas (inéditas) de las sesiones de trabajo; así como la ayuda prestada por la profesora Claudia Bahamondes Oyarzún, también de la Universidad Diego Portales, para poder acceder materialmente a ellas.

<sup>17</sup> Para una brevísima síntesis de la personalidad de Andrés Bello, y del proceso de elaboración del Código civil chileno, véase GUZMÁN BRITO (2006b) especialmente, pp. 1283-1295); para un estudio en profundidad sobre el mismo tema, véase, GUZMÁN BRITO (1982).

<sup>18</sup> Las modificaciones al Código civil no han afectado, en todo caso, la regulación de la nulidad; ni han afectado, en general, a la regulación del Código civil en materia de obligaciones y contratos (materia regulada en el Libro IV). En efecto, las principales modificaciones han afectado a las materias de Derecho de las personas y de familia (Libro I) y al Derecho sucesorio (Libro III). Un buen panorama general sobre la evolución del Código



tuvo, como es sabido, una *importante influencia en la redacción de muchos otros códigos latinoamericanos*; y de ahí que puede considerarse justificado utilizarle como modelo de comparación y de referencia en relación con la aproximación tradicional del Derecho civil codificado latinoamericano<sup>19</sup>. Pero, además, resulta que *dicha influencia se observa con especial claridad en el tema que aquí interesa*. En efecto, la forma y el contenido de la regulación de la nulidad del Código civil chileno [contenida en su Libro IV, Título XX (*De la nulidad y la rescisión*), arts. 1681 a 1697] *es muy similar* (en algunos casos, prácticamente idéntica) a la regulación de otros códigos civiles latinoamericanos en vigor [en América del Sur, especialmente el de *Ecuador* (de 1958; en adelante CCEcu)<sup>20</sup> y el *Colombia* (de 1886; en adelante, CCCol)<sup>21</sup>; y, en una buena medida, el de *Uruguay* (de 1868; en adelante, CCUrug)<sup>22</sup>; y en varios códigos de países de Centroamérica, como el de *El Salvador* (de 1859)<sup>23</sup> y el de *Honduras* (de 1906)<sup>24</sup>].

civil chileno, desde su entrada en vigor hasta la mitad del siglo XX, puede verse en SOMARRIVA UNDURRAGA (1955); y también, especialmente para los cambios más recientes, TAPIA RODRÍGUEZ (2005).

<sup>19</sup> El Código Civil chileno fue adoptado, con mínimas modificaciones, por Colombia a partir de 1860; por Panamá en 1860, y luego de su independencia, nuevamente en 1917; por El Salvador en 1860; por Ecuador en 1861; por Nicaragua en 1871, y por Honduras, desde 1880 hasta 1898, y de nuevo desde 1906 en adelante. Todos esos códigos siguen vigentes en la actualidad, salvo el de Nicaragua que fue reemplazado por un nuevo Código civil en 1904. El Código civil chileno también influyó importantemente en otros códigos civiles, como el venezolano de 1862 [cfr: GUARDIA (2006)]. Para un estudio en profundidad del proceso de codificación civil en Latinoamérica, véase GUZMÁN BRITO (2006), con especial referencia a la influencia del Código civil chileno, en p. 193 y ss.

<sup>20</sup> La regulación de la nulidad se contiene también en el Título XX del Libro IV, que se denomina exactamente igual (*De la nulidad y la rescisión*), y que comprende, al igual que el Código civil chileno, diecisiete artículos (arts. 1697 a 1714), cuyo contenido es prácticamente idéntico, como se pondrá de relieve, en la parte pertinente, a lo largo del trabajo.

<sup>21</sup> Como en el caso de Ecuador (véase la nota anterior), en el Código civil colombiano la regulación de la nulidad también se encuentra en el mismo Título XX del Libro IV y bajo el mismo epígrafe (*De la nulidad y la rescisión*), y comprende, al igual que el Código civil chileno, diecisiete artículos (arts. 1740 a 1756); cuyo contenido es, también, prácticamente idéntico.

<sup>22</sup> A diferencia de los Códigos civiles colombiano y ecuatoriano, en el Código civil de Uruguay ni la numeración del Título en el que se regula nulidad ni el epígrafe son idénticos al Código de Bello. En efecto, se regula la nulidad en el Capítulo VII (*De la anulación o declaración de nulidad*) del Título III (*De los modos de extinguirse las Obligaciones*) del Libro Cuarto (*De las obligaciones*); lo que se debe al hecho de que la influencia del Código civil chileno no es tan marcada como en el caso de Ecuador y Colombia [sobre la influencia del código civil chileno en la codificación uruguaya, véase el interesante trabajo de PEIRANO FASCIO (1964)]. Sin embargo, desde un punto de vista *sustantivo*, la regulación de la nulidad *sigue muy de cerca* la del *Código de Bello*, como surge de la lectura de los artículos 1559 a 1572 CCUrug, que componen el mentado Capítulo VII.

<sup>23</sup> Se regula la nulidad en el Título XX del libro Cuarto, que se denomina al igual que el chileno (*De la nulidad y la rescisión*) y que contiene también diecisiete artículos (arts. 1551-1568), cuyo contenido es, además, prácticamente idéntico.

<sup>24</sup> La regulación se contiene en el capítulo V (*De la nulidad y la rescisión de los contratos*) del Título II (*De los contratos*) del Libro IV (*De las obligaciones y contratos*),

[8] Sin perjuicio de lo ya dicho, se realizan algunas referencias a otros textos que fueron considerados por el *Grupo* durante el proceso de discusión y redacción de *Los Principios*, con el fin de reconocer las posibles fuentes materiales de sus artículos y, en general, mostrar las concordancias y divergencias que se advierten entre sus respectivas reglas<sup>25</sup>. Ello implica considerar, *por una parte*, un grupo de textos cuyo origen se encuentra *fuera de la órbita del Derecho latinoamericano*. Entre ellos destacan, en la materia que nos interesa, conocidos textos sobre principios de Derecho contractual: me refiero a los *Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales* (en adelante, Principios UNIDROIT)<sup>26</sup>; los *Principios de Derecho contractual europeo* (en adelante, PECL)<sup>27</sup>, y el *Borrador del Marco Común de Referencia* (en adelante, DCFR)<sup>28</sup>. Aunque de naturaleza diversa, también podemos incluir en este mismo grupo la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia de España, del año 2009 (en adelante, PMCC)<sup>29</sup>, y la pro-

---

arts. 1586 a 1604. La influencia del Código de Bello se observa con claridad, aunque es menor que en los casos anteriores.

<sup>25</sup> La enumeración de esas fuentes, que se indican a continuación en el cuerpo del texto, se recogen en PIZARRO WILSON (2012) p. 16; y especialmente en MORALES MORENO (2014) p. 230 (reproduciendo las explicaciones de Pizarro Wilson); y también en VIDAL OLIVARES (2015) p. 746. Todo ello lo recoge, también, SAN MIGUEL PRADERA (2016) p. 994.

<sup>26</sup> Me refiero a la versión de los Principios UNIDROIT de 2010. Existe una versión posterior, de 2016, pero, lógicamente, ella no ha podido ser tomada en consideración por el *Grupo*. Con la finalidad de facilitar la comparación, cuando corresponda, entre los respectivos artículos de los Principios UNIDROIT 2010 y los PLDC 2016, utilizo la versión oficial en español [en adelante: GARRO, *Principios UNIDROIT*].

<sup>27</sup> LANDO/BEALE (2000) [en adelante: LANDO/BEALE, *PECL*]; y LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN (2003) [en adelante, LANDO *et al.*, *PECL III*]. Con el fin de facilitar la comparación, para el texto de los artículos utilizo la traducción que se ofrece en DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES MORENO (2002), específicamente, pp. 19-72.

<sup>28</sup> VON BAR/CLIVE (2009) [en adelante: VON BAR/CLIVE, *DCFR full*]. En todo caso, conviene destacar que PIZARRO WILSON (2012) no señala, entre las fuentes, referencia al uso del DCFR. Tampoco lo recoge MORALES MORENO (2014); pero es un hecho que el DCFR se tuvo a la vista por los redactores, y así por lo demás, lo consigna VIDAL OLIVARES (2015) p. 746. Para las referencias al texto del DCFR en español, que se utilizan en este trabajo a fin de facilitar la comparación entre los artículos, utilizo la traducción coordinada por JEREZ DELGADO (2015).

<sup>29</sup> *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia (2009) (ISBN: 9788477871163). En todo caso, la incidencia de esta propuesta, en lo que respecta a la nulidad, parece limitada a la regulación de los «efectos de la nulidad», utilizándose la PMCC como fuente inmediata para la redacción de los artículos 50 y 51 PLDC 2016. En efecto, el art. 50 (2) PLDC 2016 («Anulado el contrato, los contratantes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones que hubieran recibido en virtud del mismo. Si la devolución en especie no es posible deberá restituirse su valor»), es prácticamente idéntico al art. 1306.1 PMCC («Declarado nulo o anulado el contrato, los contratantes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones que hubieran recibido en virtud del mismo. Si la devolución en especie no es posible deberá restituirse su valor»). Por su parte, el art. 51 PLDC 2016 («Mientras uno de los contratantes no cumpla con la restitución a la que está obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumbe») es también prácticamente idéntico al art. 1306.2 PMCC («Mientras uno

puesta de modificación del Código civil francés conocida como *Propuesta Terré*<sup>30</sup>. Por otro lado, el Grupo tuvo a la vista otro conjunto de textos que pertenecen al ámbito latinoamericano, entre los que destaca especialmente el entonces *Proyecto de Código Civil y comercial de la Nación de Argentina*, del año 2012<sup>31</sup>, texto que, aprobado en el año 2014, se convirtió en el nuevo Código civil y comercial de la Nación de Argentina, y que entró en vigor el 15 de agosto del año 2015 (en adelante, CCyCArg)<sup>32</sup>.

## II. PRIMERA PARTE. EL DISEÑO Y LA ESTRUCTURA DE LA REGULACIÓN DE LA NULIDAD EN LOS PLDC

### 1. EL DISEÑO DE LA REGULACIÓN DE LA NULIDAD

[9] Como se ha señalado, los PLDC 2016 dedican un capítulo a la nulidad [*Capítulo 3 (Nulidad)*; art. 41 y ss.]. En mi opinión, resulta interesante revisar el origen y la forma en que diseñó la regulación de la nulidad por dos razones. En primer lugar, porque el Grupo inicialmente *no consideraba incluir un capítulo específi-*

---

*de los contratantes no realice la devolución de aquello a que esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba*). En los PLDC 2014, los artículos respectivos reproducían exactamente los referidos párrafos del art. 1306 PMCC.

<sup>30</sup> Como es sabido, previo a la modificación del Código civil francés, del año 2016, se presentaron varias propuestas. Una de ellas fue conocida como la *Propuesta Terré*, puesto que su origen se encuentra en un estudio crítico del «Avant-projet Chancellerie» [elaborado por el Ministerio de Justicia, y presentado en julio de 2008; la versión original, en: [http://www.chairejlb.ca/files/sites/38/2010/07/reforme\\_all.pdf](http://www.chairejlb.ca/files/sites/38/2010/07/reforme_all.pdf) (consulta: 15/6/2017)] que fue realizado por un grupo de académicos, dirigidos por el profesor François Terré. Esa revisión crítica incluía una propuesta de redacción de los artículos; ese estudio y propuesta se publicó en: TERRÉ (2009) y, como se ha indicado, fue considerado por el Grupo dentro de las fuentes consultadas (lo que se explica por varios factores, siendo el principal, el patrocinio de la *Fondation pour le Droit Continental*; a lo que se suma la participación de profesores franceses, y el hecho de que varios de los miembros latinoamericanos realizaron sus estudios de posgrado en Francia).

<sup>31</sup> El *Proyecto de Código civil y comercial de la Nación Argentina* fue impulsado por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto n. 191 de 23 de Febrero de 2011 que creó la «Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la Nación», presidida por Ricardo Lorenzetti. El texto del Proyecto fue enviado al Congreso Nacional por el ejecutivo, para su discusión y aprobación, por medio del Mensaje n.º 884, de 7 de Junio de 2012. Puede consultarse su texto íntegro en <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales-2/> (consulta: 15/6/2017).

<sup>32</sup> Boletín oficial de la República Argentina (año CXXII, n. 32.985) de 8 de octubre de 2014. El art. 7 de la Ley 26.994, que aprueba el texto del Código civil, disponía: «La presente ley entrará en vigencia el 1 de enero de 2016». Sin embargo, se adelantó su entrada en vigor, al 1 de agosto de 2015, por la Ley 27.077 de 19 de diciembre de 2014. En adelante, solo se hará referencia al texto en vigor, pues, en materia de nulidad, no se hizo ninguna modificación al Proyecto (véase la nota anterior): los artículos son *idénticos y conservan la misma numeración* (como resulta de la comparación entre ambos textos).

*co dedicado a la nulidad.* La segunda razón es que una simple lectura de las normas que componen el *Capítulo 3* revela que en los PLDC 2016 se adopta un sistema de nulidad del contrato *que, en varios aspectos, se aleja del sistema que adoptan otros textos sobre principios de Derecho contractual* (como se muestra en la segunda parte del trabajo). A continuación, doy cuenta, muy brevemente, de cuál era la aproximación inicial del *Grupo*, y del posterior cambio de enfoque en relación con la regulación, dando cuenta de las posibles razones de ese cambio.

#### a) **La aproximación inicial del Grupo. Los PLDC 2014**

[10] Los PLDC 2014 *no consideraban un Título o un epígrafe dedicado propiamente a la nulidad del contrato*<sup>33</sup>. Esto no quiere decir que la nulidad del contrato no estuviera presente en la regulación; lo estaba, pero *de forma limitada*. En efecto, en la primera parte de los PLDC 2014, sobre «*Formación del contrato*», se contenía un *Título* denominado «*De los vicios del contrato*», y en su interior se contenían algunas referencias a la nulidad. La nulidad interesaba, pues, únicamente en cuanto ella era una posible consecuencia de la existencia de un «vicio del contrato». Es decir, los PLDC 2014 solo trataban supuestos de *anulabilidad del contrato*; de aquello que, en los Derechos latinoamericanos, suele denominarse *nulidad relativa, como consecuencia de vicios del consentimiento*.

En efecto, en los PLDC 2014 se regulaba en artículos separados –pero siempre al interior de ese mismo Título relativo a los vicios– varias cuestiones vinculadas a esa nulidad: la *nulidad parcial*; la posibilidad de *confirmación* del acto anulable, algunas cuestiones sobre los *efectos retroactivos de la nulidad entre las partes*; el derecho a obtener una *indemnización* en caso de que existiera una causal de nulidad; y se contenía una regla que establecía un *derecho de opción* entre la facultad para anular el contrato y los remedios por incumplimiento. Una parte del contenido de esos artículos, del texto PLDC 2014, se conserva en la *Sección 4* del *Capítulo 2* PLDC 2016 (arts. 27 a 37 PLDC); otras reglas fueron trasladadas a las diferentes secciones del *Capítulo 3* PLDC 2016.

[11] Conviene apuntar que, además de ser una regulación *limitada*, la aproximación a la nulidad en los PLDC 2014 presentaba otra característica: era en algunos puntos *una regulación novedosa*. Uno de esos aspectos novedosos era la posibilidad de *ejercitar extrajudicialmente la facultad para anular el contrato mediante*

---

<sup>33</sup> Sobre la organización y estructura del texto de los PLDC 2014, valga lo dicho *supra* nota 14.

*una notificación*<sup>34</sup>. En efecto, la posibilidad de una nulidad extrajudicial es una idea *ajena* a la comprensión sobre la forma en que opera la nulidad relativa (o anulabilidad) en la tradición jurídica del Derecho continental<sup>35</sup>, y por tanto, ajena también a los Derechos latinoamericanos<sup>36</sup>. Los PLDC 2014 seguían, en este punto, la aproximación más moderna, contenida en *otros textos sobre principios del Derecho contractual*<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> En efecto, uno de los artículos de los PLDC 2014 [recuérdese que los artículos no tenían numeración correlativa] señalaba: «*La facultad de anular el contrato puede ejercerse extrajudicialmente, mediante notificación a la otra parte, con expresión de las razones en que se funde o por demanda judicial. También puede oponerse como excepción frente a la demanda de cumplimiento*». Y el artículo siguiente, por su parte, que: «*La notificación de nulidad no produce efectos a menos de que sea realizada dentro de un plazo razonable según las circunstancias. Dicho plazo se contabiliza desde que hayan cesado las circunstancias que le impedian realizar la notificación*».

<sup>35</sup> «En la tradición del Derecho Europeo continental y de los códigos civiles, la acción de anulación es una acción judicial y, por regla general, se entiende que sólo los tribunales están facultados para establecer la nulidad del contrato [...] no se conoce, en la mencionada tradición de los códigos civiles, un ejercicio de la acción de anulación que se produzca extrajudicialmente» [DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES MORENO (2002) p. 238].

<sup>36</sup> En el Título XX del Libro IV del *Código civil chileno*, no solo no hay una norma que reconozca esa posibilidad, sino que todos los artículos giran sobre la base de que toda nulidad (la absoluta y la relativa) debe ser *declarada judicialmente*; y así lo entiende también la doctrina: «[p]ara que un acto o contrato sea tenido por nulo, es necesario que la nulidad de que adolece, absoluta o relativa, haya sido discutida en un juicio seguido ante un tribunal competente y que, como consecuencia de ese litigio, se haya dictado una sentencia que acoja la acción o excepción de nulidad que en él se haya deducido [...] [q]ue toda nulidad sea judicialmente declarada se desprende de los artículos 1687 y 1689 del Código civil, que condicionan los efectos de aquella a una declaración de esa especie» [ALESSANDRI BESA (2010) t. 2 p. 317].

<sup>37</sup> En este sentido, por ejemplo, el art. 3.2.11 Principios UNIDROIT (*Notificación de anulación*): «El derecho a anular un contrato se ejerce cursando una notificación a la otra parte». La interpretación dada en los comentarios oficiales es que «la anulación del contrato *debe* efectuarse mediante una notificación a la otra parte, sin necesidad de intervención judicial» [comentario 1 del art. 3.2.11 (GARRO, *Principios UNIDROIT*, p. 134); destacado añadido]. En términos parecidos, el art. 4:112 PECL (*Notificación de la anulación*) dispone: «La anulación debe ser notificada a la otra parte» y el art. II.-7:209 (*Notificación de la anulación*), que: «La anulación conforme a la presente Sección se efectuará mediante notificación a la otra parte»; si bien el texto es similar al de los Principios UNIDROIT, no parece que en el modelo PECL/DCFR se limite el ejercicio de la facultad anulatoria a la notificación; al menos, no se explica en esos términos [en este sentido, por ejemplo, en los comentarios del art. II.-7:209 DCFR se señala: «[a]voidance may be effected by the party entitled to avoid the contract; it is not necessary to seek a court order to avoid the contract» [VON BAR/CLIVE, *DCFR full*, p. 519; destacado añadido].

La PMCC, sigue, en este punto, también a esos textos [art. 1305 PMCC: «La facultad de anulación podrá ejercitarse extrajudicialmente, dentro del plazo de caducidad, mediante comunicación dirigida a la otra parte con expresión de las razones en que se funde./ También podrá oponerse mediante excepción frente a la demanda de cumplimiento y en este caso no será de aplicación el plazo previsto en el artículo anterior.»]. La solución de la PMCC en relación con la facultad de anulación (tanto en lo que respecta a su ejercicio por notificación, como a la posibilidad de oponerla como excepción), supone un cambio en relación con la comprensión de la doctrina española mayoritaria sobre este punto, que entiende que se requiere ejercitar una acción en sede judicial [*cf.*, por ejemplo, Boch Capdevilla (2012) pp. 502-503]. Para un estudio en profundidad del modelo de anulación del Código civil español, especialmente, sobre la posible incardinación de la facultad anulatoria extrajudicial en el Código civil, véase JEREZ DELGADO (2011).

Desde luego, en los PLDC 2014 había otras cuestiones que pueden tildarse de *novedosas*, y que se han conservado en las versiones posteriores, cuyo estudio excede el objeto de este trabajo.

Una de ellas es la inclusión del supuesto de la «*excesiva desproporción*» dentro del catálogo de los «*vicios*» del contrato. El Código civil chileno (como varios otros códigos latinoamericanos) solo reconoce como vicios del consentimiento el error, la fuerza y el dolo<sup>38</sup>. La llamada «*lesión (enorme)*», construida sobre la base de una *concepción objetiva*, se admite *solo respectu de ciertos actos*, y además, la nulidad del acto no es la única consecuencia de la existencia de lesión; de hecho, en algunos casos no es posible obtener la anulación o rescisión del acto, aunque la parte afectada así lo quiera<sup>39</sup>. En cambio, el supuesto de «*excesiva desproporción*» configura una potencial causal de anulabilidad del contrato que está presente en todos los modelos modernos de Derecho contractual tenidos a la vista por el *Grupo*<sup>40</sup>. De ahí que, en este punto concreto, puede admitirse la influencia de esos textos. Conviene destacar, sin embargo, que en algunos códigos latinoamericanos *más modernos* se reconoce a la figura de la lesión o excesiva desproporción un *carácter general*, y se la construye sobre la base de elementos objetivos y subjetivos (así: en el peruano de 1984<sup>41</sup>; en

<sup>38</sup> Art. 1451 CCCh: «Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo». En *idénticos términos*, el art. 1508 CCCol, y el art. 1467 CCEcu. En *similares términos*, el art. 1269 CCUrug («*El consentimiento no es válido cuando ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo*»).

<sup>39</sup> Uno de esos casos en el que se regula la lesión enorme es en el contrato de compraventa (arts. 1888 y ss.). El art. 1889 CCCh establece: «El vendedor sufre lesión enorme, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa es inferior a la mitad del precio que paga por ella./ El justo precio se refiere al tiempo del contrato». Como se puede apreciar, se trata de una noción puramente objetiva. En este caso, que el contrato se rescinda no siempre depende de la voluntad de quien ha sufrido la lesión, ni del juez; se reconoce una opción a la otra parte («*el comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá a su arbitrio consentir en ella o completar el justo precio [...]*»; art. 1890 CCCh). Sobre el origen de esta institución, en la regulación de la compraventa, y para un análisis del contenido de ese derecho de opción, véase WALKER SILVA (2012). Para una síntesis de comprensión tradicional de la figura de la lesión enorme en el Derecho chileno, destacando su carácter excepcional y su consideración como vicio «objetivo», véase, por ejemplo, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, (2011) pp. 740-748. Sin embargo, cabe destacar que se ha propuesto y justificado la necesidad de adoptar una noción más amplia de lesión, en sintonía con lo que ocurre en el Derecho comparado [en este sentido, por ejemplo, SCHMIDT HOTT (1999), y más recientemente, LÓPEZ DÍAZ (2015)].

<sup>40</sup> En el art. 3.2.7 Principios UNIDROIT (*Excesiva desproporción*); el art. 4:109 PECL (*Beneficio excesivo o ventaja excesiva*) y en el art. II.-7:207 DCFR (*Explotación indebida*). En lo que respecta a las propuestas, se recoge en el art. 1301 PMCC; y se recogía también en el art. 66 *Propuesta Terré*, siendo consagrada en la reforma del *Code civil*, como un supuesto particular de violencia, en el art. 1143 *Code civil*.

<sup>41</sup> El Código civil peruano no considera la lesión dentro de los «vicios de la voluntad» [Libro I, Título VIII (*Vicios de la voluntad*); art. 201 y ss.]; pero la regula, de forma separada, en el Libro VII (*Fuentes de las Obligaciones*), Título IX (*Lesión*), art. 1447, en estos términos: «La acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro». Como se ve, el Código civil peruano adopta «una concepción objetivo-subjetiva de la lesión [pues] [...] para que proceda la

el brasileiro de 2002<sup>42</sup>, y en el nuevo Código civil y comercial argentino<sup>43</sup>).

## b) Un cambio de enfoque en la regulación de la nulidad

[12] Como se ha dicho, el texto de los PLDC 2014 corresponde a una *versión ligeramente modificada de un primer borrador* que fue aprobado por el *Grupo* para servir como *texto de trabajo* durante el año 2013 (*supra*, n. 14). Siendo esa su naturaleza, se entiende que el texto de los PLDC 2014 *no reflejara todas las discusiones que existían en ese momento al interior del Grupo*. Y precisamente, en relación con la regulación de la nulidad, existía discusión sobre *dos puntos*. El *primero* de ellos se refería a la idea de introducir, o no, en el sistema de los PLDC, la *nulidad extrajudicial*<sup>44</sup>. El *segundo punto de discusión* fue el del enfoque, más o menos amplio, que debía adoptarse en relación con la regulación de la nulidad; cuestión sobre la que interesa detenerse brevemente.

[13] En efecto, durante el año 2013 se discutió la posibilidad de incorporar, a continuación del capítulo que ese *Borrador de 2013* contenía sobre «*Formación del Consentimiento*», un capítulo denominado «*Validez e ineficacia*». Este último capítulo, pese a su denominación tan general, se refería únicamente a la invalidez del con-

---

acción rescisoria se exige, en primer lugar, que exista una desproporción entre las prestaciones, al momento de celebrarse el contrato, mayor a las dos quintas partes, que es el elemento objetivo; y luego, en segundo lugar, se requiere que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro, que son los elementos subjetivos» [DE LA PUENTE Y LAVALLE (2001) p. 23].

<sup>42</sup> Art. 157 CCB: «*Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta./ § 1.º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico./ § 2.º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito*». Un breve comentario sobre la inclusión de esta figura en el Código civil brasileiro, con referencia a las principales críticas por parte de la doctrina brasileira, en MOMBORG URIBE (2014) pp. 167-168.

<sup>43</sup> El Código Civil y Comercial argentino no contiene una regla que señale cuáles son los *vicios de la voluntad*; y los capítulos 2, 3 y 4 del Título IV (*Hechos y actos jurídicos*) del Libro I (*Parte General*), regulan, únicamente, el error, el dolo y la violencia (art. 256 y ss.). Esto no quiere decir que la figura de la lesión no tenga reconocimiento. Lo que ocurre es que no se le considera un «vicio de la voluntad», sino un «vicio del contrato», y se le regula separadamente, en el art. 332: «*Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación./ Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones [...]*». La regla ya estaba en el antiguo Código civil argentino, pero no en su texto original (había sido introducida en el año 1968, en el inciso segundo del art. 954). Sobre ello, y en general, sobre la lesión en el nuevo Código civil y Comercial argentino, véase BENAVENTE, (2015) p. 529).

<sup>44</sup> Como se ha señalado, los PLDC 2014 recogieron esa posibilidad (*supra* [11]).

trato por «vicios de la voluntad». *La crítica formal que, en la reunión del Grupo en marzo de 2013, se hizo a la denominación de ese capítulo («Validez e ineficacia»)* dio pie para plantear una discusión al interior del Grupo sobre *la conveniencia de abordar todos los fenómenos relacionados con la ineficacia de los contratos, incluyendo, por tanto, la inexistencia, la nulidad absoluta, y todos los supuestos de lo que suele denominarse ineficacia en sentido estricto* (es decir, la privación o cesación de los efectos del contrato derivada de causas que pueden considerarse extrínsecas a su formación, entre ellas, por ejemplo, *la inoponibilidad del contrato*). Esa discusión sobre el alcance de la regulación estaba estrechamente vinculada con otra discusión: la pregunta acerca de si debía incluirse alguna referencia a los *elementos de existencia del contrato*, y en especial, si debía regularse *el objeto, la causa y las solemnidades*, aspectos, todos ellos, sobre los que no existía acuerdo aún.

[14] En ese contexto, en la reunión del *Grupo* que tuvo lugar en Bogotá (Colombia) en octubre del 2013, se introdujeron *varias modificaciones a ese borrador de 2013*. Uno de esos cambios, que interesa destacar aquí, es que el artículo que abría el Capítulo sobre los vicios del contrato<sup>45</sup> (que señalaba: «*Los Principios se ocupan de la invalidez causada por error, dolo, fuerza o excesiva desproporción*») es *eliminado*<sup>46</sup>. Con ello, se abría la posibilidad de que los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos* «se ocuparan» de otras causas de invalidez o ineficacia del contrato. En esa reunión, de octubre de 2013, también se instala la idea de que, si se incluía el tratamiento de los otros elementos del contrato (objeto, causa, solemnidades) –una cuestión que estaba todavía pendiente de resolver– debía *extenderse también el tratamiento de la nulidad*.

[15] La discusión sobre la idea de incluir un apartado o un capítulo dedicado a *la nulidad en general* continuó en la reunión del *Grupo* que tuvo lugar en Santiago de Chile, en noviembre del 2013; misma fecha en la que se aprobaba el texto de los PLDC 2014. En esa reunión se decidió *encargar la redacción de un Capítulo sobre nulidad a dos grupos de profesores miembros del Proyecto*. Uno, el grupo integrado por los profesores argentinos (el «*Grupo argentino*») y el otro, el grupo de profesores de la Universidad del Externado de Colombia (el «*Grupo colombiano*»). Las propuestas de ambos

<sup>45</sup> Que corresponde al capítulo que luego sería recogido como Título IV de la «primera parte» de los PLDC 2014 (*De los vicios del contrato*).

<sup>46</sup> Es evidente que ese artículo estaba inspirado en el art. II-7:101(1)(a) DCFR (*Ámbito de aplicación*): «(1) *El presente capítulo regula los efectos: (a) del error, dolo, amenazas, o la explotación indebida*». Se observa aquí la influencia del DCFR, pues ni los Principios UNIDROIT ni los PECL contienen una regla de este tenor.



grupos debían ceñirse a ciertas directrices. En cuanto a los aspectos sustantivos, el mandato principal a esos dos grupos fue el de *conservar la tradición conocida en los ordenamientos latinoamericanos*, siendo un tema especialmente sensible, el de *la conservación de la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa*. Pero, al mismo tiempo, se les instó a *avanzar e innovar*, en donde fuera posible o pareciere conveniente. En cuanto a la estructura de la propuesta de regulación a presentar, se acordó que ella debía considerar, por lo menos, una referencia a las *causales* de la nulidad y a sus *efectos respecto de las partes y de terceros*. Las propuestas presentadas por ambos grupos fueron discutidas por los miembros del *Grupo* en la sesión que tuvo lugar en la ciudad de Bogotá, Colombia, en *agosto de 2014* (como se puede observar, con posterioridad a la publicación de los PLDC 2014). Como resultado de la discusión de esas dos propuestas, se aprobó el texto del capítulo 3 de los PLDC 2016, que se analiza en este trabajo.

Entre las propuestas del *Grupo argentino* y del *Grupo colombiano* existían similitudes y diferencias.

En cuanto a las *similitudes*, interesa destacar que ambas propuestas tenían una *estructura relativamente similar*; y ambas recogían la *figura de la inexistencia* (entendida como una situación en la que se halla un contrato al que falta alguno de sus elementos esenciales), *como una causa de ineficacia del contrato distinta de la nulidad*.

En cuanto a las *diferencias*, si bien en ambas propuestas se distinguía entre dos clases de nulidad, tanto la *terminología* como el *régimen* de cada una de esas clases de nulidad eran diferentes. En efecto, en la propuesta del *Grupo argentino*, se distinguía entre una «nulidad absoluta» y una «nulidad relativa»; y la nulidad absoluta *no podía sanearse por ratificación de las partes*, y se declaraba expresamente que la acción era *imprescriptible*. En la propuesta del *Grupo colombiano*, se distinguía entre supuestos de «nulidad» y de «anulabilidad», y respecto de la «nulidad», se admitía su saneamiento por ratificación (en ciertos casos), y se saneaba por el transcurso del plazo de cinco años contados desde la celebración del contrato. *Otra diferencia importante* es que en la propuesta del *Grupo argentino* la nulidad (tanto la absoluta como la relativa) podía solicitarse por *vía de acción u oponerse por vía de excepción*, pero requería en todo caso *ser declarada por el juez* (en sintonía con lo que señala el art. 383 CCyCArg<sup>47</sup>; que sin duda es la fuente del art. 42 PLDC<sup>48</sup>). En cambio, en la propuesta del *Grupo colombiano*, la anulabilidad podía demandarse *judicialmente* o ejercitarse *extrajudicialmente* por medio de una *notificación*, en sintonía con los textos más modernos de Derecho contractual.

<sup>47</sup> Art. 383 CCyCArg (*Articulación*): «La nulidad puede argüirse por vía de acción u oponerse como excepción. En todos los casos debe sustanciarse».

<sup>48</sup> Art. 42 PLDC (*Forma de alegar la nulidad*): «La nulidad puede alegarse por vía de acción o excepción».

Como se podrá constatar a lo largo de este trabajo, es bastante claro que la construcción del régimen de la nulidad del capítulo 3 PLDC 2016 reconoce una mayor influencia de la propuesta del *Grupo argentino*, que de la del *Grupo colombiano*.

### c) **Algunas reflexiones en torno al diseño de la regulación de la nulidad**

[16] Como se habrá apreciado, la decisión de incluir en los *Principios latinoamericanos de Derecho de contratos* una regulación sobre nulidad es *tardía* en el contexto general del proceso de elaboración del texto. En efecto, ella se produce en un estado muy avanzado, concretamente, en una etapa que, según el plan trazado por el propio *Grupo*, correspondía a la fase de *redacción del texto*<sup>49</sup>. Esto puede explicar algunos de los *defectos formales* que, en mi opinión, pueden observarse en la regulación del *capítulo 3* PLDC 2016 sobre nulidad del contrato. El *Grupo* no parece haber dedicado el mismo tiempo a la discusión del capítulo dedicado a la nulidad, que el que le ha dedicado, por ejemplo, al tema del incumplimiento del contrato y los remedios del acreedor. En este sentido, conviene destacar que varios artículos del Capítulo 3 PLDC 2016 fueron aprobados «*con prevención de ser necesaria una revisión de su redacción*», lo que, en parte, justifica evitar una excesiva crítica en relación con ese aspecto formal<sup>50</sup>.

[17] El cambio de enfoque que se observa en relación con la regulación de la nulidad, comparando los PLDC 2014 y los PLDC 2016, parece responder, como ya se ha apuntado, a *la idea de rescatar una cierta identidad propia* de los Derechos latinoamericanos. Ello no solo explica la inclusión de la *nulidad absoluta* (ausente en los PLDC 2014); sino además, el que desapareciera la posibilidad de una nulidad extrajudicial (presente en los PLDC 2014)<sup>51</sup>; el que se incorporara una referencia explícita a los «*ele-*

<sup>49</sup> Sobre las fases en que organizó el trabajo, valga lo dicho *supra*, nota 6.

<sup>50</sup> Cabe destacar que en la reunión de noviembre del 2014 (reunión que es posterior a la aprobación del texto de los PLDC que en este trabajo se analiza) se revisó nuevamente el texto adoptado, incluido el capítulo 3 sobre nulidad. En esa oportunidad, no hubo una discusión sobre el fondo de esta regulación, y únicamente se introdujeron algunos cambios en la redacción (y, en mi opinión, no todos los que parecen necesarios). La última versión, aprobada en 2016, como ya se ha dicho, introduce muy pocas modificaciones al texto de los PLDC que se analiza en este trabajo.

<sup>51</sup> Sobre este aspecto, no interesa aquí profundizar en este trabajo, pues esa nulidad extrajudicial operaba, en todo caso, para supuestos de nulidad relativa (o «*anulabilidad*»), no de nulidad absoluta; basta, por tanto, con lo ya señalado (*supra* [11]). Sin perjuicio de ello, y considerando que el rechazo al ejercicio extrajudicial en los PLDC 2016 ha sido objeto de *críticas* [SAN MIGUEL PRADERA (2016) p. 1001, recogiendo la opinión de la profesora Carmen Jerez] puede ser de interés apuntar que se arguyeron, en rechazo a la

mentos del contrato» entre los que se incluye, por ejemplo, *la causa* (art. 9 PLDC 2016, al interior del Capítulo 2, sobre «*Formación del contrato*») <sup>52</sup>; y en fin, el hecho de que se haya incluido en los PLDC 2016 toda una Sección (que no existía en los PLDC 2014) sobre «*Objeto, causa y solemnidades del contrato*» (Sección 5, arts. 38 a 40) <sup>53</sup>.

[18] En mi opinión, es razonable sugerir que ese cambio de enfoque puede explicarse, *también*, por una suerte de evolución en relación con la comprensión, por parte del propio *Grupo*, sobre *la función* que preferentemente ha de atribuirse a los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos*.

En efecto, *la aproximación inicial* (esto es, la regulación de la nulidad del contrato a propósito de los vicios del contrato, y el reconocimiento de una facultad extrajudicial para anular el contrato), es consistente con una mirada de los PLDC que los considera un instrumento pensado especialmente para regir contratos transnacionales, esto es, un instrumento pensado para las partes contratantes y para quienes deciden esas controversias, los jueces árbi-

---

nidad extrajudicial, *dos clases de argumentos*. El primero, que la posibilidad de anular el contrato mediante una notificación era *algo ajeno a la tradición jurídica latinoamericana*, y que ni siquiera era considerada por el entonces *Proyecto de Código Civil y Comercial argentino*, que era el modelo latinoamericano más *moderno* que se tenía a la vista. El segundo argumento era de carácter práctico: admitir la nulidad extrajudicial conllevaba el riesgo de afectar la estabilidad de los negocios, y que podía incidir en la proliferación de juicios. Estas críticas eran especialmente compartidas por *dos grupos de profesores*, con una importante representación en el *Grupo*: uno, un grupo de profesores de la Universidad del Externado (Colombia); el otro, el grupo formado por los profesores argentinos. Otra posición al interior del *Grupo* era *favorable*, en cambio, a *admitir la nulidad extrajudicial*, en la medida que el texto adoptase también la posibilidad de una resolución extrajudicial: se trataba de un «principio de coherencia» del sistema (esta fue la posición de los profesores uruguayos y también de los franceses). Además, en el seno del *Grupo* se impuso la idea de que, sin perjuicio de lo que se decidiera en relación con la nulidad extrajudicial, el texto *debía, en todo caso, regular la posibilidad de demandar judicialmente la nulidad del contrato en estos casos*. En el Seminario en el que se presentó el texto PLDC (2014) [*supra* nota 14], se destinó, precisamente un panel a la discusión de la nulidad, *con énfasis en el problema de admitir, o no, una nulidad extrajudicial*. En ese panel participaron los profesores chilenos Jorge Baraona y Juan Ignacio Contardo, y el profesor de la Universidad del Externado de Colombia, Edgar Cortés; los dos últimos, profesores que han participado en el *Grupo*. Agradezco al profesor Juan Ignacio Contardo, de la Universidad Diego Portales, por haberme facilitado el borrador de su ponencia en dicho seminario; en ella, el profesor Contardo mostraba la consistencia de esa regla sobre anulabilidad por notificación, que contenían los PLDC 2014, con lo dispuesto por otros textos de Derecho contractual; además de referirse al problema de los efectos de la nulidad, punto sobre el cual aquí no interesa ahondar.

<sup>52</sup> Art. 9 PLDC 2016 (*Elementos del contrato*): «Son elementos esenciales para la formación del contrato el consentimiento, el objeto y la causa». Hay que tener presente que en los PLDC 2014 se contenía, al interior de la *Primera Parte*, un Título II denominado «Del contrato y sus elementos», que sólo contenía un artículo (sin numeración), en el que se ofrecía una definición de contrato (corresponde al art. 8 PLDC 2016). No hay, en los PLDC 2014, referencia alguna a la causa, ni a otros «elementos» del contrato (objeto, solemnidades).

<sup>53</sup> Sobre el contenido de estas reglas, en relación con las causales de nulidad absoluta, trato en la segunda parte del trabajo, *infra* [36] y ss.

tros: una *lex mercatoria*<sup>54</sup>. Siendo así, parece evidente que el acento había de ponerse, naturalmente, en ofrecer reglas dispositivas que faciliten la negociación del contrato y su ejecución, y a las que, por la razonabilidad de sus soluciones, sea atractivo adherirse. Las cuestiones de orden público que suelen regular los ordenamientos internos (licitud del objeto y de la causa, la forma del contrato, etc.), que son las materias que se vinculan con la nulidad absoluta, son cuestiones ajenas a un texto al que se le atribuye tal función. *Esa es la mirada que, preferentemente, se refleja en el texto de los PLDC 2014.*

Pero, esa mirada *no parece ser la que se refleja en el texto de los PLDC 2016*. Y es que, si uno observa la descripción que ofrece el texto de los PLDC 2016 sobre su ámbito de aplicación [Capítulo 1 (*Preliminar*); Sección 1 (Ámbito de aplicación)], puede concluirse que la proyección, que para *los Principios* vislumbran sus redactores, se va volviendo, por decirlo de alguna manera, algo más ambiciosa a medida que avanza el trabajo [y especialmente, considerando el hecho de que los PLDC 2014 *no* contenían una regla sobre su ámbito de aplicación]. En efecto, en el art. 1(1) PLDC 2016 se declara «[e]stos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos civiles y comerciales, internos e internacionales» (destacado añadido) y se establece que «se aplican para interpretar el Derecho estatal que rige el contrato» [Art. 1(4) (d) PLDC] «y como modelo para los legisladores nacionales» [Art. 1(4) (f) PLDC]. En la medida que se atribuye al texto todas estas *otras funciones*, parece razonable ofrecer una regulación lo más completa posible; y en ese afán, puede entenderse que los redactores hayan querido incluir una regulación más completa de la nulidad, incluyendo a la denominada nulidad absoluta.

## 2. ESTRUCTURA DE LA REGULACIÓN DEL CAPÍTULO 3 PLDC 2016

[19] El Capítulo 3 de los PLDC 2016 (*Nulidad del contrato*) contiene tres secciones y está compuesto de un total de *doce artículos* (arts. 41 a 52). Se estructura de la siguiente forma: lo abren los artículos 41 y 42, que, precisamente por su ubicación y por el hecho de estar fuera de toda sección al interior del Capítulo 3, pueden considerarse *disposiciones generales*. A esos dos artículos

---

<sup>54</sup> Esa función está recogida expresamente el art. 1 (4)(a) PLDC 2016 (*Ámbito de aplicación*): «[...] (4) Estos principios se aplican también en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del Derecho, la *Lex Mercatoria* o expresiones semejantes».

siguen las mentadas tres *secciones*. La *Sección 1* se denomina *Nulidad absoluta* (arts. 43-45), la *Sección 2* se denomina *Nulidad relativa* (arts. 46-49), y finalmente, la *Sección 3* que trata *De los efectos de la nulidad* (arts. 50-52).

[20] En relación con la *estructura interna* del Capítulo 3 de los PLDC 2016, resulta evidente que *no se ha seguido a ninguno de los textos sobre principios de Derecho contractual* que fueron tenidos en consideración por el *Grupo* (Principios UNIDROIT, PECL, DCFR). Es dable pensar que esa suerte de originalidad de los PLDC, en este punto, deriva del hecho de que en los PLDC *se reconocen, y regulan, dos clases de nulidad: la nulidad «relativa» y la «absoluta», categorías que no están presentes en ninguno de esos otros textos sobre principios de Derecho contractual, no al menos en una forma explícita o directa.*

Conviene precisar esta última afirmación, al menos en lo que respecta a la «*nulidad absoluta*». De momento, solo me interesa destacar que *la estructura de la regulación es diferente*, y que, aun cuando en esos textos se contienen referencias a diversas clases de ineficacia, algunas de las cuales derivan de infracción de la ley o del orden público, *no puede decirse que en ellos se recoja la distinción entre nulidad relativa y absoluta que recogen los PLDC 2016; ni menos que regulen la nulidad absoluta*. Sobre ello, vuelvo más adelante, en la segunda parte del trabajo (*infra* [35]).

i. El Capítulo 3 de los Principios UNIDROIT se denomina «*Validez*». Ninguna de sus tres secciones regula expresamente la nulidad absoluta (bajo esa, u otras denominaciones). No obstante, hay que tener presente que los artículos que componen la Sección 1 (*Disposiciones generales*), se refieren, al menos indirectamente, a ciertos elementos del contrato, cuya omisión, en los ordenamientos internos, suele dar lugar a la nulidad absoluta del contrato. Específicamente, hay mención de *la falta de capacidad* (art. 3.1.1), aunque para explicitar que los Principios UNIDROIT *no se ocupan de ello*<sup>55</sup>. También hay referencia a ciertos *requisitos del acto, como son la causa y las solemnidades* (art. 3.1.2), pero, con el fin de señalar que no se requiere causa ni observancia de solemnidades; y también existe referencia al supuesto de la *imposibilidad inicial del objeto y de la falta de facultad de disposición, respecto de los bienes objeto del contrato* (art. 3.1.3), nuevamente, para indicar que *esas circunstancias no afectan la validez del acto*<sup>56</sup>. Por otro lado, conviene destacar que el Art. 1.4 (*Normas de carácter imperativo*) señala que los Principios UNIDROIT no restringen la apli-

<sup>55</sup> En cuanto a la *capacidad*, la razón de la exclusión es que la materia tiene una «*complejidad inherente*» y «*un diverso tratamiento en los ordenamientos nacionales*», de modo que a estas materias son aplicables las reglas de derecho interno que correspondan [comentario del art. 3.1.1 (GARRO, *Principios UNIDROIT*, p. 111)].

<sup>56</sup> Se declara que las reglas relativas a estos elementos son dispositivas, de modo que las partes podrían incluir esos requisitos de validez en el contrato que celebran [comentario del art. 3.1.4 (GARRO, *Principios UNIDROIT*, p. 116)].

cación de normas de carácter imperativo<sup>57</sup>. Esa afirmación es desarrollada, en relación con la validez del contrato, en la Sección 3 del Capítulo 3 (*Ilicitud*), cuyo contenido fue incorporado en la versión de los Principios UNIDROIT del año 2010<sup>58</sup>. En el art. 3.3.1 se establece una *remisión genérica a los efectos que establecen los ordenamientos internos* para la violación de normas de carácter imperativo, efectos entre los que puede considerarse, según se explica en los comentarios, la nulidad «*de pleno derecho*»<sup>59</sup>. También se señala, para los casos en que la norma imperativa no establezca expresamente los efectos de su infracción, se dice que «*las partes podrán ejercitar aquellos remedios de naturaleza contractual que sean razonables atendiendo a las circunstancias*» y entre ellos, «*el derecho de tratar el contrato como carente de todo efecto*»<sup>60</sup>. La otra regla que compone esta sección es el art. 3.3.2, que regula el *derecho a la restitución* de la parte que hubiera cumplido un contrato contrario a una norma de carácter imperativo; un punto que puede considerarse como innovador, partiendo de la base que, en los ordenamientos nacionales, la ilegalidad del contrato no suele dar derecho a restitución<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Art. 1.4 Principios UNIDROIT: «Estos principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables, conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado».

<sup>58</sup> En este punto, conviene recordar que en las versiones anteriores de los Principios UNIDROIT (1994 y 2004), si bien se contiene también el capítulo 3 sobre «Validity», se trataba al interior, sin ninguna división interna, los vicios del contrato y sus efectos, especialmente, la posibilidad de anulación del contrato. La versión del 2010 no sólo introduce una nueva estructura el interior del capítulo, dividiéndolo en secciones, sino que introduce *nuevas reglas*. En efecto, en esas versiones anteriores de los Principios UNIDROIT no se regulaban las cuestiones vinculadas a la *ilegalidad o inmoralidad del contrato*, que, de hecho, quedaban expresamente excluidas, junto con la falta de capacidad [art. 3.1 (*Matters not covered*) idéntico en ambos textos: «These Principles do not deal with invalidity arising from (a) lack of capacity; (b) lack of authority; (c) immorality or illegality»]. En el comentario del art. 3.1 Principios UNIDROIT (1994), se señala que «This article makes it clear that not all the grounds of invalidity of a contract to be found in the various national legal systems fall within the scope of the Principles». La razón de la exclusión de estos aspectos, como se explica en el mismo comentario «lies both in the inherent complexity of questions of status, agency and public policy and the extremely diverse manner in which they are treated in domestic law. In consequence, matters such as *ultra vires*, the authority of an agent to bind its principal as well as the authority of directors to bind their company, and the illegal or immoral content of contracts will continue to be governed by the applicable law». Sobre la razón de la introducción de estas reglas sobre ilegalidad en la versión de los Principios UNIDROIT 2010, UNCETA LABORDA plantea que ello se explica porque «en una encuesta que realizó el Instituto de UNIDROIT con el fin de identificar nuevas materias que serían incluidas en la tercera versión de los Principios, una de las cuestiones más demandadas fue, precisamente, la ilicitud. Además, otro de los motivos relevantes para su inclusión fue que esta institución ya había sido incluida en instrumentos jurídicos de la misma naturaleza como los Principios de Derecho Contractual Europeo o en el borrador del Marco Común de Referencia» [(2013) p. 621]. Para una presentación general de la regulación de la ilicitud en los Principios UNIDROIT 2010, incluyendo la explicación de cómo se gestó esta regulación, véase BONELL (2011), quien tiene una valoración general positiva de esta regulación, destacando su flexibilidad.

<sup>59</sup> Comentario 4 del Art. 3.3.1 (GARRO, *Principios UNIDROIT*, pp. 149).

<sup>60</sup> Comentario 5 del Art. 3.3.1 (GARRO, *Principios UNIDROIT* pp. 149-150).

<sup>61</sup> En este sentido, BONELL (2011) p. 536. El art. 44 PLDC 2016 niega la restitución en este caso (*infra* nota 75).

ii. Por su parte, el art. 4:101 PECL, que abre el Capítulo 4 (*Validez*) señala expresamente que «[e]ste capítulo no trata de la invalidez que deriva de la ilegalidad, inmoralidad o falta de capacidad». Pese a ello, hay que tener presente que en los PECL se tratan cuestiones que, tradicionalmente, se vinculan con la nulidad absoluta del contrato (el objeto y las solemnidades). En efecto, el art. 4:102 PECL se refiere a la *imposibilidad inicial y a la falta de facultad de disposición sobre los bienes objeto del contrato*, para indicar que ello no incide en la validez del contrato<sup>62</sup>, y el art. 2:101 PECL, por su parte, expresa que el perfeccionamiento del contrato no requiere escrituración, ni el cumplimiento de ninguna otra formalidad<sup>63</sup>. Por otro lado, no puede perderse de vista que el art. 1:103 PECL admite la posibilidad de contratos *inmorales e ilegales*. Y es más, hay que considerar que la Parte III de los PECL agregó, entre otros, el Capítulo 15, llamado precisamente «*Illegality*», en el que se abordan la cuestión de la ilegalidad del contrato, materia que, como se ha apuntado, había quedado inicialmente excluida de los PECL<sup>64</sup>. En dicho Capítulo 15 PECL se establece, entre otras cosas, que *el contrato no tiene efecto en la medida que sea contrario a los principios considerados fundamentales en los Derechos países miembros* (art. 15:101), y que si el contrato infringe normas imperativas del Derecho que resulte aplicable, se estará a lo que en ese ordenamiento se establezca como consecuencia de la infracción, incluyendo, entre ellas, la posibilidad de que el contrato «*no tenga ningún efecto*» (art. 15:102). Como se puede apreciar, en los PECL, las cuestiones sobre *validez* (entendiéndose aquí la anulabilidad por vicios) e *ilicitud del contrato* quedan tratadas en capítulos separados (el 4 y el 15, respectivamente)<sup>65</sup>.

iii. El DCFR excluye, en principio, de su ámbito de aplicación «*el estado o capacidad de las personas físicas*» [art. I.-1:101(2) DCFR (*Ámbito de aplicación*)]<sup>66</sup>; y se dice expresamente que, para

<sup>62</sup> Véase, *infra*, n. 120.

<sup>63</sup> Art. 2:101 PECL (*Condiciones para la conclusión del contrato*): «(1) Se concluye un contrato si: / a) las partes tenían la voluntad de quedar jurídicamente vinculadas y; / b) Han alcanzado un acuerdo suficiente sin ningún otro requisito. / (2) Un contrato ni necesita ser concluido o probado por escrito ni está sujeto a ningún otro requisito de forma. El contrato puede probarse por cualquier medio incluida la prueba de testigos».

<sup>64</sup> Sobre el punto, explicaban los comentarios oficiales al art. 4.101 que «[f]or the moment, the Principles do not deal with ilegal or immoral contracts. Because of the great variety among the legal systems of Member States as to which contracts are regarded as unenforceable on these grounds, and the very different consequences which follow from this categorisation, further investigation is needed to determine whether it is feasible to draft European Principles on these subjects» [LANDO/BEALE, PECL, p. 227]. Como puede apreciarse, el texto del art. 4.101 PECL es de un tenor similar al art. 3.1 Principios UNIDROIT de sus versiones 1994 y 2004.

<sup>65</sup> El capítulo 15 de los PECL contiene, además, reglas relativas a la invalidez parcial (art. 15:103); y reglas relativas al derecho a obtener una restitución (15:104) y a obtener una indemnización de daños (art. 15:105); sobre las que aquí no interesa entrar. Para una presentación general del capítulo 15 PECL, y especialmente, sobre su influencia en el modelo del DCFR, véase MACQUEEN (2011).

<sup>66</sup> Se ha dicho «en principio», pues del tenor del artículo se desprende que las reglas del DCFR podrían ser utilizadas, si ellas son modificadas o complementadas, tal como dispone el artículo I.-1.101 DCFR (*Ámbito de aplicación*): «[...] (2) No es su objetivo aplicarse, o aplicarse sin modificación o integración, a los derechos y obligaciones de natu-

la celebración de un contrato, no se requiere cumplir requisitos de forma [art. II.-1:106 DCFR (*Forma*); si bien el propio artículo se coloca en el supuesto de que el acto sea inválido por esta razón]. Por otro lado, el Libro II, sobre *contratos y otros actos jurídicos*, contiene un Capítulo 7 denominado «*Causas de invalidez*». En el artículo II.-7:101 DCFR, ubicado dentro de la *Sección 1 (Disposiciones generales)*, se señala que dicho Capítulo 7 regula los efectos de los vicios del consentimiento, por un lado, y de «*la infracción de los principios fundamentales o las disposiciones imperativas por otro*»<sup>67</sup>. Y en esa misma *Sección*, hay un artículo sobre la imposibilidad original y la falta de facultad de disposición sobre los bienes [art. II.-7:102 DCFR].

Como se puede observar, el DCFR reconoce *dos categorías de invalidez*: la «*anulabilidad*» (el acto es susceptible de ser anulado) y el «*acto nulo*» (que no produce efectos desde su origen)<sup>68</sup>; y las regula en secciones separadas, dentro de un mismo Capítulo, al interior del Libro II (sobre actos y contratos). Sin embargo, no es posible, *a priori*, identificar los conceptos de «*acto anulable*» y de «*acto nulo*» del DCFR con los de «*nulidad relativa*» y «*nulidad absoluta*» de los PLDC 2016, pues tanto la naturaleza y forma en que se entiende que opera la *nulidad absoluta* (*v. gr.* si es, o no, una nulidad de pleno derecho), como su régimen (sus causales y su vinculación con otras situaciones de ineficacia por causas intrínsecas, específicamente, con la llamada «*inexistencia*» del contrato), son todas cuestiones discutidas en los ordenamientos latinoamericanos<sup>69</sup>; y, respecto de las cuales los PLDC 2016 no

---

raleza jurídico-pública, ni tampoco, salvo disposición en contrario, en relación con: (a) el estado o la capacidad de las personas físicas [...]».

<sup>67</sup> Art. II.-7:101 DCFR (*Ámbito de aplicación*): «(1) El presente Capítulo regula los efectos: (a) del error, dolo, amenazas, o la explotación indebida, y/ (b) la infracción de los principios fundamentales o las disposiciones imperativas por otro». Así, el texto del DCFR da un tratamiento más coherente que el de los PECL, al tratar ambas cuestiones bajo un mismo capítulo; tal como se proponía en la versión revisada de los PECL contenida en FAUVARQUE-COSSON/MAZEAUD (2008) p. 583 y ss.

<sup>68</sup> Para el DCFR, «*Anulable*», en relación con un acto jurídico o una relación jurídica, significa que el acto o la relación tiene un defecto que le convierte en susceptible de ser anulado y, por lo tanto, de quedarse sin efectos con carácter retroactivo» (JEREZ, DCFR, p. 480). «*La "anulación"* de un acto jurídico o relación jurídica es el proceso en virtud del cual una de las partes o, en su caso, la autoridad judicial, invoca una causa de invalidez que determina que el acto o la relación, válido hasta ese momento, quede ineficaz con efecto retroactivo desde el inicio» (*ibíd.*, p. 481). «*Nulo*», en relación con un acto jurídico o una relación jurídica, significa que el acto o la relación carece de efectos automáticamente desde el origen» (*ibíd.*, p. 496).

<sup>69</sup> En buena medida, porque estos códigos civiles adoptaron el modelo de nulidades del *Code civil* francés. En efecto, si bien la explicación que se ofrece en el *Mensaje del Código civil Chileno* en relación con la regulación de la nulidad del contrato es bastante parca, es suficientemente ilustrativa en relación con un aspecto muy importante: la fuente de la regulación. En este sentido, en el *Mensaje*, luego de señalar que «en materia de contratos y cuasicontratos, hallaréis muy poco que no tenga su fuente en la legislación actual, que es lo más, o en la autoridad de algún código moderno, en especial el francés, o en la doctrina de alguno de los más eminentes jurisconsultos»; se dice: «[s]obre la nulidad y rescisión de los contratos y demás actos voluntarios que constituyen derechos, se ha seguido de cerca el código francés ilustrado por sus más hábiles expositores». De ahí que ello haya dado lugar a las mismas discusiones que se plantearon en la doctrina francesa, incluyendo el problema de determinar cuál es la sanción en caso de que falte un elemento esencial del acto, partien-



parecen adoptar ninguna una solución en particular, como se muestra en la segunda parte del trabajo.

[21] Por otro lado, parece posible *descartar*, en relación con la *estructura* del Capítulo 3 de los PLDC 2016, alguna posible influencia de las propuestas de modernización de los Códigos civiles tenidas en cuenta por el *Grupo*. En efecto, y pese a que en ellas se reconocen y regulan dos clases de nulidad, no es posible hallar ni en la propuesta española (PMCC)<sup>70</sup> ni en la francesa (*Propuesta Terré*)<sup>71</sup> un esquema similar al del Capítulo 3 de los PLDC 2016. Igualmente, puede descartarse la posible influencia del modelo del *Código de Bello*, pues en éste no hay divisiones al interior del Título que trata de la nulidad<sup>72</sup>. La misma afirmación puede hacerse en relación con el otro importante modelo tenido a la vista por el *Grupo*, el *Proyecto de Código Civil y Comercial argentino*, pues, aunque en éste existen divisiones al interior del título dedicado a la nulidad, su estructura tampoco es coincidente con la adoptada en los PLDC 2016<sup>73</sup>.

[22] Continuando con la estructura de la regulación, otro aspecto particular de los PLDC 2016 es que se regulan los «vicios del contrato» y «la nulidad» en *capítulos separados* [de los vicios se trata en el Capítulo 2 (*Formación del contrato*), Sección 4 (*De los vicios de la voluntad*)]. Ello configura *otra diferencia* con los otros textos sobre principios de Derecho contractual. Tanto en los Principios UNIDROIT como en los PECL se regulan, *en un mismo*

---

do de la base que la nulidad absoluta requiere regla expresa; discusiones que subsisten hasta el día de hoy. Sobre este punto, respecto del cual no es posible profundizar en este lugar, véanse los informes de los países latinoamericanos recogidos en PIZARRO WILSON (2012): en particular, respecto del *Derecho argentino*, pp. 66 y ss.; respecto del *Derecho brasilero*, pp. 158 y ss.; respecto del *Derecho colombiano*, pp. 247 y ss.; respecto del *Derecho chileno*, pp. 316 y ss.; respecto del *Derecho paraguayo*, pp. 433 y ss.; respecto del *Derecho uruguayo* 512; y respecto del Derecho venezolano, pp. 593 y ss.

<sup>70</sup> La PMCC dedica un capítulo a la nulidad y anulación, que carece de divisiones internas; y en él se regulan tanto la *nulidad* (que es de pleno de derecho) como la *anulabilidad*, y sus causales [Libro IV (*De las obligaciones y los contratos*) Título 2 (*De los contratos*); Capítulo IX (*De la nulidad y anulación de los contratos*), arts. 1296 a 1309 PMCC].

<sup>71</sup> En la *Propuesta Terré*, se proponía incluir una *Section 6*, denominada *Des sanctions*, que estaba dividida en tres secciones. La primera de esas secciones trataba de la nulidad [§ *De la nullité* (arts. 78 a 88)], no contenía divisiones internas, y se trataba tanto la nulidad absoluta (*nullité absolue*) como la relativa (*nullité relative*). Conviene destacar que la idea de conservar la distinción entre nulidad absoluta y relativa fue un punto discutido en el proceso de reforma del Derecho francés de obligaciones [sobre ello, véase HOUTCIEFF (2008b) p. 223].

<sup>72</sup> Y lo mismo puede decirse en relación con los códigos civiles de Colombia y Ecuador, respecto de los títulos, capítulos o secciones que esos códigos dedican a la nulidad (véase *supra*, notas 20 y 21).

<sup>73</sup> En efecto, la regulación de la nulidad se sitúa en varias secciones del capítulo sobre *Ineficacia de los actos jurídicos*» (Capítulo 9 del Título IV del Libro I); específicamente en las secciones 2.<sup>a</sup> (*Nulidad absoluta y relativa*), 3.<sup>a</sup> (*Nulidad total y parcial*), 4.<sup>a</sup> (*Efectos de la nulidad*) y 5.<sup>a</sup> (*Confirmación*).

capítulo, todas las cuestiones vinculadas a la «validez» (entendiendo aquí la anulabilidad) del contrato, esto es, se regulan tanto *sus efectos* como *sus causas* (los vicios del consentimiento: el error, el dolo, la intimidación, y la ventaja injusta o excesiva desproporción)<sup>74</sup>. En este punto en particular, los PLDC 2016 se acercan más a la aproximación del *Código de Bello*, que también trata *separadamente* los *vicios de la voluntad* [dentro del Libro IV, Título II (*De los actos y declaraciones de voluntad*), arts. 1445 y ss.] de la nulidad, que, como ya se ha indicado, se regula en el Título XX del mismo Libro, arts. 1681 y ss. (*supra* [7]).

[23] Finalmente, creo que la estructura interna de las distintas secciones que componen el Capítulo 3 PLDC 2016 merece algún comentario crítico.

Por un lado, la sola lectura de sus disposiciones revela que hay artículos que parecen mal ubicados, por estar fuera de la Sección en la que naturalmente deberían estar. Por ejemplo, el art. 41 PLDC 2016 describe, en su primera parte, las causales de nulidad absoluta y, por tanto, en esa parte, podría quedar mejor ubicado en la Sección 1 (Nulidad absoluta). El mismo art. 41 PLDC 2016, en su segunda parte, contiene una referencia a la legitimación activa para demandar la nulidad relativa, regla que quedaría mejor ubicada en la Sección 2 (Nulidad relativa), que contiene un artículo cuyo epígrafe es precisamente «Legitimación». El art. 44 PLDC 2016 (Imposibilidad de restitución), que está dentro de la Sección 1 (Nulidad absoluta) contiene, en realidad, una regla relativa a los efectos de la nulidad absoluta de modo que quedaría mejor ubicado en la Sección 3 (Efectos)<sup>75</sup>. También parece mal ubicado el art. 47 PLDC 2016, que está dentro de la Sección 2 (Nulidad relativa), porque en ese artículo se distingue entre nulidad total y parcial, y la nulidad parcial bien podría ser una nulidad absoluta (en mi

<sup>74</sup> El Capítulo 3 de los Principios UNIDROIT se denomina «Validez», y se compone de un total de veintitrés artículos, organizados en tres secciones: Sección 1 («Disposiciones generales»; arts. 3.1.1 a 3.1.4); Sección 2 («Causales de anulación»; arts. 3.2.1 a 3.2.17) y Sección 3 («Illicitud»; arts. 3.3.1 y 3.3.2). En los PECL, esas mismas materias se regulan en un mismo Capítulo 4 («Validez»), que carece de divisiones internas, y que está compuesto por diecinueve artículos (arts. 4:101 a 4:119). Aunque, ya se ha dicho, las cuestiones relativas a la nulidad absoluta se regulan en capítulo separado (Capítulo 15 PECL). En el DCFR, las cuestiones vinculadas a la validez del contrato se abordan al interior del Libro II (*Contratos y otros actos jurídicos*), en el Capítulo 7 (*Causas de invalidez*), cuya estructura interna es relativamente similar –no idéntica– a las del Capítulo 3 de los Principios UNIDROIT. Este capítulo también se divide en tres secciones. La primera Sección contiene unas «Disposiciones generales» (arts. II.-7.101 y II.-7.102 DCFR). La Sección 2 trata los «Vicios del consentimiento» (arts. II.-7.201 a II.-7.216). La Sección 3 se denomina «Vulneración de principios fundamentales o de normas imperativas» (arts. II.-7:301 a II.-7:304 DCFR).

<sup>75</sup> Art. 44 PLDC 2016 (*Imposibilidad de restitución*): «No habrá lugar a restituciones a favor de quien sabía o debía saber el vicio de nulidad absoluta». Conviene apuntar que, al interior de Grupo, se ha planteado discusión en torno al interés de mantener esa regla.

opinión, este artículo, por tanto, quedaría mejor ubicado en la *Sección 3*, sobre los efectos de la nulidad).

Creo oportuno señalar, que en la versión de los PLDC 2017, ese art. 47 PLDC 2016 ha sido *removido de la sección sobre nulidad relativa* y se ha trasladado a la primera parte del *Capítulo 3* (entre las «disposiciones generales»), sin modificar su contenido<sup>76</sup>. El art. 47 PLDC 2016 (*Nulidad total o parcial*) dispone: «(1) Si se pronuncia la nulidad de una o varias cláusulas de un contrato, éste subsistirá con las restantes, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez debe pronunciar la nulidad íntegra del contrato<sup>77</sup>/ (2) En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el tribunal podrá adaptar el contrato observando las exigencias de la buena fe»<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> El cambio de ubicación de esta regla es consecuencia de las críticas y comentarios realizados a los PLDC 2016 durante las Jornadas celebradas en Madrid el año 2016; críticas que el Grupo consideró en la reunión de agosto de 2016.

<sup>77</sup> Consta en las actas de la discusión del *Grupo*, que la fuente de ese inciso primero del art. 47 PLDC 2016 es la *Ley sobre protección de los derechos de los consumidores de Chile* (Ley 19.496). La referencia debe entenderse hecha al art. 16A de la Ley 19.496 [«Declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, éste subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración»]. Aunque en las actas del *Grupo* se reconoce en ese artículo la fuente de la regla, el alcance del art. 47 PLDC 2016 es más amplio, porque el artículo 16A de la Ley 19.496 se refiere (por la remisión al artículo 16 de la Ley 19.496) a la sanción de *cláusulas abusivas en contratos de consumo*.

En todo caso, la inclusión de una regla sobre el efecto de la nulidad de una cláusula (nulidad parcial) no puede considerarse original en los PLDC, pues la regla está recogida en otros modelos tenidos en vista por el *Grupo*, por ejemplo, en el art. 3.2.13 Principios UNIDROIT [«Si la causa de anulación afecta sólo a algunas cláusulas del contrato, los efectos de la anulación se limitarán a dichas cláusulas a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias, no sea razonable conservar el resto del contrato»]; y en términos similares, en el art. 4:116 PECL (*Anulación parcial*) y art. II.-7:213 DCFR (*Anulación parcial*). En todos esos textos, la regla se incluye al interior de la regulación de la anulabilidad por vicios, no en las secciones o capítulos sobre nulidad por ilegalidad o inmoralidad (nulidad absoluta). En parte, ello permite explicar que en los PLDC 2016 se incluya dentro de la sección de *nulidad relativa*; de hecho, la regla estaba ya considerada en los PLDC 2014, aunque con un tenor diferente, mucho más parecido a la formulación que tiene en los Principios UNIDROIT (el artículo señalaba «La nulidad de una cláusula no afecta a las otras, a menos que el contrato no pueda subsistir sin cumplir su finalidad, atendidas las circunstancias del caso»). La recogía también la *Propuesta Terré*, en su art. 86 [«Lorsque la cause de nullité affecte seulement une clause du contrat, elle emporte nullité de l'acte entier si cette clause a été un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une de parties./ Toutefois, le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien./ Les mêmes règles s'appliquent au cas où la nullité n'affecte qu'une partie de l'acte»]. La *propuesta Terré* consagraba así la nulidad parcial, que ya era admitida por la jurisprudencia [HOUTCIEFF (2008b) p. 229]. En fin, no puede sino compartirse la afirmación de que es una regla «muy generalizada la que [...] opta por el llamado principio de conservación del negocio jurídico, plasmado en viejo apotegma *utile per inutile non vitiatur*» [DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES MORENO (2002) p. 242]. Por último, en esta misma línea, conviene apuntar que, pese a que el Código civil chileno no regula la nulidad parcial, la doctrina admite esta posibilidad [sobre ello, véase ELORRIAGA DE BONIS (2010)].

<sup>78</sup> La posibilidad de *adaptación del contrato*, a la que se refiere el inciso segundo del art. 47 PLDC 2016, no está expresamente consagrada en el artículo 16A de la Ley

Por otro lado, hay artículos cuyo contenido no se corresponde con su leyenda. Por ejemplo, el art 43 PLDC 2016, en la *Sección 1, sobre nulidad absoluta*, se denomina «*Legitimación*», pero su *primera parte* no contiene propiamente una regla sobre legitimación, sino que se refiere a las facultades del juez en relación con la declaración de la nulidad<sup>79</sup>. Algo similar puede decirse en relación con el art. 46

19.496; de hecho, este artículo 16A parece excluir toda intervención del juez [aunque se ha sostenido que, en la práctica, los tribunales chilenos han ejercido tal facultad; MOMBORG URIBE (2013) pp. 21-22]. Por tanto, la fuente material de esta regla habría que buscarla en otras regulaciones, tenidas a la vista por el *Grupo*. Así, por ejemplo, la Ley 24.240, sobre *Normas de Protección y Defensa de los Consumidores*, de Argentina, cuyo artículo 36 establece la obligación del prestador de servicios financieros de incluir en el contrato una serie de datos, cuya omisión da derecho al consumidor «a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas» y se dice, a continuación, que «[c]uando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario». En el mismo sentido, el artículo 37 de la mentada Ley 24.240 establece que «En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario». Y también el artículo 44 de la Ley 1480 de 2011 (*Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor*), de Colombia, que señala, sobre los efectos de la nulidad o de la ineficacia en el caso de cláusulas abusivas: «*La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces./ Cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente*». La facultad de integrar el contrato, considerando los intereses de las partes, estaba también presente en el *Proyecto de CCyCArg*, y se recoge en el artículo 389 CCyCArg (*Nulidad total y parcial*) inciso 3: «*En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes*». Sobre el particular se ha señalado que, aun cuando el Código civil y comercial argentino «ha tomado en cuenta el principio de separabilidad de las distintas cláusulas, al igual que el [antiguo] art. 1039», resulta que, en este aspecto concreto (el del deber de integración del acuerdo por parte del juez), «la disposición contiene una novedad» [BENAVENTE (2015b) pp. 595-596]. La facultad del juez de integrar el contrato se encontraba también en el art. 83 del Texto refundido de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, de España (TRLGDCU), que disponía: «*1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas./ 2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva./ A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario./ Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato*». Este artículo fue modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo (publicada el 28/03/2014, en vigor a partir del 29/03/2014) que elimina esa facultad de los jueces; desde entonces el art 83 TRLGDCU prescribe: «*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*». Sobre las razones de esta reforma, y en particular sobre la modificación del art. 83 TRLGDCU, véase MORO ALMARAZ (2014) pp. 13-14.

<sup>79</sup> Art. 43 PLDC 2016 (*Legitimación*): «La nulidad absoluta debe ser pronunciada por el juez, aun sin mediar petición de parte./ Puede también ser alegada por cualquier interesado, aunque no haya sido parte del contrato». Como se puede apreciar, en realidad se contienen en este artículo *dos reglas* (una en cada párrafo o inciso), y sólo la segunda de

PLDC 2016, en la *Sección 2*, que también se denomina «*Legitimación*», y cuyo *segunda parte* contiene una regla sobre convalidación y prescripción, que, desde luego, no tiene nada que ver con la «*legitimación*»<sup>80</sup>. Estos dos últimos ejemplos sirven, de paso, para plantear *otra crítica*, ahora, a la forma en que se construyen algunos artículos, en los que *no existe conexión lógica entre lo dispuesto en las partes, incisos o párrafos que los componen*. Otro ejemplo: el art. 50 PLDC se denomina «*Efectos de la nulidad*», lo que *no* es indicativo del contenido del artículo, considerando, por un lado, que la *Sección 3*, donde se sitúa, se denomina precisamente así (*De los efectos de la nulidad*), y por otro, que los artículos 51 y 52 PLDC 2016, en esa misma *Sección 3*, también regulan efectos de la nulidad.

En fin, por todo lo dicho, y más allá de lo que pueda decirse en relación con el fondo de la regulación sobre la nulidad de los PLDC 2016, en mi opinión parece bastante claro que *el texto requeriría una revisión formal*.

### III. SEGUNDA PARTE. LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA

[24] En esta parte del trabajo interesa examinar las *causales de nulidad absoluta* en el sistema de los PLDC 2016. Ello supone analizar, *en primer lugar*, el artículo 41 PLDC 2016, que es el único que se refiere a las causas de nulidad absoluta. En *segundo lugar*, se aborda la pregunta acerca de *otras posibles causas de nulidad absoluta*, no consideradas expresamente en el artículo 41 PLDC 2016.

#### 1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 41 PLDC 2016

##### a) **La función del artículo 41: el reconocimiento de la nulidad absoluta y relativa**

[25] El art. 41 PLDC 2016, que abre el Capítulo 3, dispone: «*Los contratos que contravienen la ley, el orden público o las bue-*

---

ellas puede considerarse, estrictamente, una regla de legitimación. La primera de ellas (la que se contiene en el inciso primero) es una regla relativa al rol del juez en relación con la declaración de nulidad absoluta. El epígrafe del artículo, en consecuencia, *no da cuenta de su contenido*, y por ello, convendría modificarlo; o bien, separar, en dos artículos, las reglas que contiene el artículo 43 PLDC 2016.

<sup>80</sup> Art. 46 PLDC 2016 (*Legitimación*): «*La nulidad relativa sólo puede ser alegada por las personas en cuyo beneficio se establece./ Puede ser saneada por convalidación y por la prescripción de la acción*».

*nas costumbres adolecen de nulidad absoluta. Son de nulidad relativa los contratos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección de ciertas personas».*

[26] Lo primero que conviene apuntar es que el texto del art. 41 PLDC 2016 básicamente *reproduce el tenor del artículo 386 del nuevo Código civil y comercial de Argentina*<sup>81</sup>. De ahí que el art. 41 PLDC 2016 comparta, con dicho artículo, algunos defectos de redacción; y a ellos hay que añadir *otros defectos* que resultan del trasvase de una norma contenida en un Código a un texto de naturaleza diversa («de principios») sin la necesaria adaptación.

Sobre este punto, en mi opinión, la redacción del art. 41 PLDC 2016 *requeriría una revisión formal*, al menos sobre estos tres aspectos:

i. La oración que sigue al punto seguido –«*Son de nulidad relativa los contratos*»– no tiene sentido: los contratos no pueden «ser» de nulidad. Se requeriría, al menos, reemplazar la palabra «*son*» por «*adolecen*» (si se quiere mantener la terminología empleada en la primera parte del artículo 41 PLDC 2016). Vale la pena destacar que el art. 41 PLDC 2016 modificó la redacción del art. 368 CCyCArg (que incurre en el mismo error formal) pero, curiosamente, lo hizo sólo respecto de su primera parte.

ii. La segunda oración del artículo 41 PLDC 2016 («*son de nulidad relativa los contratos a los cuales la ley impone esta sanción*») es poco clara: ¿a qué se refiere el artículo con «*esta sanción*»? De la redacción del texto, solo puede referirse a la nulidad relativa, porque el artículo no se ha referido a la nulidad en general, ni se ha dicho antes que la nulidad sea una sanción [luego, una lectura posible parece ser esta: «*son de nulidad relativa los contratos a los cuales la ley impone la nulidad relativa solo en protección de ciertas personas*»; lo cual obviamente sería una tautología].

iii. La referencia a que es «*la ley*» la que impone la sanción de nulidad relativa debería ser modificada, pues no parece que sea posible, en este aspecto, reproducir sin más el tenor del art. 368 CCyCArg. En concreto, el problema es que los propios PLDC 2016 establecen causales de nulidad relativa, y obviamente, los PLDC 2016 no pueden considerarse «*ley*».

[27] Como se puede observar, los PLDC 2016 *no ofrecen propiamente una definición de la nulidad del contrato*. Sin embargo, en sí mismo, ello no parece criticable. Y no solo porque, como recoge el conocido aforismo, «*en Derecho civil, toda definición es*

---

<sup>81</sup> Art. 386 CCyCArg: «Criterio de distinción. Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas».

*peligrosa*»<sup>82</sup>, sino porque ello refleja la *aproximación generalizada de los Códigos civiles latinoamericanos*, que *tampoco definen propiamente «la nulidad»*<sup>83</sup>. Sin perjuicio de lo dicho en el punto ii del numeral [26] anterior, puede admitirse que la última parte del art. 41 PLDC 2016 *aparentemente recoge la idea de que la nulidad, cualquiera que sea, es una sanción*.

Que la nulidad se conciba como una «sanción» en los PLDC 2016 es una idea que ha sido objeto de críticas, *al menos en lo que respecta a la nulidad relativa*<sup>84</sup>. Con todo, la comprensión de la nulidad (absoluta o relativa) como una *sanción* es coincidente con la caracterización tradicional que hace la doctrina chilena de la nulidad, a partir del texto del art. 1681 CCCh<sup>85</sup>.

[28] Por lo que se ha señalado, más que ofrecer una definición de nulidad (lo que no se hace), da la impresión de que la *principal función* del artículo 41 es la indicar que en el sistema de los PLDC 2016 *se reconocen dos clases de nulidad*: la absoluta y la relativa; señalando, además, qué es lo característico de cada una o, si se quiere, cuál es el *criterio de distinción* entre ambas<sup>86</sup>. Pues bien,

<sup>82</sup> Como es sabido, tomado de D. 50.17.202 (de Javoleno): «Omnis definitio in iure civil periculosa est; parum est enim, ut non subverti possit» («*En Derecho civil toda definición es peligrosa, porque es difícil que no pueda ser alterada*») [trad. de GARCÍA DEL CORRAL (1889)].

<sup>83</sup> La lectura de los Códigos civiles latinoamericanos revela que en ellos no se define la nulidad [*cf.*, por ejemplo: CCVen (arts. 1346 y ss.); antiguo CCArg (art. 1037 CC); el nuevo CCyCArg (art. 386 y ss.); CCUrug (art. 1559 y ss.), CCCh (1681 y ss.) y CCCol (art. 1740 y ss.)].

<sup>84</sup> En este sentido, en relación con el texto de los PLDC, se pronunció la profesora Carmen Jerez Delgado, en el Congreso de discusión sobre los PLDC celebrado en Madrid el año 2016, quien «lamentó que en la versión actual, los PLDC se hayan decantado en este punto por respetar la tradición codificada, especialmente, en el hecho de contemplar la nulidad como una «sanción», cuando realmente se trata de un «mecanismo de protección para una de las partes contratantes» y en el hecho de que no se haya admitido finalmente la posibilidad de su ejercicio extrajudicial, mediante notificación» [según se recoge en SAN MIGUEL cit. (n. 1) p. 1001].

<sup>85</sup> Art. 1681 CC: «Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes» [idéntico al art. 1740 CCCol]. A partir de esa descripción, la doctrina chilena, desde muy antiguo, ha considerado la nulidad una «sanción civil». En este sentido, por ejemplo, FABRES explica que la nulidad «es la primera y más importante sanción civil» [(1889) p. 69] y también CLARO SOLAR, quien define nulidad como «la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben para el valor de un acto o declaración de voluntad según su especie y la calidad o estado de las partes» [(1939) p. 580]. También conceptualizan la nulidad como una sanción, ALESSANDRI BESA, en su clásico tratado sobre la nulidad, afirmando que «[d]e las disposiciones mencionadas [el autor se refiere a los artículos 10 y 1681 del Código civil chileno] se desprende que la nulidad es una sanción civil con que la ley castiga las infracciones que se cometan al celebrarse un acto jurídico, y puede ser definida como la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes» [(2010), t. 1, p. 19].

<sup>86</sup> De hecho, el art. 368 CCyCArg, que es, como se ha dicho, la *fuerza directa* del art. 41 PLDC 2016, tiene un epígrafe que es, precisamente ese: «Criterio de distinción». Explicando el contenido del art. 368 CCyCArg, en los comentarios oficiales se expresa que

como se ha apuntado, y más allá de que la redacción del art. 41 PLDC 2016 pueda parecer algo confusa, el *criterio de distinción que subyace* parece ser el de *qué, o a quién, se busca «proteger»* con la nulidad del contrato. Mientras que la nulidad absoluta busca proteger a «*la ley, el orden público y las buenas costumbres*», la nulidad relativa buscaría «*solo*» proteger a «*ciertas personas*». De ahí que, en opinión de Fenoy Picón, los PLDC 2016 «adoptan, en parte, lo que viene conociéndose como una visión (una teoría) moderna de las nulidades, en la cual la calificación de la nulidad como absoluta o relativa depende del interés protegido por la norma infringida (general/particular)»<sup>87</sup>. Esta idea puede estimarse consistente con la comprensión de la doctrina (chilena, colombiana y argentina), acerca del *distinto fundamento de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa*<sup>88</sup>.

**b) Las causales de nulidad absoluta contenidas en el art. 41 PLDC 2016: la contravención a la ley, al orden público y a las buenas costumbres. El objeto ilícito y la causa ilícita.**

[29] La primera parte del artículo 41 PLDC 2016 señala que «[l]os contratos que contravienen la ley, el orden público o las buenas costumbres adolecen de nulidad absoluta [...]»; ello, en clara sintonía con lo dispuesto en el artículo 5 PLDC 2016 (Libertad de contratación), que establece: «Las partes son libres para celebrar contratos y determinar su contenido, no siendo contrario a derecho o al orden público».

---

«la nulidad absoluta procede cuando el interés inmediatamente vulnerado es el interés general [...]. La nulidad relativa –en cambio– está instituida en beneficio de las personas que resultan perjudicadas por un acto viciado y es viable en los casos en que el defecto afecte el interés individual» [BENAVENTE (2015b) p. 592].

<sup>87</sup> FENOY PICÓN (2017) p. 605.

<sup>88</sup> En el *Derecho chileno*, por todos, ALESSANDRI BESA: «Conviene desde luego precisar el fundamento en que descansa la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa o rescisión, que no es otra que la gravedad de la infracción cometida en la ejecución o celebración del acto o contrato, gravedad que, a su vez, depende del requisito que se ha omitido, o, en términos más generales, de la infracción cometida./ Así tenemos que hay requisitos que miran al orden público, es decir, a los cuales la ley le atribuye tanta importancia que su omisión produce la nulidad absoluta [...] por eso se dice que se trata de una nulidad que asegura la protección de intereses superiores a los intereses privados [...]./ Frente a la absoluta está la nulidad relativa o rescisión, que, como su nombre lo indica, afecta sólo a algunas personas, habiendo sido establecida en su favor como una protección legal [...] las causas que producen la nulidad relativa son omisiones de requisitos de menor importancia» [(2010) pp. 100-101]. En el *Derecho colombiano*, por ejemplo, «la doctrina enseña que la nulidad absoluta ha sido establecida previendo el caso de ausencia de los requisitos que la ley exige para proteger debidamente los intereses del orden público; la relativa, en cambio, para la falta de requisitos que se exigen para proteger los intereses particulares de los negociantes» [ROJAS GONZÁLEZ (2001) p. 276]. Respecto del *Derecho argentino*, valga lo dicho *supra*, nota 86.



[30] En mi opinión, el principal problema que plantea la formulación del art. 41 PLDC 2016 es cómo ha de interpretarse la expresión «*contravención a la ley, orden público o buenas costumbres*». La cuestión, desde luego, no es baladí, pues, en atención a lo dispuesto por el artículo 43 PLDC 2016, la nulidad absoluta puede ser alegada por *cualquiera que tenga interés en ello*<sup>89</sup>, y además *debe ser declarada por el juez, sin necesidad de que sea alegada*<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> El artículo 43 PLDC 2016 es claro en cuanto a que *no se requiere ser parte del contrato; de modo que la pregunta acerca de quién puede pedir la nulidad está resuelta: tanto las partes como los terceros*. El problema de fondo, entonces, es determinar *qué clase de interés debe argüirse*, dado que, en este punto, los PLDC 2016 guardan silencio. Para dar respuesta, puede resultar relevante considerar la interpretación que se ha hecho de la exigencia de «*tener interés*» que contiene el art. 1683 CCCh. La posición tradicional y mayoritaria, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia chilena, es que *ese interés debe ser patrimonial* [en este sentido, por ejemplo, CLARO SOLAR (1939) p. 606; ALESSANDRI BESA (2010) pp. 518-519; y RODRÍGUEZ GREZ (1995) p. 210]. Sin embargo, esa conclusión ha sido criticada por algunos autores, sobre la base de, al menos, tres argumentos. El primero es que, defender la idea de que el interés debe ser patrimonial resulta contradictorio con la afirmación, que hace toda la doctrina, de que el fundamento de la nulidad absoluta es la protección de la ley, la moral y las buenas costumbres. El segundo argumento es que el Derecho privado, y particularmente, el contractual, reconoce y protege intereses no patrimoniales; por tanto, no se observa porque habría de estar limitado ese interés. El último argumento es de orden histórico: en síntesis, en todos los proyectos de código civil se requería expresamente que el interés del tercero fuera patrimonial; el cambio puede ser interpretado en el sentido de que no se quiso limitar el interés al patrimonial [DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2002) pp. 269-273]. En mi opinión, el hecho de que en los PLDC 2016 no hayan zanjado la cuestión podría ser leído en el sentido de que no ha querido cerrarse la puerta a la posibilidad de que los terceros pudieran alegar un interés no patrimonial; aunque, otra vez, no hay constancia de que la omisión sea consciente.

Hay otras cuestiones sobre la *noción de interés* que no están expresamente resueltas en los PLDC 2016, sobre las que no es posible profundizar aquí. Una de ellas se refiere al momento en que tal interés debe existir. Es evidente, y así se desprende del tenor del art. 43 PLDC 2016, que se trata de un *interés actual*, en el sentido de que debe existir *al momento de alegar la nulidad*. El problema consiste en determinar si se requiere que, *además*, ese interés existiera ya al momento de la celebración del contrato cuya nulidad se alega. En la jurisprudencia chilena el punto ha sido objeto de discusión, existiendo pronunciamientos de la Corte Suprema en uno y otro sentido [CORRAL TALCIANI (2008) p. 674]. Otra cuestión es que el Código civil chileno priva de la posibilidad de alegar la nulidad, aun cuando pueda acreditarse interés en su declaración, al que «*hubiere celebrado o ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que le invalidaba*», regla que los PLDC 2016 *no reconocen*, y cuya justificación, en todo caso, podría discutirse.

<sup>90</sup> El reconocimiento esta facultad-deber del juez, se encuentra en el art. 1683 CCCh [«*La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato (...)*»]; y por tanto, está presente también en otros Códigos latinoamericanos. Su justificación, entendiendo la doctrina, se encuentra en el orden público. En este sentido, se ha afirmado que «[s]i como se ha dicho, es la ley la que ordena al juez declarar la nulidad absoluta de un contrato, incluso pasando por sobre lo que el actor ha demandado, es porque se entiende que las reglas de nulidad absoluta son de orden público. El juez tiene el deber de hacer respetar tales normas, aunque el propio demandante no lo reclame, sea porque no le interese hacerlo o porque no lo haya advertido. A procesalistas con celo por el debido proceso puede parecerles un exceso que un juez pueda actuar en estos casos al margen del *petitum* de cada parte» [BARAONA GONZÁLEZ (2012) p. 527]. El art. 1683 CCCh parece haber influido en la redacción del artículo 43 PLDC 2016, pero *las reglas respectivas no son idénticas*. En este sentido, creo que la regla de los PLDC 2016 está *mejor formulada*, porque si el juez «*debe*» declarar la nulidad, es superfluo decir que «*puede*» hacerlo. Ahora, más allá de ello (que es simplemente una cuestión de estilo), lo que me interesa destacar es que los PLDC 2016 establecen ese deber

[31] *¿Cuál es «la ley» que el contrato no puede contravenir?* Sobre este punto no consta que haya existido discusión en el *Grupo*. En relación con ello, lo primero que conviene apuntar es que en Latinoamérica no existe una organización político-económica supranacional que pueda considerarse equivalente a la Unión Europea; luego, *no existe un Derecho propiamente latinoamericano* (como el que puede predicarse existente en Europa, por ejemplo, a partir de los Reglamentos y Directivas de la Unión Europea)<sup>91</sup>. Pues bien, si la referencia del art. 41 PLDC 2016 a «la ley» no puede ser a una suerte de «ley latinoamericana», entonces el exa-

del juez *sin sujetarlo a ningún requerimiento particular en relación con la forma en que debe constarle el vicio de nulidad*. En el Código civil chileno, como se habrá notado, se establece que el juez puede y debe pronunciar la nulidad absoluta *cuando el vicio de nulidad de que adolece el contrato aparezca de manifiesto en el acto o contrato*. La pregunta que ello plantea es lógica: ¿es necesario, o al menos conveniente, *incorporar en los PLDC tal exigencia?* ¿Es posible entender que se trata de una exigencia implícita? Creo que puede entenderse que la exigencia de que el vicio «*aparezca de manifiesto en el contrato*» es superflua, al menos por *dos razones*. Por una parte, por la naturaleza de las causales de nulidad absoluta recogidas en los PLDC 2016 («*la ley, el orden público o las buenas costumbres*»), cuya presencia surge del solo análisis del contrato, sin necesidad de recurrir a otros elementos. Por otro lado, podría considerarse innecesario explicitar esa exigencia porque si el vicio no consta de forma manifiesta en el contrato, uno podría preguntarse ¿sobre la base de qué podría el juez declarar la nulidad absoluta? En todo caso, revisando las actas de las reuniones del *Grupo*, no existe constancia de que haya existido discusión al interior del *Grupo* sobre este aspecto; y por ende, no puede aventurarse que esa falta de mención, en el artículo 43 PLDC 2016, haya sido intencional.

<sup>91</sup> En este punto, no puede sino compartirse la afirmación de que «[l]a integración económica de Latinoamérica es en la práctica una irrealidad, por lo menos en el corto plazo» [TITO AÑAMURO (2013) p. 264]. Esto no quiere decir que no hayan existido, ni existan en la actualidad, algunos acuerdos, organizaciones y tratados internacionales cuya finalidad está orientada a una cierta organización de los Estados americanos, aunque, hay que insistir, sin alcanzar el nivel de integración que supone la Unión Europea. Esas iniciativas no solo son varias, sino que ellas se superponen, tanto en sus fines (que suelen combinar la puesta en práctica de modelos de desarrollo económico, con la cooperación política y social) como en su ámbito espacial (varios países son miembros o asociados de más de una de ellas). Entre las principales de esas iniciativas, podemos señalar el Mercado común del Sur (MERCOSUR); La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR); La Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA); La Alianza del Pacífico y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC). A ellas hay que sumar la Organización de Estados Americanos (OEA) en la que, además de los Estados latinoamericanos, participan EE. UU. y Canadá, y que realiza una importante labor en lo que respecta a la búsqueda de una unificación o armonización del Derecho privado, a través de sus Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP). Sin embargo, pueden considerarse plenamente vigentes las palabras de una autora que hace ya varios años, afirmaba: «[l]amentablemente, pocas de las Convenciones adoptadas en sus Conferencias llegan a ser ratificadas por todos los países o aún por una cantidad significativa de ellos, aunque existen grandes éxitos como el de la Convención sobre arbitraje comercial internacional y sobre régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero» [MEREMÍNSKAYA (2003) p. 65]. Una muestra concreta de lo que acusa dicha autora, y de interés específico para la armonización en materia de Derecho de contratos, es la *Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales*, suscrita en México D. F., el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V), y que, a la fecha, solo han ratificado México y Venezuela. Un acabado trabajo de exposición y análisis de todas esas iniciativas de integración latinoamericana, con énfasis en su contexto histórico-político, en PAMPILLO BALIÑO (2014).

men de licitud del contrato podría suponer un ejercicio de contraste con *la ley de un Estado en particular*. A diferencia de otros artículos de los PLDC 2016 (por ejemplo, el art. 40, *infra* [39]), en el artículo 41 PLDC 2016 no existe ninguna referencia concreta. La pregunta, entonces, es ¿qué *ley*? ¿La del país de la celebración del contrato? ¿O la ley del país en que se pretende que produzca efectos? ¿O la ley del tribunal que conoce el litigio, o dónde el árbitro tiene su sede? ¿La ley de la nacionalidad de las partes? Los PLDC 2016 pueden descansar en que la respuesta la dé el Derecho internacional privado. *El problema, sin embargo, es que en Latinoamérica no existe un único cuerpo de reglas en esta materia al cual se pueda acudir*<sup>92</sup>. Como sea, podría sostenerse que no parece que se quiera limitar la expresión *ley* (entendiendo aquí *normas imperativas*) a las leyes internas de los países latinoamericanos, o a las de un país en particular. Al menos eso es lo que resulta si el art. 41 PLDC 2016 se lee en sintonía con lo dispuesto en el artículo 2 PLDC 2016 (*Orden público y normas imperativas*), que establece: «*Estos Principios no restringen la aplicación de las normas imperativas y la actuación de los principios protegidos por el orden público, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resultaren aplicables conforme a las normas de Derecho internacional privado*» (destacado añadido).

[32] También hay nulidad absoluta, según el artículo 41 PLDC 2016, en caso de que el contrato contravenga el *orden público*. Determinar qué debe entenderse por *orden público resulta todavía más difícil*, porque se trata de una noción *vaga*, con la que se hace referencia a «un conjunto de principios morales, religiosos, políticos, sociales y económicos sobre los que reposa, en un momento

<sup>92</sup> Aunque no es posible profundizar sobre este punto, vale la pena destacar que en el ámbito americano existe una *Convención Americana de Derecho Internacional Privado*, conocida como el *Código de Bustamante*, que fue discutida y acordada por varios países americanos (no solo latinoamericanos) en el Sexto Congreso Panamericano celebrado en Cuba en el año 1928. El *Código de Bustamante* contiene reglas sobre actos y contratos [Libro Primero (*Derecho Civil internacional*); Título IV (*De las obligaciones*)]. Y entre las reglas relativas a los «Contratos en general» (Capítulo II; arts. 175 y ss.) se contienen disposiciones relativas a la rescisión y a la nulidad. Ahora, aun cuando esta Convención es, compartiendo las palabras de GARRO, «[s]in duda que el esfuerzo unificador más comprensivo y de mayor alcance territorial en América Latina», hay que tener presente, como el propio autor señala, que «la apariencia de uniformidad de su extenso articulado se desvanece cuando se reparara en las concesiones excesivas al derecho local y en la cantidad y la amplitud de las reservas de las cuales fue objeto» [(1992) p. 18]. En efecto, si bien este *Código de Derecho internacional Privado* es Derecho vigente en algunos países [en Chile, por ejemplo, por *Decreto n. 374 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 10 de abril de 1934*, publicado en el Diario Oficial de 25 de abril de 1934], se trata de un texto que ha tenido *muy poca aceptación*: no solo fue aprobado con un gran número de reservas (Chile también las hizo), sino que países como Argentina y Colombia, simplemente *no lo ratificaron*, prefiriendo regirse por otras reglas de Derecho internacional privado. Para una síntesis de esta y de otras iniciativas en la misma dirección, véase SUÁREZ SÁNCHEZ (2012), especialmente, pp. 62-70.

histórico dado, la organización de una sociedad y le permite a esta desenvolverse correcta y adecuadamente»<sup>93</sup>. Nuevamente, no es claro si la referencia al orden público debe entenderse al orden público de cada uno de los países latinoamericanos, sobre la base de determinar el ordenamiento que resulte aplicable, o si (en cambio, o además) debe entenderse hecha a una suerte de «orden público latinoamericano». Que exista un «orden público latinoamericano» es, desde luego, una afirmación aventurada. Sin embargo, hay que tener en cuenta que existen varios tratados internacionales sobre *derechos fundamentales*, que tienen su origen en el Continente americano y cuyo ámbito de aplicación es precisamente ese espacio regional, y que han tenido una amplia aceptación. Este es el caso, por ejemplo, de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, conocida también como *Pacto de San José de Costa Rica* (en adelante CADH)<sup>94</sup>. Así, podría ser admisible afirmar la existencia de ciertos «principios de orden público» latinoamericano<sup>95</sup>, partiendo de la base que ellos son, al menos teóricamente, aceptados y compartidos por la generalidad de los países de ese espacio geográfico<sup>96</sup>. Creo que es posible sostener, en apoyo de ello, el transcrito art. 2 PLDC, que parece vincular la noción de «orden público» a la de «principios», y lo hace sin limitarlo al ámbito interno, admitiendo que existen principios «internacionales» y «supranacionales».

[33] La noción de «*buenas costumbres*», que también menciona el artículo 41 PLDC 2016, es tanto o más *vaga* que la de orden

<sup>93</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ/SOMARRIVA UNDURRAGA (2011) t. I, p. 211. En el mismo sentido, RODRIGUEZ GREZ sostiene que orden público es «un conjunto de normas y principios jurídicos que se inspiran en el supremo interés de la colectividad, y que son esenciales para asegurar el correcto funcionamiento de ésta en determinado momento histórico, por lo que no pueden derogarse por los particulares» [(1995) p. 235].

<sup>94</sup> La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* fue suscrita en la Conferencia americana sobre Derechos humanos realizada en San José de Costa Rica en noviembre de 1969. Ella entró en vigor el 18 de julio de 1979. Ha sido ratificada por todos los países de Sur América, la mayoría de los países de Centro América, y por México.

<sup>95</sup> En el caso de la CADH, por ejemplo, a partir del reconocimiento del derecho y respeto por la vida (art. 1 CADH); el derecho a la integridad personal (art. 2 CADH); la prohibición de esclavitud y servidumbre (art. 3 CADH); libertad personal (art. 4 CADH); a ciertas garantías judiciales (art. 5 CADH); la protección a la honra y la dignidad (art. 11 CADH); el derecho a la propiedad privada (art. 21 CADH); el derecho de circulación y residencia (art. 22 CADH), a la igualdad ante la ley (art. 24 CADH), por sólo mencionar algunos.

<sup>96</sup> Esto es, más allá (o con independencia) de la efectividad que a esos principios pueda reconocerse en los distintos países del continente [no es lugar para dar opiniones políticas; apunto, simplemente, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emite todos los años un *Informe Anual*, en el que se abordan, entre otras materias, aspectos relativos al «*Desarrollo de los derechos humanos en la Región*» y que el lector interesado puede consultar (en el informe del año 2016, se encuentra en el Capítulo IV, pp. 515-716). El informe está disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2016/indice.asp> (consulta: 15/6/2017)].

público (a la que, por lo demás, muchas veces se asocia)<sup>97</sup>; y por su propia naturaleza, es *relativa*, en el sentido de que varía no sólo de un lugar a otro, sino también en el tiempo. Se trata, entienden los autores, de «comportamientos habituales y comunes de los miembros de una sociedad que se ajustan a la moral imperante en esta»<sup>98</sup>. No creo que sea posible afirmar que exista algo así como unas «buenas costumbres latinoamericanas». En todo caso, y más allá de la discusión acerca de su significado, creo que la inclusión de «las buenas costumbres» en el artículo 41 PLDC 2016, como una causal de nulidad absoluta, es un elemento que *amplía* las posibilidades de discutir la validez de un contrato, y lo hace *sobre unas bases poco claras*.

[34] Más allá de lo dicho hasta ahora, conviene destacar que el art. 41 PLDC 2016 no contiene una referencia expresa al «*objeto ilícito*», aun cuando los propios PLDC 2016, en su artículo 38 (1), señalan que *el contrato debe tener un objeto lícito*. Pese a ello, el objeto ilícito es *fácilmente subsumible* en la causal genérica de nulidad absoluta del artículo 41 PLDC 2016, por una razón muy simple: los propios PLDC 2016 señalan expresamente que es ilícito el objeto «*prohibido por la ley, contrario a las buenas costumbres o al orden público*» [art. 38 (2) PLDC 2016]. Entonces, resulta evidente que un contrato que tiene un objeto ilícito en los términos del art. 38 PLDC 2016, es un contrato que, precisamente por esa razón, adolece de nulidad absoluta en los términos del art. 41 PLDC 2016. Esa conclusión puede extenderse también a la «*causa ilícita*» [art. 39 (2) PLDC 2016: «*La causa del contrato debe ser lícita*»], admitiendo que, a falta de una noción de causa ilícita, puede entenderse que es ilícita la causa que contraviene la ley, el orden público o las buenas costumbres, en una lectura sistemática con el mentado art. 38 (2) PLDC 2016; o bien, recurriendo a la noción de causa ilícita que recogen los códigos latinoamericanos<sup>99</sup>. Por ello, me parece que, pese que el art. 41 PLDC 2016 no señala que *adolecen de nulidad absoluta* los contratos que tienen *objeto ilícito* y *causa ilícita*, el sistema de los PLDC 2016, en relación con estos dos requisitos, *tiene coherencia interna*.

Y además, es sustancialmente consistente con la aproximación del Código civil chileno y otros códigos latinoamericanos. En efec-

<sup>97</sup> En este sentido, en relación con los ordenamientos europeos, véase el estudio de Derecho comparado sobre la noción de orden público y buenas costumbres que se ofrece en FAUVARUQUE-COSSON/MAZEAUD (2008) p. 122 y ss.

<sup>98</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ/SOMARRIVA UNDURRAGA (2011) t. I, p. 65.

<sup>99</sup> El art. 1467 inc. 2 CCCh define expresamente «causa ilícita»: «*Se entiende [...] por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público*» (idéntico al art. 1524 inc. 2 CCCol; art. 1288 CCUrug; art. 1483 inc. 2 CCEcu).

to, la *contravención a la ley, al orden público o a las buenas costumbres* son circunstancias que el Código civil chileno y otros códigos latinoamericanos consideran causal de *nulidad absoluta*, precisamente a través de la exigencia de que el contrato tenga un *objeto lícito y una causa lícita*<sup>100</sup>.

[35] Un último aspecto que parece interesante destacar es que si, como se desprende del tenor del art. 41 PLDC 2016, la *sola* infracción de la ley, del orden público o las buenas costumbres *determina la nulidad absoluta del contrato* (como una consecuencia *necesaria*), entonces puede sugerirse que la aproximación de los PLDC 2016, en relación con la exigencia de *licitud* del contrato, resulta, en cierto sentido, *más estricta* que la de otros conocidos textos sobre Principios de Derecho contractual (PECL/DCFR y Principios UNIDROIT), en los que, frente a supuestos de contravención de normas imperativas, o de principios de orden público, se otorga un considerable grado de *discrecionalidad al juez, en relación con las consecuencias de esa infracción*.

i. En el modelo PECL/DCFR, la *nulidad* del contrato puede derivar tanto de la «*infracción de principios considerados fundamentales en el ordenamiento de los Estados miembros de la Unión Europea*», como de «*la infracción de una norma imperativa*», pero la nulidad (o privación total de efectos desde el comienzo; «*void*») *no es una consecuencia necesaria*.

En efecto, *en el primer caso* (infracción de «*principios considerados fundamentales*»), esa consecuencia se produce solo si la anulación del contrato es necesaria para que el principio (infringido por

---

<sup>100</sup> Art. 1445 CCCh: «*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1.º que sea legalmente capaz; 2.º que consenta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3.º que recaiga sobre un objeto lícito; 4.º que tenga una causa lícita*» [destacado añadido]. Por su parte, el art. 1682 CCCh señala: «*La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato*». Los artículos 1145 y 1682 CCCh son idénticos a los artículos art. 1502 y 1741 CCCol; a los arts. 1445 y 1698 CCEcu; y prácticamente idénticos a los arts. 1261 y 1560 CCUrug. El Código civil de Paraguay, por su parte, sanciona con nulidad absoluta el acto o contrato que tenga «*objeto ilícito o imposible*» [art. 357 b) CCParag]. A diferencia de lo que ocurre con la noción de «*causa ilícita*», que está definida [véase nota anterior], el *Código de Bello* no define al objeto ilícito, sino que señala casos de objeto ilícito (art. 1462 CCCh y ss.). A partir de las exigencias del objeto (art. 1461 CCCh) y esos casos de objeto ilícito, la doctrina chilena suele definir objeto ilícito en los mismos términos que la causa ilícita, es decir, como «*aquel que es contrario a la ley, las buenas costumbres y el orden público*», asimilándolo a la expresión «*moralmente imposible*» [sobre la comprensión de la noción de objeto ilícito, con indicación de las diferentes posiciones en la doctrina chilena, véase ALESSANDRI BESA (2010) t. I, pp. 136-138].

el contrato) sea efectivo [art. II.-7:301 DCFR y art. 15:101 PECL, aunque en este último artículo es menos claro]<sup>101</sup>.

En el *segundo caso* (infracción de una «norma imperativa») la consecuencia es la que establezca la propia norma imperativa, y si no se establece nada, una posible sanción es la nulidad, pero *no es la única*, pues el juez podría declarar que el contrato es válido, o modificar el contrato o sus efectos, atendidas las circunstancias [art. 15:102 PECL y art. II.-7:302 DCFR]<sup>102</sup>.

<sup>101</sup> El art. II.-7:301 DCFR dispone: «*Un contrato se considera nulo si: (a) infringe algún principio considerado como fundamental en el ordenamiento de los Estados miembros de la Unión Europea; y (b) su anulación es necesaria para que dicho principio sea efectivo*». Como explican los redactores, la función del subpárrafo (b) es dejar claro que el contrato será nulo *sólo si ello es necesario para que el principio sea efectivo*, partiendo de la base que «muchas infracciones a esos principios podrían no justificar la nulidad del contrato» [Comment B, VON BAR/CLIVE, DCFR full].

El Art. 15:101 PECL (*Contracts Contrary to Fundamental principles*) señala: «*A contract is of no effect to the extent that is contrary to principles recognized as fundamental in the laws of the Member States of the European Union*». Como se puede apreciar, en los PECL se evita la expresión «nulo» (void), y se utiliza en cambio la idea de que el contrato «no tiene efecto» («is of no effect»), lo que marca una diferencia entre los PECL y el DCFR [INFANTE RUIZ/OLIVA BLÁZQUEZ (2009) p. 40]. Por otro lado, no es claro cuál es la interpretación que ha de darse a la expresión «to the extent» del art. 15:101 PECL, de modo que la regla podría tener un alcance distinto a la del art. II.-7:301 DCFR. En relación con este punto, hay que considerar que, aun cuando los propios redactores de los PECL señalan que el solo hecho de que el contrato infrinja un principio fundamental determina que no produzca efecto alguno en forma automática [«contracts which infringe fundamental principles are automatically ineffective» (LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN, PECL III, p. xxxi)], el propio art. 15:103 PECL admite que existe nulidad parcial en caso de ilicitud, de modo que puede entenderse que el contrato puede ser nulo solo en la parte que afecta al principio fundamental, acercándose, de esa forma, al sentido del art. II.-7:301 DCFR. Sobre el alcance de esta regla, incluyendo la cuestión acerca de qué ha de entenderse por principios fundamentales, véase STORME (2006) pp. 40-42 e INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ (2009) pp. 40-41.

<sup>102</sup> El Art. 15:102 PECL (*Contracts Infringing Mandatory Rules*), prescribe: «(1) *Where a contract infringes a mandatory rule of law applicable under Article 1:103 of these Principles, the effects of that infringement upon the contract are the effects, if any, expressly prescribed by that mandatory rule./ (2) Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement upon a contract, the contract may be declared to have full effect, to have some effect, to have no effect, or to be subject to modification./ (3) A decision reached under paragraph (2) must be an appropriate and proportional response to the infringement, having regard to all relevant circumstances, including: (a) the purpose of the rule which has been infringed; (b) the category of persons for whose protection the rule exists; (c) any sanction that may be imposed under the rule infringed; (d) the seriousness of the infringement; (e) whether the infringement was intentional; and (f) the closeness of the relationship between the infringement and the contracts*».

Por su parte, el Art. II.-7:302 DCFR (*Contratos que infringen normas imperativas*) prescribe, en términos muy similares: «(1) Cuando un contrato no se considere nulo en virtud de los dispuesto en el artículo anterior, pero infrinja una norma imperativa, los efectos de tal infracción respecto de la validez del contrato serán los que, en su caso, vengan expresamente establecidos en tal norma imperativa./ (2) Cuando en dichas norma imperativa no se prescriban expresamente los efectos de su infracción respecto de la validez del contrato, el juez podrá: (a) declarar que el contrato es válido; (b) anular total o parcialmente el contrato con efecto retroactivo; (c) modificar el contrato o sus efectos./ (3) Las decisiones adoptadas de acuerdo con lo dispuesto en el apartado (2) deberán ser adecuadas y proporcionales respecto de la infracción de la norma, y deberán tener en cuenta todas las circunstancias pertinentes, entre ellas: (a) la finalidad de la norma infringida; (b) la clase de personas a quienes trate de proteger la norma en cuestión; (c) las sanciones que la norma impone a los que la infrinjan; (d) la gravedad de la infracción; (e) si la infracción fue intencional; y (f) la mayor o menor relación entre la infracción y el contrato».

ii. A primera vista, la aproximación de los Principios UNIDROIT a la nulidad del contrato *parece algo más estricta* que la del modelo PECL/DCFR, por dos razones. *La primera*, porque da la impresión que el ámbito de aplicación de la Sección sobre «Licitud» [Capítulo 3 (Validez), Sección 3], *se limita al supuesto de la violación de una norma de carácter imperativo que resulte aplicable en virtud del Art. 1.4 de los Principios UNIDROIT*, sin hacer referencia alguna a los «principios fundamentales» (ni a nociones como la moral o a las buenas costumbres); según se desprende del art. 3.3.1 Principios UNIDROIT. Y *la segunda razón*, porque el art. 3.3.1 no considera expresamente la posibilidad de que el juez pueda declarar válido, parcialmente nulo o modificar el contrato<sup>103</sup> (a diferencia de lo que ocurre con los correspondientes arts. II-7:301 DCFR y art. 15.101 PECL).

*Sin embargo*, esa diferencia entre los dos modelos (el de los PECL/DCFR y el de los Principios UNIDROIT) podría *no ser tan relevante*, si se considera, *por un lado*, que la noción de «normas de carácter imperativo» del art. 3.3.1 Principios UNIDROIT no solo incluye «disposiciones legales específicas», sino también «principios generales de orden público no escrito, que sean aplicables de conformidad con las normas pertinentes de derecho internacional privado», como se desprende de los propios comentarios oficiales<sup>104</sup>; y *por otro lado*, que en los comen-

---

<sup>103</sup> Art. 3.3.1 Principios UNIDROIT (*Contratos que violan normas de carácter imperativo*): «(1) *La violación de una norma de carácter imperativo que resulte aplicable en virtud del Artículo 1.4 de estos Principios, ya sea de origen nacional, internacional o supranacional, tendrá los efectos, en el supuesto que los tuviera, que dicha norma establece expresamente.* (2) *Si la norma de carácter imperativo no establece expresamente los efectos que su violación produce en el contrato, las partes podrán ejercitar aquellos remedios de naturaleza contractual que sean razonables atendiendo a las circunstancias.* (3) *Al determinar lo que es razonable, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes criterios: (a) la finalidad de la norma violada; (b) la categoría de personas que la norma busca proteger; (c) cualquier sanción que imponga la norma violada; (d) la gravedad de la violación; (e) si la violación era conocida o debió haber sido conocida por una o ambas partes; (f) si el cumplimiento del contrato conlleva la violación; y (g) las expectativas razonables de las partes.*».

<sup>104</sup> Comentario 2 del art. 3.1.1 (GARRO, *Principios UNIDROIT*, p. 146). En este mismo sentido BONELL, comentando la regla del art. 3.1.1 Principios UNIDROIT, y el ámbito de aplicación de la respectiva sección, explica: «[t]his is definitely a step backward compared to earlier drafts that had also covered "contracts contrary to principles widely accepted as fundamental in legal systems throughout the world", but upon closer examination the difference between the two approaches is less significant than might appear at first sight. First of all, because fundamental principles sanctioned at universal or regional level by international conventions or other instruments are increasingly enacted by States by means of special legislation, thereby automatically falling into the category of "mandatory rules applicable under Article 1.4". Second, as pointed out in the revised Comments to Article 1.4, the notion of "mandatory rules" is to be understood in a broad sense so as to cover not only specific statutory provisions but also unwritten general principles of public policy of the applicable domestic law(s), including those of international or supranational origin; not only this, but as was recalled in the course of the discussion within the Working Group, there are countries where also specific provisions laid down in international conventions are directly applicable even in the absence of ratification of those conventions simply because they are automatically incorporated in the respective domestic laws. Finally, unlike domestic courts that are traditionally and still predominantly bound to apply only mandatory principles and rules that are part of domestic laws, in the context of international commercial arbitration arbitral tribunals, lacking a predetermined *lex fori* inclu-



tarios oficiales se admite que, un remedio posible, sea la *modificación del contrato*<sup>105</sup>.

## 2. OTRAS POSIBLES CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA, DISTINTAS DE LAS CONTEMPLADAS EN EL ART. 41 PLDC 2016

[36] En los sistemas *nacionales*, suele entenderse que la nulidad es una *sanción de derecho estricto*, lo que quiere decir que debe interpretarse restrictivamente y que no cabe su aplicación por analogía («no hay nulidad sin texto»)<sup>106</sup>. Si ese principio se aplica a los PLDC 2016, el tenor literal de su artículo 41 llevaría a concluir que *solo puede declararse la nulidad absoluta en el caso de que el contrato contravenga la ley, las buenas costumbres o el orden público*. La conclusión de ello es que, en el sistema de los PLDC 2016, esas son las únicas *causales de nulidad absoluta* (subsumiendo, según lo dicho, el objeto ilícito y la causa ilícita).

[37] El problema de asumir esa premisa es, que se plantea la pregunta por la sanción o consecuencia que acarrea *la omisión de ciertos requisitos que los propios PLDC 2016 exigen al contrato*, según se desprende, por un lado, de su artículo 9 (*Elementos del contrato*) y por otro, de la lectura de la Sección 5 (*Objeto, causa y solemnidades*; arts. 38 a 40 PLDC 2016). Parece claro, como ya se ha sugerido, que la inclusión de esos elementos, que no estaban presentes en los PLDC 2014, obedeció a un cambio de enfoque respecto de la finalidad del proyecto de *los Principios*, y que esos elementos se introdujeron con el afán de dar un tratamiento más completo y sistemático al tema de la existencia y validez del contrato; lo que se asumió –hay que destacarlo– no sin tensión al interior del *Grupo*<sup>107</sup>.

Conviene transcribir esas reglas, sin perjuicio de la referencia que, a cada una de ellas, se hace más adelante.

---

ding the relevant conflict-of laws rules, enjoy greater discretion as to the mandatory rules to be applied» [(2011) pp. 523-524].

<sup>105</sup> Comentario 6 (h) del art. 3.3.1 [GARRO, *Principios UNIDROIT*, p. 155].

<sup>106</sup> DUCCI CLARO (2010) pp. 336 y 350.

<sup>107</sup> Ello consta no sólo de las actas de las reuniones del *Grupo*, sino que, además, fue puesto de relieve por el profesor Íñigo de la Maza (Universidad Diego Portales, miembro chileno del *Grupo*), durante su intervención en el Congreso sobre los *Principios* del año 2016 en Madrid, precisamente en relación con la introducción de los elementos del contrato [SAN MIGUEL PRADERA (2016) pp. 996-997].

Art. 9 PLDC (*Elementos del contrato*): «Son elementos esenciales para la formación del contrato el consentimiento, el objeto y la causa».

Art. 38 PLDC (*Objeto del contrato*): «(1) El objeto del contrato debe ser determinado o determinable, posible y lícito [...]».

Art. 39 PLDC (*Causa del contrato y de la obligación*): «(1) Toda obligación requiere una causa. Aunque no se exprese, se presume que existe mientras no se prueba lo contrario (...)».

Art. 40 PLDC (*Forma y solemnidad*): «(1) Un contrato será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que lo rige o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de ejecución./ (2) Si las personas se encuentran en Estados distintos al momento de la celebración del contrato, el lugar de celebración se entenderá como aquel en el cual el contrato se perfecciona, de conformidad con estos Principios»<sup>108</sup>.

[38] Considerando lo dicho, es posible plantearse la pregunta por la situación en la que, en el sistema de los PLDC 2016, se encuentra un contrato en caso de: *i*) omisión de solemnidades; *ii*) falta de objeto; y *iii*) falta de causa. A ello puede agregarse un cuarto supuesto, que no se desprende directamente de la regulación de los PLDC, pero sí se considera en los ordenamientos nacionales: la falta absoluta de capacidad.

Revisemos, brevemente, la situación de cada uno de estos requisitos.

#### a) **Inobservancia de la forma exigida (solemnidades)**

[39] Lo primero que hay que señalar es que el cumplimiento de solemnidades no aparece enunciado como requisito esencial del contrato, requisitos a los que se refiere el artículo 9 PLDC 2016. Por otro lado, la omisión de las solemnidades, como ya se ha dicho, no es un supuesto que quede comprendido en las causales de nulidad absoluta del artículo 41 PLDC 2016; de hecho, en el capítulo 3 de los PLDC 2016 no se dice nada respecto de la consecuencia de la omisión de las solemnidades. Y a ello hay que agregar que los PLDC 2016 tampoco exigen directamente el cumplimiento de forma alguna para la celebración de los contratos. *Sin embargo*, en los PLDC 2016 *no se consagra*, a diferencia de otros textos sobre

---

<sup>108</sup> Los PLDC 2016 no contienen ninguna regla específica en relación con el lugar en que se entiende perfeccionado el contrato. La única regla a la que podría estar haciendo referencia la última parte del art. 40 PLDC 2016, es el art. 13 PLDC 2016, que señala «*El contrato se entiende perfeccionado en el momento en que la aceptación produce sus efectos, salvo acuerdo de las partes o ley en contrario*»; artículo que, entonces, hay que leer en sintonía con el art. 22 (1) PLDC 2016: «*El contrato se perfecciona en el momento en que la aceptación llega al oferente*».

principios de Derecho contractual, el principio de libertad de forma. Y de hecho, se incluye un artículo que señala expresamente, que el contrato «será válido, en cuanto la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que lo rige, o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución» (art. 40 PLDC 2016).

i. La aproximación de los PLDC 2016, en este punto, supone un cambio en relación con la aproximación de los PLDC 2014. En estos últimos no solo no existía referencia alguna a los requisitos de forma (no había un artículo correspondiente al art. 40 PLDC 2016), sino que se señalaba expresamente que «[l]as partes son libres para celebrar contratos y para determinar su forma y contenido, siempre que no sea contrario al orden público y las buenas costumbres» [Artículo \* (Libertad de contratación)]. Este artículo fue modificado, eliminándose la expresión «su forma» del actual art. 5 PLDC 2016, que recoge la regla [transcrito *supra* [29]]<sup>109</sup>.

ii. Como se puede advertir, el texto de los PLDC 2016 se separa, en este punto, de los otros textos sobre principios de Derecho contractual, que expresamente consagran el principio de «libertad de forma» [art. 1.2 Principios UNIDROIT; art. 101 (2) PECL y art. II.-1:106 (1) DCFR]<sup>110</sup>.

[40] ¿Qué función cumple el art. 40 PLDC 2016, a propósito de la forma del contrato? La respuesta no resulta sencilla. Como el art. 40 PLDC 2016 declara que el contrato «es válido» en los casos referidos (cuando hay cumplimiento de las solemnidades), entonces puede leerse, *contrario sensu*, que el contrato, que no cumple con esos requisitos de forma, «no es válido». Así, en el sistema de los PLDC 2016, la expresión «no es válido» puede ser entendida como una señal de que el contrato tiene un vicio o defecto de validez, y entonces, que estamos frente a una *causal de nulidad absoluta no contemplada en el art. 41 PLDC* (y que, por tanto, convendría agregar al elenco de causales).

*Otra posible interpretación* es entender que esa falta de validez supone que el contrato no produce ningún efecto, es decir, que puede tratarse como *inexistente*, lo cual puede articularse a partir de la exigencia de consentimiento del artículo 9 PLDC 2016<sup>111</sup>;

<sup>109</sup> Nótese, además, la referencia al «orden público y las buenas costumbres» fue modificada por una referencia al «derecho o al orden públicos».

<sup>110</sup> Art. 1.2 Principios UNIDROIT (Libertad de forma): «Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos». Por su parte, el art. II.-1:106 DCFR (Forma) prescribe: «(1) Un contrato o cualquier otro acto jurídico no necesita celebrarse o probarse por escrito, ni está sujeto a ningún otro requisito de forma». En términos similares, el art. 2:101 PECL, transcrito, *supra*, nota 63.

<sup>111</sup> Entender que un contrato al que falta la solemnidad es *inexistente* es dogmáticamente admisible si se considera que el cumplimiento de la solemnidad exigida por la ley es

*pero ello supone, por un lado, admitir la figura de la inexistencia del contrato en el sistema de los PLDC 2016 (siendo plausible sugerir que los redactores no han querido admitir esa figura, habiéndoselo planteado)<sup>112</sup>; y por otro, implica entender que los redactores han querido separarse aquí de la solución del Código de Bello, para el que la omisión de las solemnidades se sanciona con nulidad absoluta<sup>113</sup>.*

Sin perjuicio de lo dicho, creo que *el tenor del art. 40 PLDC 2016 podría interpretarse de otra manera*: que para los PLDC 2016 no puede discutirse la existencia y validez del contrato en la medida que este cumpla, *al menos*, con los requisitos de forma *de alguno de los ordenamientos con los que tiene conexión*. Ello puede defenderse por la utilización del conector alternativo «o» («requisitos establecidos en el derecho que lo rige o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución»). En este sentido, podría interpretarse que un juez no puede declarar la nulidad del contrato sobre la base de que se ha omitido una solemnidad que es exigida por la ley del Estado en el que se celebró, *si dicha solemnidad no es exigida por la ley del Estado en el que, por ejemplo, el acto va a producir sus efectos*. Con todo, leído así, parece el art. 40 PLDC 2016 entrega la decisión sobre la validez del contrato a lo que prescriba el Derecho que resulte aplicable. *Y si esa es su función, entonces podría sugerirse que la regla es innecesaria*, pues la norma de Derecho interno que exija el cumplimiento de una solemnidad ha de ser considerada una *norma imperativa* y, en consecuencia, su aplicación *no puede quedar restringida o excluida* por la aplicación de los PLDC 2016 (art. 2 PLDC, transcrito *supra* [31]). Siendo así, la regla no sería, en lo sustancial, muy distinta de la que se establece en otros textos sobre principios de Derecho contractual, en los que, sin perjuicio de consagrarse la libertad de forma, se admite, como límite, el cumplimiento de las normas imperativas<sup>114</sup>.

---

*la única forma en que se entiende que la voluntad puede ser manifestada*; de modo que, si no se cumple la solemnidad falta un elemento esencial: *el consentimiento*.

<sup>112</sup> Como se ha explicado, en las dos propuestas generadas al interior del *Grupo* (la del *Grupo colombiano* y la del *Grupo argentino*), a partir de las cuales se discutió y construyó el régimen del Capítulo 3 de los PLDC 2016, se recogía la figura de la inexistencia (*supra* [15]); y, pese a ello, el texto de los PLDC 2016 no recogió la inexistencia.

<sup>113</sup> Pese a que, teóricamente, puede admitirse que la falta de solemnidad es una causal de inexistencia, porque el contrato no se perfecciona [véase la nota 111], la omisión de las solemnidades exigidas por la ley es una causal de *nulidad absoluta* en el Código de Bello [véase el art. 1682 CCCh, transcrito *supra* nota 100, que corresponde, textualmente, a los arts. 1741 CCCol; 1560 CCUru, y 1698 CCEcu;]. De hecho, ello es un argumento de texto de la posición que, en la doctrina chilena, rechaza el reconocimiento de la figura de la inexistencia del contrato.

<sup>114</sup> Por ejemplo, en el comentario 3 del art. 1.2 Principios UNIDROIT, que vincula esta regla con la del art. 1.4 Principios UNIDROIT (*Normas de carácter imperativo*)

## b) Falta de objeto

[41] Se ha señalado que los PLDC 2016 *exigen que exista un objeto* (art. 9). Pese a ello, tal como ocurre respecto de la omisión de solemnidades, los PLDC 2016 no contienen una regla específica relativa a los efectos de la *omisión del objeto*. Por otro lado, los PLDC 2016 no solo requieren que haya un objeto, sino que se requiere que el *objeto sea posible* (art. 38). Pero, tampoco existe una regla específica sobre las consecuencias de la *imposibilidad inicial*. El silencio sobre este punto<sup>115</sup> ha de interpretarse en el sentido de que no se ha querido modificar la comprensión tradicional, esto es, que en el sistema de los PLDC 2016, «*impossibilium nulla obligatio est*»<sup>116</sup>, porque esa es la consecuencia natural de la exigencia de que el contrato, *como elemento esencial, tenga un objeto que sea posible*<sup>117</sup>. En este punto, los PLDC simplemente siguen la solución de los códigos latinoamericanos<sup>118</sup>, *separándose de la aproximación adoptada por textos más modernos*, que no solo contienen una regla expresa sobre la imposibilidad originaria, sino que señalan que esa circunstancia no afecta a la validez del contrato.

En efecto, los textos sobre principios de Derecho contractual tenidos a la vista por el *Grupo* se refieren expresamente al supuesto de la imposibilidad inicial para declarar, precisamente, *que esa cir-*

---

[véase, *supra*, nota 57], que, como ya se ha apuntado, es similar al art. 2 PLDC 2016. Se explica, que «[e]l principio de no requerir una forma puede ser dejado de lado, obviamente, en virtud del derecho aplicable [...]. Tanto el derecho nacional como los tratados internacionales pueden imponer requisitos especiales de forma, bien sea al contrato es su conjunto, bien a sus cláusulas individualmente consideradas» [GARRO, *Principios UNIDROIT*, p. 11]. En el DCFR, el propio texto admite que la forma puede ser necesaria, y que su omisión puede conducir a la invalidez del acto, estableciéndose los supuestos en los que, en tal caso, una parte debe indemnizar a la otra [art. II.-1.106 (2) DCFR].

<sup>115</sup> De la lectura de las actas de las reuniones, no parece posible sostener que la omisión de una regla específica sobre el particular sea una decisión *consciente* del *Grupo*. En el *Proyecto Terré*, en cambio, se decidió no tratar el problema de la imposibilidad como causal de nulidad absoluta, aunque no sin discusión, de modo que, en este caso, se trató de una decisión *consciente* [HOUTCIEFF (2008) pp. 190-191].

<sup>116</sup> Para una revisión sobre el origen histórico de esta regla, y su posterior desarrollo, véase ZIMMERMANN (1990) p. 686 y ss. Para una síntesis de las soluciones adoptadas por las codificaciones europeas, con un análisis crítico acerca de la comprensión de la regla «*impossibilium nulla obligatio est*», véase DE ELIZALDE IBARBIA (2017), pp. 1144-1149.

<sup>117</sup> Y también, podría sostenerse esa consecuencia a partir de la exigencia de una causa, en la medida que puede entenderse que si el objeto es inicialmente imposible, *falta también la causa de la contraprestación* [comentario I del art. 3.1.3 Principios UNIDROIT (GARRO, *Principios UNIDROIT*, p. 105)].

<sup>118</sup> Art. 1461 CCCh: «*No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género [...]. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza [...]*»; correspondencia en el art. 1518 CCol. La regla es común también en los códigos de Centro América y el Caribe [*cf.* art. 627 y 631 de CC de Costa Rica; arts. 1599 y 1601 del CC de República Dominicana; 1564 de Honduras; 1827 del CC de México; y art. 832 de CC de Nicaragua].

*circunstancia no afecta a la validez del contrato* [Art. 3.1.3 (1) Principios UNIDROIT (*Imposibilidad inicial*)<sup>119</sup>; y art. 4:102 PECL (*Imposibilidad originaria*), que también recoge el art. II.-7:102 DCFR (*Initial impossibility or lack of right or authority to dispose*)<sup>120</sup>]. Esta es también la aproximación que adoptó el BGB tras la reforma de 2002<sup>121</sup>; y es también la solución que adopta la PMCC, modificando la actual solución del Código civil español (art. 1272 CC español en conexión con el art. 1261.2 CC español)<sup>122</sup>.

<sup>119</sup> Art. 3.1.3 (1) Principios UNIDROIT (*Imposibilidad inicial*): «No afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída». En los comentarios oficiales se dice que se adopta esta solución, poniendo de relieve que ella es contraria a lo que se establece en numerosos sistemas jurídicos, y que se siguen las tendencias más modernas [GARRO, *Principios Unidroit*, p. 114].

<sup>120</sup> Art. 4:102 PECL (*Imposibilidad originaria*): «Un contrato no es inválido por el mero hecho de que en el momento en que se concluyó el cumplimiento de la obligación asumida fuera imposible o una de las partes careciera de facultades de disposición sobre los bienes a los que el contrato se refiera». Comentando esta regla, Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO sostienen que la adopción de ella, contraria, como se ha dicho, a la solución tradicional, puede sostenerse a partir de dos ideas. La primera, es que la regla *ad impossibilia nemo tenetur* (a lo imposible nadie está obligado), «a primera vista parece una regla lógica y de buen sentido», pero que, «como tantas veces ocurre, esconde decisiones de política jurídica de cuya justicia cabe, en cuanto se reflexiona un poco, dudar, pues puede ocurrir que no sea la mejor manera de resolver los conflictos de interés que esconde la nulidad a la que lleva entre nosotros el art. 1272». Y la segunda, que «es muy posible también que la máxima *ad impossibilia nemo tenetur* sea una indebida simplificación, generaliza en momentos tardíos, sin haber sido especialmente acuñada en el Derecho romano clásico». En este punto, los autores, siguiendo a Betti, explican que la regla no se entendía con un alcance general, y más aún, cuando el vínculo obligatorio no se mira como un deber de comportamiento sino que supone mirar al deudor como un garante de una expectativa [(2002) pp. 220-221]. La misma regla se recoge en el Art. II.-7:102 DCFR (*Imposibilidad inicial o falta de derecho o legitimación para disponer*): «Un contrato no es inválido, en todo o en parte, simplemente porque en el momento en que se concluye resulta imposible el cumplimiento de la obligación asumida, o porque una de las partes no tiene derecho o legitimación para disponer de los bienes objeto del contrato».

<sup>121</sup> En efecto, antes de la reforma del BGB, la imposibilidad inicial determinaba la invalidez del contrato, recogiendo la regla de la *impossibilium nulla est obligatio* [§ 306 BGB en su redacción antigua: «Un contrato dirigido a una prestación imposible es nulo»; trad. MELÓN INFANTE (1955)]. Hoy, tras la reforma, la imposibilidad inicial no afecta a la validez del contrato [según el § 311a (1) BGB (*Impedimento de la prestación a la conclusión de un contrato*): «No afecta a la eficacia de un contrato que el deudor, de acuerdo con el § 257, apartados 1 a 3, no deba realizar un prestación [sic] y que el impedimento de la prestación se produzca antes de la conclusión del contrato»; trad. LAMARCA MARQUÈS (2008)]. Sobre este cambio, véase ZIMMERMANN (2005) pp. 46-47.

<sup>122</sup> El art. 1272 CC español señala que «No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles» y el art. 1261.2 CC español, que «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: [...] 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato». La PMCC, inspirada en la idea de «facilitar la existencia del contrato o el hecho de que éste se considere celebrado desde el punto de vista jurídico» [*Exposición de motivos* de la PMCC, VI] modifica esta regla, y en sintonía con los textos de Derecho contractual más modernos, se establece que «No afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes objeto del mismo» (art. 1303 PMCC). Así, en la PMCC, la imposibilidad inicial no se concibe como una causal de nulidad del contrato por falta de objeto; siendo, como señala GÓMEZ CALLE, «evidente, en este punto, la proximidad de la PMCC con el DCFR» [(2012 (1) p. 52]. Para un estudio del artículo 1303 de la PMCC, y su contraste con los modernos textos de Derecho contractual, y con el Derecho español vigente, FENOY PICÓN (2010) pp. 100-116, y RIBOT IGUALADA (2015).

[42] La exigencia de los PLDC 2016 de un objeto *posible*, considerado como elemento *esencial* del contrato, plantea, otra vez, la pregunta acerca de si no convendría indicar expresamente que la sanción, en tal caso, es la *nulidad absoluta*, considerando que la inexistencia del contrato parece haber sido descartada por el *Grupo*. *Sin embargo*, hay que tener presente que, a diferencia de lo que ocurre con la omisión de solemnidades exigidas por ley, *en el supuesto de la falta de objeto es difícil identificar un interés general que justifique la aplicación de la nulidad absoluta del contrato* (considerando, además, su estricto régimen: legitimación de cualquiera que tenga interés; deber del juez de declararla de oficio). Y de ahí que, como ha propuesto Fenoy Picón, podría sostenerse un «posible camino interpretativo alternativo» para afirmar que la sanción, en el caso de la imposibilidad inicial del objeto, sea la *nulidad relativa*. La autora explica que «la subsunción en la nulidad relativa podría justificarse en que ese es el régimen jurídico que corresponde aplicar, según el artículo 41, segunda regla, PLDC [que señala que la nulidad relativa procede] «solo en protección del interés de ciertas personas»<sup>123</sup>; aunque de inmediato la autora admite que «la interpretación de la nulidad absoluta es más respetuosa con la tradición de los códigos civiles latinoamericanos»<sup>124</sup>.

En todo caso, lo que se acaba de señalar es sin perjuicio de ciertos *casos* en los que la imposibilidad originaria del objeto *podría* resolverse a través de la *nulidad relativa*, como lo ha sugerido De la Maza Gazmuri<sup>125</sup>. *Tales serían los casos en los que haya existido error de ambas partes en relación con este punto (la posibilidad del objeto), y siempre que ese error cumpliera los requisitos para que el contrato pueda ser anulado* (en virtud de lo dispuesto en los arts. 28 y 29 PLDC 2016). *En mi opinión*, la posibilidad de admitir la nulidad relativa en un supuesto de imposibilidad inicial mediante el recurso a la doctrina del error, es algo *razonable y justificado* en aquellos sistemas en los que se rechaza que la imposibilidad inicial afecte la validez del contrato, tal como ocurre en los PECL. En efecto, en el sistema de los PECL, «la regla de que el contrato celebrado sobre una prestación originalmente imposible no es nulo por esa razón, no significa que la vinculación del deudor a la prestación imposible sea incondicionada. Naturalmente, un contrato celebrado sobre una prestación imposible puede ser anulado por error común a las dos partes contratantes, siempre, lógicamente, que concurren

<sup>123</sup> FENOY PICÓN (2017) p. 607. Como da cuenta la propia autora, tal opinión había sido expuesta previamente, en las Jornadas de Discusión sobre los PLDC, celebradas en Madrid el año 2015, y así lo recoge SAN MIGUEL PRADERA (2016) pp. 999-1000.

<sup>124</sup> FENOY PICÓN (2017) p. 608.

<sup>125</sup> Según se recoge en SAN MIGUEL PRADERA (2016) p. 997.

los demás requisitos para que el error sea considerado como relevante»<sup>126</sup>. Pero, tratándose del sistema de los PLDC 2016, me parece, *si uno quiere construir un sistema coherente*, que habría que *concluir* que el hecho de que se haya incurrido en un error sobre la posibilidad de la prestación es *irrelevante*, porque *la posibilidad del objeto es un requisito esencial del contrato*, y porque, dado que la nulidad relativa requiere intervención judicial (ya se ha dicho que no se admite la anulación extrajudicial por notificación, *supra* [17]), *el juez*, si se acredita durante el juicio la imposibilidad inicial (alegándose la nulidad relativa por error), *podría (y debería) declarar de oficio la nulidad absoluta*.

En los otros textos sobre *Principios de Derecho contractual* (Principios UNIDROIT, PECL, DCFR), la afirmación de que la validez del contrato no se ve afectada por la imposibilidad inicial *se extiende al caso de que no se tenga facultad o poder de disposición respecto del bien objeto del contrato* [Art. 3.1.3 (2) Principios UNIDROIT<sup>127</sup>; y los ya citados 4:102 PECL y II.-7:102 DCFR<sup>128</sup>]. Los comentarios que acompañan a esos textos sugieren que hay razones más convincentes que en el caso de la imposibilidad inicial para entender que el contrato *es válido*<sup>129</sup>. Con todo, hay que considerar que la razón de explicitar tal regla puede hallarse en que algunos sistemas jurídicos establecen la nulidad del contrato de compraventa celebrado bajo tales circunstancias<sup>130</sup>; o bien, no dicen nada al respecto<sup>131</sup>. La omisión de los PLDC 2016 en este

<sup>126</sup> Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES MORENO (2002) p. 223

<sup>127</sup> Art. 3.1.3 (2) Principios UNIDROIT: «*Tampoco afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato*».

<sup>128</sup> Véase *supra*, nota 120.

<sup>129</sup> Comentario 2 del art. 3.1.3 [GARRO, *Principios UNIDROIT*, p. 115]. En el mismo sentido, los redactores del DCFR señalan, explicando esta regla, que «*is an even more clear case where it would be bad policy to preclude the formation of a contract. It might be perfectly possible for the seller to obtain the asset, or to acquire authority to dispose of it, by the time the obligation to transfer ownership falls to be performed. In practice many contracts are entered into in relation to assets which do not yet exist but which are expected to exist by the time when the obligation falls to be performed*» [Comment del art. II.-7:102 (VON BAR /CLIVE, *DCFR full*, p. 482)].

<sup>130</sup> Art. 1599 *Code civil*: «*La vente de la chose d'autrui est nulle: elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui*». Como explica PASQUAU LIAÑO, «la jurisprudencia [francesa] ha aclarado que se trata de una nulidad relativa, en favor del comprador, y que el contrato puede convalidarse si, antes del ejercicio de la acción de nulidad, desaparece el riesgo de evicción porque, por ejemplo, el vendedor haya adquirido la propiedad de la cosa vendida», y agrega a continuación que «este precepto es totalmente coherente con el sistema consensualista de transmisión de la propiedad: si la transmisión es el efecto directo del contrato, la falta de legitimación, es decir, de poder de disposición, es una irregularidad *ab initio* que impide la producción de los efectos contractuales y, por tanto, debe ser considerada como causa de nulidad» [(2008) p. 380].

<sup>131</sup> En España, por ejemplo, no hay solución expresa, y el punto «ha ocasionado algunos quebraderos de cabeza» [DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES MORENO (2002) p. 224]. Para una revisión crítica de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales en relación con esta cuestión, con un análisis de los diferentes supuestos que se distinguen en doctrina, véase RAGEL SÁNCHEZ (2012).



punto puede explicarse porque en la tradición *latinoamericana* tal aclaración resulta *innecesaria*; el Código de Bello y también otros códigos latinoamericanos establecen expresamente que «*la venta de cosa ajena vale*»<sup>132</sup>, conservándose, en este punto, la tradición romana, tal cual fuera recogida en *Las Partidas*, y en contra de la regla que recogió el Código civil francés<sup>133</sup>.

### c) Falta de causa

[43] Los PLDC 2016 requieren que el contrato tenga una causa (arts. 9 y 39), tal como exigen los códigos latinoamericanos, que siguieron, en este punto, al *Code civil*<sup>134</sup>. Se separan, por tanto, de la aproximación de textos más modernos, en los que no se recoge este requisito<sup>135</sup>, y del propio *Code civil*, en el que, tras su reforma de 2016, ha desaparecido (al menos, desde un punto de vista formal)<sup>136</sup>. Tal como en los supuestos analizados anteriormente,

<sup>132</sup> Art. 1815 CCCh: «*La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo*»; la misma formulación se encuentra en el art. 1871 CCCol; y en términos muy parecidos, en el art. 1754 CCEcu y en el art. 1669 CCUrg. Por su parte, el art. 743 CCParag señala: «*Los bienes ajenos pueden ser objeto de la compraventa. Si en el momento del contrato la cosa vendida no era de propiedad del vendedor, este está obligado a procurar su adquisición al comprador*». En términos similares, el art. 1132 CCyCArg dispone: «*La venta de la cosa total o parcialmente ajena es válida, en los términos del artículo 1008. El vendedor se obliga a transmitir o hacer transmitir su dominio al comprador*».

<sup>133</sup> Sobre la validez y eficacia de la venta de cosa ajena en el Derecho chileno, con una revisión de las bases históricas de la regla, véase DE LA MAZA/TORRES URZÚA (2015).

<sup>134</sup> Véase, *supra*, nota 100; en relación con la exigencia de una causa lícita, como elemento del acto. Por otro lado, el *Código de Bello* reitera, en su artículo 1467, que «*No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato [...] Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa [...]*» (idéntico al 1524 CCCol y 1483 CCEcu; cuyo contenido corresponde, sustancialmente, al de los arts. 1131 a 1133 del *Code civil* de 1804). La existencia de causa es exigida, en términos parecidos, en otros códigos latinoamericanos [arts. 1287-1290 CCUrg y arts. 281-283 CCyCArg].

<sup>135</sup> Así, por ejemplo, el art. 3.1.2 Principios UNIDROIT señala: «*Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional*». Este artículo, según los comentarios oficiales, tiene por objeto precisar, entre otras cosas, que no es necesaria «la causa, existente en algunos países de tradición jurídica romanista y que para efectos prácticos funciona de manera muy similar a la *consideration*» [GARRO, *Principios UNIDROIT*, p. 112]. La regla se recoge también, con la misma función, en el art. 2:101 PECL (transcrito, *supra*, nota 63), y también en el art. II.-4:101 DCFR (*Requisitos para la celebración de un contrato*) [Comment E (VON BAR / CLIVE, *DCFR full*, p. 290)].

<sup>136</sup> En este sentido, explica FAUVARQUE-COSSON que si bien el concepto de causa ha desaparecido, su función principal se mantiene, especialmente a través de la noción de ilegalidad y a través de varias disposiciones que mantienen un cierto balance en el contrato. La autora apunta, además, que ello debería introducir una mayor seguridad jurídica, y que, de hecho, la creatividad judicial en relación con la noción de causa es precisamente la razón que explica que el concepto de causa se haya vuelto tan controversial y haya llevado a tanta incertidumbre [(2015) p. 6]. Para un estudio en profundidad sobre el abandono de la noción de causa en el *Code civil*, tras su reforma, véase, por ejemplo, WELLER (2015) y

los PLDC 2016 no establecen cuál es la sanción por la falta de causa, pudiendo ser aplicable lo que se ha dicho en relación con las posibles sanciones por falta de objeto (puede considerarse una causal de inexistencia o de nulidad absoluta). Simplemente conviene apuntar, que la justificación de la conservación de la causa en los PLDC 2016 tiene, como *problema añadido*, el hecho de *que la noción y función de la causa es un aspecto que siempre ha generado una gran discusión en la doctrina*<sup>137</sup>.

#### d) Falta de capacidad

[44] En el *Código de Bello* se establece que, además del objeto ilícito, la causa ilícita y la omisión de solemnidades, hay nulidad absoluta en los actos y contratos celebrados por personas *absolutamente incapaces*<sup>138</sup>. En los PLDC 2016 no se dice nada en relación con la capacidad de las partes, y no parece posible afirmar que la omisión de alguna referencia a esta materia (como una potencial causal de nulidad del contrato) sea una decisión consciente del *Grupo*. Al menos, no existe constancia en las actas de que el punto se haya discutido. En mi opinión, podría considerarse que tal omisión es *inocua*, en la medida que se entienda que el ámbito natural de aplicación de los PLDC 2016 es el tráfico jurídico-comercial *transfronterizo*. Sin embargo, como se ha señalado, la aplicación de los PLDC no se restringe a ese comercio, y alcanza también (o al menos pretende alcanzar) a las relaciones contractuales *internas* [art. 1(1) PLDC 2016]. Por tanto, los PLDC 2016 podrían ser aplicables a un contrato interno, en la medida que las partes se sometieran a esos principios [art. 1(3) PLDC 2016]. ¿Significa ello que podría excluirse, por la aplicación de los PLDC, la incapacidad como una causal de nulidad del contrato? En mi opinión, la respuesta, obviamente, es *negativa*, porque los PLDC «*no restringen la aplicación de las normas imperativas*» (art. 2 PLDC 2016) y las

---

WICKER (2015). Una presentación general sobre el punto, en MOMBERG URIBE (2015) especialmente, p. 131 y ss.

<sup>137</sup> Tanto en el Derecho francés previo a la reforma de 2016 y desde muy antiguo [MOMBERG URIBE (2015) p. 131], como en el Derecho chileno, en el que, básicamente, se reproduce la discusión de la doctrina francesa de finales del siglo XIX sobre la utilidad de la noción causa [una síntesis de las principales posiciones en la doctrina chilena, en ALCALDE RODRÍGUEZ (2007)]. En todo caso, y aun cuando se discute su necesidad y función, en el Derecho chileno la noción de causa ha sido utilizada, precisamente, para declarar nulo, de nulidad absoluta, ciertos contratos, como muestra BARAONA GONZÁLEZ (2012), precisamente, porque no existía en ellos «causa», por lo que, en la práctica, ella se muestra útil.

<sup>138</sup> Art. 1682 CCCh (transcrito, *supra* nota 100); de tenor idéntico a los art. 1741 CCCol; art. 1560 CCUrug; 1698 CCEcu.

normas de los Estados relativas a la capacidad de las personas *son, desde luego, normas imperativas*<sup>139</sup>.

Desde luego, la exclusión de la incapacidad de contratar no es una cuestión que pueda estimarse *novedosa* en el texto de los PLDC 2016. Tanto en los Principios UNIDROIT como en el modelo PECL/DCFR, en los relativos capítulos sobre la nulidad, *se excluye el tratamiento de la incapacidad como causal de nulidad*<sup>140</sup>. En estos textos, sin embargo, la exclusión es *consciente*; se señala expresamente que esa materia se excluye, y en los respectivos comentarios se explica que en relación con ese tema existe una «complejidad inherente» y que ello, sumado al «diverso tratamiento que reciben estas cuestiones en los ordenamientos nacionales aconsejan su exclusión»<sup>141</sup>, y además, «porque es materia más propia del Derecho de personas que del Derecho de contratos»<sup>142</sup>.

#### IV. BREVES REFLEXIONES FINALES

[45] La iniciativa consistente en proponer unos *Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos* es, desde luego, encomiable, y sin duda ha sido beneficiosa en muchos sentidos: ha permitido estrechar lazos institucionales en América Latina, ha fortalecido la colaboración entre los juristas latinoamericanos, y creo, ha puesto de relieve la importancia y conveniencia de considerar las soluciones legales de los países de la región, invitando a la academia a realizar un ejercicio de Derecho comparado que no se limite a mirar lo que se hace en el viejo continente.

[46] Ahora, en relación con el objeto de estudio de este trabajo, no puede perderse de vista que la inclusión en los PLDC 2016 de un capítulo específico sobre la nulidad del contrato, y en particular, la exigencia de los elementos esenciales del contrato y de la figura de nulidad absoluta, *obedecen*, como se ha dicho, *a una decisión tardía* en el desarrollo del trabajo del *Grupo*. Y sin duda ello explica que el *texto propuesto, en relación con esas materias, no parezca ser fruto de un trabajo madurado*. Creo que los defectos forma-

<sup>139</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ/SOMARRIVA UNDURRAGA (2011) t. 1, p. 46-47.

<sup>140</sup> Art. 3.1.1 Principios UNIDROIT: «*El presente Capítulo no se ocupa de la falta de capacidad de las partes*»; Art. 4.101 PECL (*Cuestiones no incluidas*): «*Este capítulo no trata de la invalidez que deriva de la ilegalidad, inmoralidad o falta de capacidad*»; y Art. II.-7:101 DCFR (*Ámbito de aplicación*): «(2) *No regula la falta de capacidad*».

<sup>141</sup> Comentario del art. 3.1.1 Principios UNIDROIT [GARRO, *Principios UNIDROIT*, p. 111].

<sup>142</sup> VON BAR/ CLIVE, *DCFR full*, p. 479; y recogiendo la misma idea, comentando la respectiva regla de los PECL, DIEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES MORENO (2002) p. 219.

les en la redacción de las normas, la forma en que se estructura el capítulo 3 sobre nulidad y la particular articulación de sus reglas, y especialmente, la *inconsistencia* que existe entre la comprensión del contrato (sobre la base de la *exigencia de unos elementos esenciales*) y la regulación de la *nulidad absoluta* (que no se hace cargo de esos elementos), son todos aspectos que pueden explicarse precisamente por esa razón.

[47] A mi juicio, sería deseable una revisión completa de esta materia, comenzando por el artículo 41 PLDC 2016. En este sentido, y más allá de una revisión formal del tenor de ese artículo (que, convendría en todo caso, y que, como se ha indicado, podría realizarse sobre la base de las críticas que en su lugar he apuntado; *supra* [26]); si se pretende conservar la distinción entre la nulidad absoluta y la relativa, quizás lo que convenga sea caracterizar esas dos clases de nulidad a partir de su diferente *fundamento* (la protección del interés público vs. la protección de intereses particulares), que es precisamente lo que, puede llegar a entenderse, está en la base del texto del art. 41 PLDC 2016, como se ha sostenido (*supra* [28]). En una reformulación de esta materia, convendría, además, *dotar de mayor coherencia a la regulación propuesta*. Si el texto definitivo de los PLDC va a conservar finalmente la referencia a los «elementos del contrato» (objeto, causa, el cumplimiento de ciertas solemnidades), y se va a mantener, también, una regulación de la nulidad absoluta, entonces convendría vincular adecuadamente esos dos grupos de reglas, respondiendo con claridad, si la falta del objeto o de la causa son consideradas, en el sistema de los PLDC, causales de nulidad absoluta. Y lo mismo puede decirse en relación con la *ilicitud del objeto y la causa*, nociones que, convendría, además, definir con mayor claridad, pues la caracterización de tales conceptos a partir de la idea de la contravención «de la ley», del «orden público» y de «las buenas costumbres», plantea no pocos problemas interpretativos [como se ha expuesto *supra* [30] y ss.], dada la naturaleza de los PLDC.

[48] Más allá de que me parece evidente que, al menos en lo que respecta a la materia de la nulidad absoluta, la pretensión de los PLDC 2016 de ser Derecho aplicable a las «*relaciones contractuales internas*» difícilmente puede materializarse, me parece que, *la regulación de la nulidad absoluta que ofrecen los PLDC 2016, tal como está, difícilmente puede servir a alguno de los otros fines a los que aspiran sus redactores*. Y es que, aun cuando se superasen sus defectos formales, el sistema que se ofrece no es suficientemente desarrollado ni coherente como para estimarse útil como

*instrumento de interpretación del Derecho interno; menos aún para inspirar reformas.* De hecho, los PLDC 2016 no parecen ofrecer respuesta a las cuestiones que el régimen de la nulidad absoluta suele plantear en el Derecho interno (si el acto ha de tenerse, o no, por válido mientras no se declare su nulidad; si cabe saneamiento por transcurso del tiempo; si la nulidad absoluta deja espacio para la teoría de la inexistencia, etc.). Y de ahí que, de momento, *en esta materia*, resulte muy difícil reconocer a los PLDC 2016 siquiera *un particular valor como documento académico*. No, al menos, mientras no se ofrezca a la comunidad unos comentarios oficiales, que, quizás, pudieran arrojar algo de luz sobre la justificación de las reglas adoptadas en el texto.

### \*\*\*ADENDA\*\*\*

Con posterioridad al envío del manuscrito de este trabajo al *Anuario de Derecho civil*, el *Grupo* se reunió oficialmente y por última vez, en la ciudad de Bogotá (Colombia), en agosto de 2017. En dicha oportunidad se adoptó un nuevo (y previsiblemente definitivo) texto de los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos*. Esta nueva versión de los PLDC permanece inédita, y no ha sido dada a conocer a la comunidad jurídica por ningún medio.

En general, puede decirse que los cambios respecto de los PLDC 2016 son menores, y no afectan la estructura general del texto. *Sin embargo*, en esta nueva versión, se ha *reformulado el Capítulo 3 de los PLDC 2016*, recogiendo varias de las directrices presentadas en este trabajo. Considérese que una buena parte de las críticas y de las propuestas que se realizan en este trabajo fueron presentadas en el Congreso sobre los PLDC que se celebró en julio de 2017 en Valparaíso (Chile), en el que se me invitó a exponer en la mesa dedicada a la nulidad del contrato. Mi exposición se basó, precisamente, en este trabajo. Por otro lado, un poco antes, el profesor Carlos Pizarro Wilson, coordinador del *Grupo*, me había pedido enviarle una versión preliminar de este trabajo, texto que fue tenido en cuenta en la reunión de Bogotá de agosto de 2017.

Entre estos cambios, interesa especialmente destacar que el capítulo 3 lo abre un nuevo artículo 41, que dispone «La nulidad es absoluta cuando se ve afectado el interés general y relativa cuando solo afecta intereses particulares». Por su parte, el contenido del artículo 41 PLDC 2016, que se ha analizado en este trabajo, se conserva parcialmente, solo en la parte referida a la nulidad absoluta, y

además, se ha trasladado a la Sección 1 (*Nulidad absoluta*), bajo un nuevo artículo 45 (*Causales*): «Los contratos contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres adolecen de nulidad absoluta». La otra parte del artículo 41 PLDC 2016, referida a la nulidad relativa, desaparece, y con ella, desaparecen también varias de las críticas que en este trabajo se plantean a la redacción del artículo 41 PLDC 2016 (*supra* [26]).

Además se han realizado otros cambios al interior del capítulo 3, en sintonía también con lo propuesto en este trabajo (*supra* [23]). Así, por ejemplo, el art. 46 PLDC 2016 (*Legitimación*), que se ha criticado porque su leyenda no da cuenta del contenido, y porque el artículo reúne dos reglas entre las que no existe relación, es modificado en esta nueva versión. Y el contenido del artículo 44 PLDC 2016 (*Imposibilidad de restitución*), que está ubicado en la Sección 1 (*Nulidad absoluta*), en la nueva versión es trasladado a la Sección 3 (*Efectos*), tal como se propone en este trabajo.

## ANEXO

### [Capítulo 3 (Nulidad del contrato) de los PLDC 2016]

#### Artículo 41. Nulidad absoluta y relativa

*Los contratos que contravienen la ley, el orden público o las buenas costumbres adolecen de nulidad absoluta. Son de nulidad relativa los contratos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas.*

#### Artículo 42. Forma de alegar la nulidad

*La nulidad puede alegarse por vía de acción o excepción.*

#### Sección 1. Nulidad absoluta

#### Artículo 43. Legitimación

*La nulidad absoluta debe ser pronunciada por el juez, aun sin mediar petición de parte. Puede también ser alegada por cualquier interesado, aunque no haya sido parte en el contrato.*

#### Artículo 44. Imposibilidad de restitución

*No habrá lugar a restituciones a favor de quien sabía o debía saber el vicio de nulidad absoluta.*

#### Artículo 45. Imposibilidad de convalidación de la nulidad absoluta

*El contrato nulo de nulidad absoluta no puede ser convalidado.*

## Sección 2. De la nulidad relativa

### Artículo 46. Legitimación

*La nulidad relativa sólo puede ser alegada por las personas en cuyo beneficio se establece. Puede ser saneada por convalidación del contrato y por la prescripción de la acción.*

### Artículo 47. Nulidad total o parcial

*(1) Si se pronuncia la nulidad de una o varias cláusulas de un contrato, éste subsistirá con las restantes, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez debe pronunciar la nulidad íntegra del contrato.*

*(2) En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el tribunal podrá adaptar el contrato observando las exigencias de la buena fe.*

### Artículo 48. Convalidación

*(1) Hay convalidación cuando el contratante que puede demandar la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al contrato por válido.*

*El acto de convalidación no requiere la conformidad de la otra parte.*

*(2) El contrato convalidado se entiende válido desde su celebración y, en ningún caso perjudica a terceros de buena fe.*

### Artículo 49. Opción con los medios de tutela

*La parte que tenga derecho a demandar la nulidad del contrato y, al mismo tiempo, pueda ejercer alguno de los medios de tutela por incumplimiento, podrá optar entre aquella y estos.*

## Sección 3. De los efectos de la nulidad

### Artículo 50. Efectos de la nulidad

*(1) La nulidad producirá la extinción del contrato.*

*(2) Anulado el contrato, los contratantes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones que hubieran recibido en virtud del mismo. Si la devolución en especie no es posible deberá restituirse su valor.*

### Artículo 51. Suspensión de las restituciones

*Mientras uno de los contratantes no cumpla con la restitución a la que está obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba.*

### Artículo 52. Efecto respecto de terceros

*La nulidad es oponible a los terceros, salvo cuando hayan adquirido a título oneroso y se encuentren de buena fe.*

## BIBLIOGRAFÍA

- AJANI, Gianmaria/ANDERSON, Miriam/ARROYO AMAYUELAS, Esther/PASA, Barbara: (2010), *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales*, Publicacions i Edicions Universitat de Barcelona, Barcelona.
- ALESSANDRI BESA, Arturo: (2010), *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno*, Jurídica de Chile, Santiago.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: (2011), *De la compraventa y la promesa de venta*, Jurídica de Chile, Santiago.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo/SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: (2011), *Tratado de Derecho civil. Partes preliminar y general*, Jurídica de Chile, Santiago, 2011.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique: (2007), «Hacia una reformulación del concepto de «causa» y su proyección en el Código civil», en UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO (edit.), *Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla, Hugo Rosende Subiabre*, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, 2007, pp. 161-194.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge: (2012), «La doctrina de la causa y su eficacia práctica», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 (2), pp. 523-527.
- BENAVENTE, María Isabel: (2015), «Comentarios a los arts. 332 a 357», en HERRERA, Marisa/ CAMELO, Gustavo/ PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código civil y comercial de la Nación comentado, Tomo I. Título Preliminar y Libro Primero. Artículos 1 a 400*, Ministerio de Justicia y Derechos humanos, Infojus, Buenos Aires, pp. 529-546.
- (2015b) «Comentario de los arts. 382 a 397», en HERRERA, Marisa/ CAMELO, Gustavo/ PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código civil y comercial de la Nación comentado, Tomo I. Título Preliminar y Libro Primero. Artículos 1 a 400*, Ministerio de Justicia y Derechos humanos, Infojus, Buenos Aires, pp. 585-607.
- BOCH CAPDEVILLA, Esteve: (2012), «Libro II. Capítulo 7, Causas de invalidez del contrato», en VAQUER, A./BOSCH, E./SÁNCHEZ, M. (coords.), *Derecho europeo de los contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Atelier, Barcelona, t. I, pp. 502-503.
- BONELL, Michael Joachim: (2011), «The New Provisions on Illegality in the UNIDROIT Principles 2010», *Uniform Law Review*, vol. 16, n. 3, pp. 517-536.
- BORGES FORTES, Rubim: (2016), «The future of contract law in Latin America», *European Review of Private Law*, (2), pp. 287-296.
- CLARO SOLAR, Luis: (1939), *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado, Tomo XII. De las Obligaciones*, Imprenta Nascimento, Santiago de Chile.
- CORRAL TALCIANI, Hernán: (2008), «Ejercicio de la acción de nulidad por un tercero no contratante», en GUZMÁN BRITO, A. (edit.), *Estudios de Derecho Civil III*, Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 671-689.
- DAVID, René/JAUFFRET-SPINOSI, Camille: (2010), *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero), 11.ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México; México D. F.
- DE ELIZALDE IBARBIA, FRANCISCO: (2017), «Una aproximación española y europea al contenido del contrato. Reflexiones a la luz de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos», *Anuario de Derecho civil*, (3), pp. 1145-1149.



- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo: (2015), «El error en los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos», en VAQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILA, E./SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.a P. (edits.), *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Atelier, Barcelona, pp. 789-798.
- DE LA MAZA, Íñigo/TORRES URZÚA, Ignacio: (2015), «La protección del comprador en la venta de cosa ajena», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n. 3, pp. 785-818.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel: (2001), *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código civil*, 2.<sup>a</sup> ed., Palestra Editores, Lima (t. III).
- DÍEZ-PICAZO, Luis/ROCA TRÍAS, Encarna/MORALES MORENO, Antonio Manuel: (2002), *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: (2002), «Nulidad absoluta. Necesidad de acreditar el interés patrimonial y actual en su declaración. Momento en que ha de existir el interés», *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, n. 211, año 70, pp. 269-273.
- DUCCI CLARO, Carlos: (2010), *Derecho civil. Parte general*, Jurídica de Chile, Santiago.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián: (2010), «La nulidad parcial», en TAVOLARI OLIVEROS, R. (edit.), *Doctrinas Esenciales. Edición Bicentenario. Derecho civil. T. II*, Jurídica de Chile, Santiago, pp. 455-482.
- EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal/RODRÍGUEZ DÍEZ, Javier: (2013), «Expansión y límites de la buena fe objetiva. A propósito del Proyecto de Principios latinoamericanos de los contratos», *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 21, pp. 137-216.
- FABRES, José Clemente: (1889), «Examen crítico jurídico de la nulidad y la rescisión». Discurso pronunciado en la Universidad de Chile el año 1867», en LATORRE, E. (edit.), *Memorias y discursos universitarios sobre el Código civil chileno. Libro IV del Código*, Imprenta de los Debates, Santiago, pp. 67-108.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte: (2015), «Towards an important reform of the French Civil Code», *Montesquieu Law Review*, n. 3, pp. 1-15.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte./MAZEAUD, Denis (edits.): (2008), *European Private Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier, München.
- FENOY PICÓN, Nieves: (2010), «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión de Codificación. Parte primera. El incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, (1), pp. 47-136.
- (2015), «La *Nachfrist*, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña», *Anuario de Derecho Civil*, (3) pp. 801-1043.
- (2017), «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *Anuario de Derecho civil*, (2) pp. 473-785.
- FERRANTE, Alfredo: (2014), «¿Es correcta la elección del método de cálculo de la reducción del precio en los Principios Latinoamericanos de contratos?», *Revista chilena de Derecho privado*, n. 22 (2014) julio, pp. 9-49.
- (2016), «¿Quimera o Fénix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de contratos», *Revista de Derecho Privado de la Universidad del Externado de Colombia*, n. 30, pp. 107-127.

- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso: (1889), *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Barcelona.
- GARRO, Alejandro: (1992), «Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades», *Themis*, n. 24, pp. 13-40.
- GARRO, Alejandro (dir. de la versión española); Y RODRÍGUEZ OLMOS, Javier/ PERALES VISCASILLAS, Pilar (colaboradores de la versión española): (2010), *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, La Ley-Wolters Kluwer España, Madrid.
- GÓMEZ CALLE, Esther: (2012), «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco común de referencia», *Anuario de Derecho Civil*, (1) pp. 29-102.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: (2015), «"The Future of Contract Law in Latin America", 25 de junio de 2015, Institute of European and Comparative Law, University of Oxford (Reino Unido)», *Anuario de Derecho Civil*, (3) pp. 1083-1090
- GUARDIA, Amelia: (2006), «La codificación civil de Páez» *Politeia*, v. 29, n. 36, pp. 171-198.
- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO: (1982), *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Santiago de Chile, Ediciones de la Universidad de Chile.
- (2005), «La influencia del Código civil francés en las codificaciones americanas», *Cuadernos de Actualidad Jurídica*, n. 2, pp. 27-60.
- (2006), *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Thompson-Aranzadi, Pamplona.
- (2006b), «El Código Civil de Chile en sus ciento cincuenta años y crónica de un congreso internacional de conmemoración celebrado en Santiago de Chile», *Anuario de Derecho civil*, n. 3, pp. 1283-1301.
- (2007), «La promesa obligacional en las «partidas» como sede de la doctrina general de las obligaciones», *Revista chilena de Derecho*, n. 34 (3) pp. 395-404.
- HOUTCIEFF, Dimitri: (2008), «Le contenu de contrat», en TERRÉ, F. (coord.), *Pour une réforme du Droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 183-218.
- (2008b), «Les sanctions des règles de formation des contrats», en TERRÉ, F. (coord.), *Pour une réforme du Droit des contrats*, Dalloz, Paris, pp. 223-242.
- INFANTE RUIZ, FRANCISCO/OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO: (2009), «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», *InDret*, 3/2009, pp. 1-58.
- JEREZ DELGADO, Carmen: (2011), *La anulación del contrato*, Civitas, Madrid.
- JEREZ DELGADO, Carmen (coord.): (2015), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, BOE (Colección Derecho Privado), Madrid.
- LAMARCA MARQUÈS, Albert, (dir.): (2008), *Código civil Alemán*, Marcial Pons, Madrid.
- LANDO, Ole/BEALE, Hugh (edits.): (2000), *Principles of European Contract Law. Parts I and II, Prepared by the Commission on European Contract Law*, Kluwer Law International, The Hague.
- LANDO, Ole/CLIVE, Eric/PRÜM, André./ZIMMERMANN, Reinhard (edits.): (2003), *Principles of European Contract Law. Part. III. Prepared by the Commission on European Contract Law*, Kluwer Law International, The Hague.

- LÓPEZ DÍAZ, Patricia: (2015), «Por una noción amplia de lesión en el Código Civil chileno: una relectura a partir del principio de equilibrio contractual y la idea de excesiva desproporción contenida en el borrador de los Principios latinoamericanos de contratos», en VIDAL OLIVARES, Á./SEVERIN FUSTER, G./MEJÍAS ALONZO, C. (coords.), *Estudios de Derecho Civil X*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, pp. 699-723.
- MACQUEEN, Hector: (2011), «Illegality and immorality in Contracts: Towards European Principles» en HARTKAMP, A./HESSELINK, M./HONDIUS, E./MAK, C./DU PERRON, E. (edits.) *Towards a European Civil Code*, 4.ª ed., Ars Aequi Libri/Kluwer Law International, pp. 555-570.
- MELÓN INFANTE, Carlos: (1955), *Código civil alemán (BGB). Traducción directa del alemán al castellano, acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950*, Bosch, Barcelona.
- MEREMÍNSKAYA, Elina: (2003) «Impactos de la Integración económica en la aplicación del Derecho privado», *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, vol. 15, pp. 59-73.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo: (2013) «El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato», *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, vol. 26, n. 1, pp. 9-27.
- (2014), «El Código civil brasileiro de 2002: nuevos principios para el derecho de contratos», *Opinión Jurídica (Universidad de Medellín)*, v. 13, n. 26, pp. 159-172.
- (2014b), «Harmonization of Contract law in Latin American. Past and present initiatives», *Uniform Law Review*, pp. 1-18.
- (2014c), «Harmonisation of Contract Law in Latin America: Efforts and failures», en MILO, J. M./LOKIN, J. H. A./SMITS, J. M. (edits.), *Tradition, Codification and Unification Comparative–Historical Essays on Developments in Civil Law*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, pp. 195-208.
- (2015), «La reforma al derecho de obligaciones y contratos en Francia. Un análisis preliminar», *Revista chilena de derecho privado*, n. 24, pp. 121-142
- MOMBERG, Rodrigo/VOGENAUER, Stefan (edits): (2017), *The Future of Contract Law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law*, Hart Publishing.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: (2014), «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», *Anuario de Derecho civil*, (1) pp. 227-254.
- MORALES ORTIZ, María Elisa: (2015), «Informe sobre Conferencia internacional «The Future of Contract Law in Latin America»», *Revista de Derecho civil (Notarios y Registradores)*, vol. 2, n. 3, pp. 221-225.
- MORO ALMARAZ, María Jesús: (2014), «La modificación de la Ley de Consumidores», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2 (junio), pp. 11-16.
- PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo: (2014), «La integración jurídica americana. Su historia, actualidad y futuro», *Foro, nueva época*, n. 17, n. 1, pp. 273-291.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel: (2008), «La transmisión de la propiedad por contrato: una reflexión sobre el sentido actual de la exigencia de *traditio* o entrega», en PIZARRO WILSON, C/MANTILLA ESPINOSA, F. (coords.), *Estudios de derecho privado: en homenaje al profesor Christian Larroumet*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, pp. 375-386.
- PEIRANO FASCIO, Jorge: (1964), «El Código civil de Bello y su influencia en los principales Códigos Latinoamericanos», *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Cuarta época*, vol. 4, n. 4, pp. 64-76.

- PIZARRO WILSON, Carlos (coord.): (2012), *El Derecho de los contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de Derecho de los contratos*, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: (2012), «La venta de cosa ajena. Distinción de supuestos», en GÓMEZ LAPLAZA, M.a C., *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil. Principios Europeos y Draft*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 45-87.
- RAMBERG, Christina: (2016), «Principles of Latin American contract law: conference notes», *Uniform Law Review*, v. 21, pp. 129-136.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: (2015), «La imposibilidad originaria del objeto contractual», *Revista de Derecho civil (Notarios y Registradores)* vol. 2, (n. 3), pp. 1-66.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: (1995), *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría bimembre de la nulidad*, Jurídica de Chile, Santiago.
- ROJAS GONZÁLEZ, Germán: (2001), *Manual de Derecho civil*, Ecoe Ediciones, Bogotá.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: (2016), «Los principios latinoamericanos del derecho de los contratos: una revisión crítica: Jornadas de discusión y análisis, Madrid, 16 y 17 de junio de 2016, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», *Anuario de Derecho civil*, (3), pp. 991-1083.
- SCHMIDT HOTT, Claudia: (1999), «Ampliación del ámbito de aplicación de la lesión», *Revista de Derecho y Humanidades*, n. 7, pp. 225-231.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: (1955), *Evolución del Código civil chileno. Homenaje al centenario de su promulgación*, Editorial Nascimento, Santiago.
- STORME, Mathias: (2006), «Freedom of contract. Mandatory and non-mandatory rules in European Contract Law», *Jurídica Internacional*, n. 9, pp. 34-44.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, Cristian Augusto: (2012), «Eficacia de los principios de contratación en el proceso de unificación del Derecho Internacional Privado: comparación entre la unificación jurídica latinoamericana y la integración europea», *Revista e-Mercatoria (Universidad Externado de Colombia)*, vol. 11, n. 1 pp. 43-101.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio: (2005), *Código civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Jurídica de Chile, Santiago.
- TERRÉ, François (dir.): (2009), *Pour un réforme du droits de contrats*, Dalloz, Paris.
- TITO AÑAMURO, John Alberto: (2013), «Hacia un modelo de armonización del Derecho contractual Latinoamericano», *Universitas*, n. 126, pp. 239-264.
- UNCETA LABORDA, Miguel: (2013), «Principios de Unidroit e ilicitud del contrato internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 5, n. 2, pp. 620-628.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro: (2015), «Incumplimiento contractual y pretensión de cumplimiento específico en los principios latinoamericanos de derecho de contratos (PLDC)», en VAQUER ALOY, A./ BOSCH CAPDEVILA, E./ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (edits.), *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Barcelona, Atelier, pp. 745-765.
- VON BAR, Cheisman/ CLIVE, Eric (edits.): (2009), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*. Prepared by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Sellier, München.
- WALKER SILVA, Nathalie: (2012), «Derecho de opción del contratante vencido en juicio por lesión enorme. Orígenes e interpretación del artículo 1890 del Código civil», *Revista Chilena de Derecho*, n. 39, (2), pp. 297-312.

- WELLER, Marc-Philippe: (2015), «La cause dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations de 2015», en SCHULZE, R./WICKER, G./MÄSCH, G./MAZEUAD, D. (dirs.), *La réforme du droit des obligations en France*, Société de législation comparée, Paris, pp. 139-149.
- WERZ, Nikolaus/LORINI, Irma: (1992), «Aspectos del pensamiento político y cultural en Latinoamérica», *Ibero-amerikanisches Archiv*, v. 18 (1992), n. 3, pp. 429-443.
- WICKER, Guillaume: (2015), «La suppression de la cause et les solutions alternatives», en SCHULZE, R./WICKER, G./MÄSCH, G./MAZEUAD, D. (dirs.), *La réforme du droit des obligations en France*, Société de législation comparée, Paris, 2015, pp. 107-137
- ZIMMERMANN, Reinhard: (1990), *The Law of Obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, 1.<sup>a</sup> ed, Juta and Co., Cape Town, 1990 (reimpresión 1992).
- (2005), *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, trad. Arroyo i Amayuelas, E., Bosch, Barcelona.
- ZWEIGERT, Konrad/KÖTZ, Hein: (1998), *An introduction to Comparative Law*, 3.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press.

## El interés superior del menor maduro en situación de grave riesgo: entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida\*

**VERÓNICA NEVADO CATALÁN**  
Universidad Autónoma de Madrid

### RESUMEN

*La autonomía del paciente es uno de los principios bioéticos en torno a los que gira la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones de información y documentación jurídica, y que se concreta en la regla del consentimiento informado. No obstante, tras las últimas modificaciones, se ha suprimido la autonomía de los menores –con independencia de su edad y madurez– cuando se encuentra en situación de grave riesgo su vida o salud. Este trabajo analiza la conformidad de la regulación actual con el interés superior del menor y los derechos fundamentales que este tiene a la vida, integridad física, intimidad y libertad religiosa e ideológica.*

### PALABRAS CLAVE

*Autonomía del paciente. Consentimiento informado. Menor maduro. Derecho a la vida. Interés superior del menor.*

### ABSTRACT

*Patient autonomy is a fundamental bioethical principle which inspires the Spanish law 41/2002 and results in the rule of informed consent. However, this law has been modified and minors autonomy has been excluded when*

---

\* El presente trabajo ha sido realizado con la Beca de Colaboración 2015/16 del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, dirigida por la Profesora Esther Gómez Calle y vinculada al proyecto de investigación «Retos actuales de la autonomía privada» (DER2014-52503-P).

*their health or life are highly at risk. In those cases, regardless of their age and maturity, they are not entitled to consent or reject the medical treatment. This paper analyzes whether the current regulation respects minor's best interests and their constitutional rights to life, physical and moral integrity, privacy and freedom of religion and ideology.*

## KEYWORDS

*Patient autonomy. Informed consent. Mature minor. Right to life. Child's best interests.*

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Principio de autonomía del paciente.*

2.1 Marco jurídico del principio de autonomía del paciente. 2.1.1 Fundamento constitucional del consentimiento informado. 2.1.2 La autonomía del paciente en los convenios y declaraciones internacionales. 2.1.3 Autonomía personal: el consentimiento informado en la LAP. 2.2 Límites a la regla del consentimiento informado.—2.2.1 Límites legales. 2.2.2 Límites jurisprudenciales.—III. *Derecho a la vida.* 3.1 Principios bioéticos de beneficencia y no-maleficencia. 3.2 La vida como valor superior en la jurisprudencia constitucional. 3.3 La cuestión de la eutanasia.—IV. *Situación actual del paciente menor en grave riesgo.* 4.1 La capacidad natural del menor como criterio general determinante. 4.1.1 Capacidad natural y doctrina del menor maduro. 4.1.2 Valoración de la capacidad. 4.2 Consentimiento «por representación» cuando el paciente es un menor. 4.2.1 Menores maduros y actuaciones de grave riesgo antes de la reforma. 4.2.2 Menores maduros y actuaciones de grave riesgo tras la reforma. 4.2.3 Otras excepciones al principio de capacidad natural y coherencia del sistema. 4.3 Interés superior del menor. 4.3.1 El caso de Hannah Jones. 4.3.2 El paternalismo del art. 9.4 II LAP frente a la autonomía del menor maduro. 4.3.3 El «mayor beneficio para la vida» del art. 9.6 LAP frente al mayor beneficio para el menor.—V. *Sustitución del consentimiento del menor.* 5.1 Conciliación de la libertad religiosa de los padres con su deber de velar. 5.2 Autorización judicial y criterio médico.—VI. *Conclusiones.*—VII. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es analizar la autonomía que se reconoce a los menores en el ámbito sanitario. En la regulación de esta cuestión entran en juego derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la libertad religiosa e ideológica, la intimidad o la dignidad. Estos derechos constitucionalmente reconocidos se complementan con los principios bioéticos de justicia, autonomía del paciente, beneficencia y no maleficencia.

En el debate sobre la extensión que debe reconocerse a la autonomía del paciente pueden distinguirse dos posturas opuestas. De un lado, el modelo paternalista que prescinde de la voluntad del paciente, para atribuir al profesional sanitario en exclusiva la facultad para decidir. De otro, el modelo autonomista que traslada el poder de decisión al paciente a cuya voluntad debe sujetarse la actuación de los facultativos. Mientras que el paternalismo se apoya en el derecho a la vida y en el principio de beneficencia, el modelo autonomista apela al derecho a la integridad física, la libertad de creencias y el principio de autonomía del paciente.

El grado de autodeterminación que debe reconocerse al paciente es una cuestión vinculada a debates tan controvertidos como los existentes en torno a la eutanasia o el auxilio al suicidio. Se trata de una materia compleja en la que entran en juego consideraciones ideológicas y de carácter moral que se ven acentuadas cuando el paciente es un menor de edad, máxime si peligran gravemente su vida o salud. En tales casos, a las exigencias constitucionales y a los principios bioéticos debe añadirse el respeto del interés superior del menor.

Con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP), nuestro legislador adoptó, con carácter general, una solución intermedia, reconociendo los derechos y deberes del paciente y adoptando la regla del consentimiento informado con una serie de excepciones y especialidades. Sin embargo, en las últimas modificaciones de la LAP el legislador se ha apartado del principio de autonomía al regular los supuestos de peligro para la vida o salud de un paciente menor y la interrupción voluntaria del embarazo por una menor. En ambos casos, se excluye, con independencia de su madurez, la capacidad decisoria del menor, atribuyéndose a sus representantes legales.

En este trabajo, tras estudiar los derechos en juego en el ámbito sanitario a la luz de la jurisprudencia del TC, los instrumentos internacionales y los principios bioéticos, analizo y cuestiono la conformidad de la regulación actual con el interés superior del menor.

## **II. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE**

El principio de autonomía del paciente es uno de los principios rectores en materia sanitaria e impide, salvo supuestos excepcionales, realizar intervenciones en contra de la voluntad del paciente.



Está consagrado en diversos acuerdos internacionales, así como en nuestra legislación nacional y en los códigos de deontología médica, además de ser, como se verá, una exigencia que deriva de los principios y derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución.

## 2.1 Marco jurídico del principio de autonomía del paciente

### 2.1.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

La autonomía del paciente es una manifestación del derecho fundamental a la integridad física y moral que reconoce el art. 15 CE<sup>1</sup>. Este derecho posee una doble vertiente que, además de proteger a su titular frente a conductas dañosas, le faculta para rechazar cualquier tipo de intervención corporal<sup>2</sup>. La causación de una lesión o menoscabo del cuerpo no es presupuesto necesario para entender vulnerado el derecho a la integridad física, sino que basta con una intervención corporal en contra de la voluntad del afectado, incluidos los tratamientos médicos que, objetivamente, sean favorables para su salud.

Al consentir, rechazar o revocar el consentimiento el paciente estará ejercitando su derecho a la integridad física y moral, concretado en la LAP mediante el principio del consentimiento informado. En consecuencia, las intervenciones médicas efectuadas sin el preceptivo consentimiento del paciente o las personas facultadas para decidir por éste, además de ser contrarias a la LAP, suponen una vulneración del derecho a la integridad física y moral.

Por otra parte, la libertad personal consagrada en el art. 1.1 CE como valor jurídico superior y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (10.1 CE) también fundamentan el derecho a la autonomía del paciente y suponen un límite al paternalismo del Estado<sup>3</sup>. Además, el libre desarrollo de la personalidad se vincula a menudo con el derecho a la dignidad previsto también en el art. 10.1 CE.

---

<sup>1</sup> Así, ARRUEGO RODRÍGUEZ, G.: «El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español», *InDret* 2/2009, p. 11, quien señala que «en el ámbito médico asistencial el derecho fundamental a la integridad física y moral constituye el principal anclaje iusfundamental del principio de autonomía del paciente».

<sup>2</sup> En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 120/1990, de 27 de junio (FJ 8.º), afirmando que mediante el derecho a la integridad física y moral «se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular».

<sup>3</sup> MOLERO MARTÍN-SALAS, M. P.: *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Estudios constitucionales, Madrid, 2014, p. 47.

Estos preceptos reflejan la importancia constitucional reconocida a la autodeterminación corporal, que permite a toda persona competente vivir de conformidad con su sistema de valores, ideas y creencias. Como se ha señalado, «el ejercicio de la autonomía es lo propio de seres que cuentan con una vida biográfica y no sólo biológica»<sup>4</sup>.

Los derechos y principios ya mencionados son suficientes para afirmar el anclaje constitucional del derecho a rechazar un tratamiento; sin embargo, en ocasiones también pueden verse afectados otros derechos fundamentales como la intimidad o la libertad ideológica y religiosa.

Respecto a la libertad religiosa, hay consenso en que el paciente tiene derecho a rechazar las intervenciones o tratamientos que resulten contrarios a sus convicciones. No obstante, se discute cuál es el alcance que se debe reconocer en el ámbito sanitario a este derecho cuando lo que se exige es un tratamiento específico<sup>5</sup>.

En cuanto al derecho a la intimidad (art. 18 CE), en su vertiente corporal, también podría fundamentar el derecho a rechazar un tratamiento. Esta posibilidad se ha limitado por la jurisprudencia constitucional, que ha identificado la intimidad con el concepto de «recato corporal», de forma que la protección constitucional se limita a aquellas actuaciones contrarias al sentimiento de pudor<sup>6</sup>.

## 2.1.2 LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE EN LOS CONVENIOS Y DECLARACIONES INTERNACIONALES

Entre los diversos instrumentos internacionales que directa o indirectamente reconocen el principio de autonomía del paciente pueden destacarse la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, en el ámbito estrictamente sanitario, tanto la Declaración

---

<sup>4</sup> DE LORA DELTORO, P.: «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», *Enrahonar* 40/41, 2008, p. 126.

<sup>5</sup> Se plantea si existe el deber del sistema público de salud de adecuar en todo caso los tratamientos médicos para que se sean respetuosos con las creencias del paciente. Parece que, como señala ARRUEGO RODRÍGUEZ, G.: «El rechazo...», cit., p. 13, deberán adecuarse las prestaciones sanitarias en la medida de lo posible, siempre que no resulte contrario al carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de salud.

<sup>6</sup> Así lo establece, entre otras, la STC 37/1989, de 15 de febrero (FJ 7.º): «no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona».

Señala ARRUEGO RODRÍGUEZ, G.: «El rechazo...», cit., p. 14, que en el ámbito sanitario también puede verse afectada la intimidad en su sentido más amplio, relativo a la privacidad, en la medida en que sea necesaria la obtención de información del paciente para su posterior tratamiento. Sin embargo el TC parece obviar esta vertiente del derecho a la intimidad.

para la promoción de los derechos de los pacientes en Europa de 1994 como el Convenio de Oviedo de 1997<sup>7</sup>. Estos últimos establecen la regla general del consentimiento informado como requisito de toda actuación sanitaria y debe destacarse la importancia de ambos en el reconocimiento de la autonomía personal de los pacientes. La Declaración para la promoción de los derechos de los pacientes en Europa no tiene carácter vinculante, pero sí el Convenio de Oviedo, que entró en vigor en España el 1 de enero de 2000, y reconoció por primera vez en nuestro país los derechos del paciente a la confidencialidad, información y autonomía.

También el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según ha entendido el TEDH, garantiza el principio de autonomía del paciente. De acuerdo con el Tribunal, del derecho a la vida personal y familiar se desprende la prohibición de las intervenciones médicas que no cuenten con el consentimiento del afectado<sup>8</sup>.

### 2.1.3 AUTONOMÍA PERSONAL: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA LAP

1. La LAP concreta, de conformidad con el Convenio de Oviedo, los principios enunciados en la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, relativos a la autonomía personal, la información clínica, confidencialidad e intimidad del paciente. La LGS, siguiendo el mandato del artículo 43 CE, había regulado los derechos y deberes en el ámbito sanitario dejando atrás en gran medida el paternalismo que hasta entonces caracterizaba las relaciones entre médico y paciente<sup>9</sup>. En 2002 se aprueba la LAP, que concreta los derechos previstos en la LGS e incorpora importantes novedades como el reconocimiento expreso del derecho a rechazar un tratamiento, la introducción del concepto de consentimiento informado, la clasificación y el tratamiento de las limitaciones de capacidad y el documento de instrucciones previas.

<sup>7</sup> Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

<sup>8</sup> El TEDH en la sentencia del caso *Pretty contra Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, afirma que «la imposición de un tratamiento médico sin la aprobación del paciente si es adulto y sano mentalmente se considera un ataque a la integridad física del interesado que afecta a los derechos protegidos por el artículo 8.1 del Convenio» y que una persona puede reivindicar el derecho a ejercer su elección de morir rechazando un tratamiento que pudiera prolongar su vida» (§ 63).

<sup>9</sup> No obstante, como señala GRACIA, D.: *Fundamentos de bioética*, Eudema Universidad, Madrid, 1989, pp. 181-182, en esta nueva regulación aun persistían algunos criterios profundamente paternalistas, como que la información debía proporcionarse también a los familiares del enfermo o que en caso de peligrar la vida parecía suprimirse el principio de autonomía del paciente.

Esta regulación, siguiendo la línea marcada por la LGS y el Convenio de Oviedo, refleja y consolida la superación del anterior modelo paternalista. La autonomía individual del paciente es ahora la pieza clave, manifestación del derecho a la integridad física y se articula a través del consentimiento informado, definido como «la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud» (art. 3). El consentimiento informado se exige para cualquier actuación médica y agrupa tanto el derecho a la información como el deber de respetar la voluntad libremente formada del paciente adulto y capaz.

2. Respecto del deber de información, que es presupuesto necesario para que el paciente pueda prestar válidamente su consentimiento, se ha entendido por la jurisprudencia que forma parte de la *lex artis* médica<sup>10</sup>. Con carácter general la información se prestará verbalmente y deberá ser verdadera y comunicarse de forma comprensible y adecuada a las necesidades del paciente. Los límites al derecho a la información asistencial son las situaciones de urgencia vital y el denominado «privilegio terapéutico» (art. 5.4 LAP), que permite no proporcionar la información al paciente cuando, por razones objetivas, pudiese resultar gravemente perjudicial para su salud. Se reconoce también el derecho del paciente a no ser informado cuando así lo solicite (art. 4.1), renuncia que puede verse limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad o por las exigencias terapéuticas (art. 9.1).

3. Una vez recibida la información necesaria, el consentimiento deberá prestarse de forma libre y voluntaria. El consentimiento podrá ser verbal, siendo necesaria la constancia por escrito respecto de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y procedimientos que conlleven riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa (art. 8.2). Se reconoce el derecho del paciente a rechazar cualquier intervención médica, incluidos los tratamientos salvadores

---

<sup>10</sup> Así, la STS 6/7/2007 (RJ 2007/3658) establece que «[l]a información constituye un presupuesto y elemento esencial de la «lex artis» y como tal forma parte de toda actuación asistencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico». En el mismo sentido, entre otras, las SSTS 23/11/2007 (RJ 2008/24), 18/6/2008 (RJ 2008/4256) y 13/5/2011 (RJ 2011/3279).

En contra de la consideración del deber de información como una exigencia de la *lex artis*, se pronuncia BERROCAL LANZAROT, A. I.: «El consentimiento informado como derecho del paciente en la nueva ley 41/2002, de 14 de noviembre», *La praxis del consentimiento informado en la relación sanitaria: aspectos biojurídicos*, coord. J. C. Abellán Salort, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007, p. 55.

(art. 2.4), así como la posibilidad de revocar libremente y en cualquier momento el consentimiento prestado (art. 8.5). En ambos casos deberá constar por escrito y los profesionales sanitarios deberán respetar la decisión, sin perjuicio de la propuesta de alta voluntaria o forzosa que proceda en caso de no aceptarse el tratamiento ni existir otros alternativos (art. 21).

## 2.2 Límites a la regla del consentimiento informado

El principio de autonomía del paciente, lejos de ser absoluto, presenta límites tanto legales como de construcción jurisprudencial. Se trata de situaciones de carácter excepcional que justifican que se someta al paciente a una determinada intervención prescindiendo de su consentimiento. No deben entenderse incluidos aquí los supuestos en los que, por ser el sujeto menor o incapaz, es una tercera persona la que consiente, puesto que la ley no excluye la necesidad de consentimiento informado, sino que únicamente prevé especialidades relativas a las personas legitimadas para otorgarlo<sup>11</sup>.

### 2.2.1 LÍMITES LEGALES

Entre los límites legales, se encuentran las *situaciones de riesgo para la salud pública* (art. 9.2.a LAP), que permiten al personal sanitario tomar las medidas oportunas de conformidad con la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. En caso de que estas actuaciones conlleven el internamiento del paciente, y en consecuencia se limite junto con su integridad física su libertad ambulatoria, deberá comunicarse a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas.

Cuando exista un *riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible obtener su autorización*, el artículo 9.2.b LAP permite asimismo prescindir del consentimiento, estableciendo solo el deber de consulta a los familiares y allegados si fuese posible. La opinión de estas personas no tiene carácter vinculante, dependiendo en última instancia la decisión de los médicos. La inmediatez y gravedad del riesgo justifican aquí, al igual que en el artículo 9.6 *in fine* LAP, que se faculte al médico para realizar las intervenciones clínicas indispensables en

---

<sup>11</sup> HUALDE MANSO, T.: «Oposición a transfusiones e intervenciones médicas en situación de riesgo de los menores», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 10/2013, Cizur Menor, 2013, p. 111.

favor de la salud del paciente sin necesidad de acudir al juez en caso de desacuerdo.

### 2.2.2 LÍMITES JURISPRUDENCIALES

Por su parte, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas sentencias sobre el alcance y límites de los derechos fundamentales en los que se basa la autonomía del paciente. Pese a que en alguna ocasión llegó a entender que una intervención coactiva en contra de la voluntad de una persona adulta y capaz no vulneraba sus derechos fundamentales<sup>12</sup>, se ha advertido un cambio de tendencia<sup>13</sup>.

Aunque se ha admitido la posibilidad de que una persona adulta y en plena disposición de sus facultades mentales rechace un tratamiento salvador, ya sea por motivos religiosos, ideológicos o cualesquiera otros que no estará obligado a manifestar, la autonomía del paciente se limita cuando el paciente se encuentra en una *situación de dependencia respecto de la Administración*. Así lo declaró el TC en el conocido caso de los presos del GRAPO en la STC 120/1990, de 27 de junio, doctrina que poco después confirma en las SSTC 137/1990, de 19 de julio y 11/1991, de 17 de enero. Ante la huelga de hambre iniciada por varios de los presos, el TC entendió que alimentarlos por vía parenteral en el momento en que, hallándose inconscientes, su vida corriese serio peligro limitaba su derecho a la integridad física y moral, pero no constituía una vulneración de sus derechos fundamentales. La relación especial de los reclusos con la Administración (art. 25.2 CE) determinaba el derecho-deber del Estado de velar por su vida, lo que, a juicio del Tribunal, lleva aparejada una limitación legítima de los derechos constitucionalmente reconocidos cuando su ejercicio sea contrario a la vida y salud<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Así, tras una transfusión realizada a una testigo de Jehová contra su voluntad, que finalmente no impidió su fallecimiento, el TC mediante Auto de 22/12/1984 inadmitió el recurso de amparo interpuesto por su marido. Entendió el Tribunal que la sentencia que autorizó la transfusión, era legítima y afirmó que «el derecho garantizado a la libertad religiosa por el art. 16.1 de la Constitución tiene como límite la salud de las personas».

<sup>13</sup> En este sentido, VALERO HEREDIA, A.: «Repercusiones jurídicas de la conciliación entre la libertad religiosa y las hemotransfusiones cuando la vida de un menor está en juego: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio, en el caso de los testigos de Jehová», *Parlamento y Constitución. Anuario*, n.º 6, 2002, p. 295, quien alude a las SSTC 120/1990 y 137/1990, en las que se intuye el reconocimiento por parte del Tribunal del derecho a rechazar tratamientos, aunque se ponga de esta forma en riesgo la propia vida. A ambas sentencias me refiero a continuación en el texto.

<sup>14</sup> En contra del parecer de la Sala, los Magistrado Rodríguez Piñero y Leguina Villa señalan en sus votos particulares que no debería primar la condición de presos sobre la de enfermos, sino que debería ser al contrario y, en consecuencia, no se les deberían negar los derechos reconocidos a todos los pacientes.

### III. DERECHO A LA VIDA

#### 3.1 Principios bioéticos de beneficencia y no-maleficencia

Desde los orígenes de la medicina rige un criterio naturalista, según el cual lo bueno se identifica con el orden natural, imponiéndose una «moral de beneficencia». De acuerdo con esta ética de la medicina, la obligación del médico consistía en «hacer el bien» al paciente, con independencia de la voluntad de éste. Como se ha señalado, hasta las revoluciones democráticas modernas el médico ocupaba respecto del cuerpo humano una posición equivalente a la del monarca respecto de la república, esto es, oscilando entre un paternalismo propio de las relaciones familiares y una tiranía propia de relaciones esclavistas<sup>15</sup>.

En el juramento hipocrático y en los distintos códigos deontológicos de la medicina los principios de no-maleficencia y beneficencia son fundamentales. El primero prohíbe la causación de un mal, mientras que el segundo exige del facultativo una conducta activa siempre en favor de la salud del paciente. Estos principios, que son complementarios y tienen una estrecha vinculación con el derecho a la vida, también se han reconocido en numerosos convenios, declaraciones internacionales y disposiciones de Derecho interno.

Desde el siglo pasado, el tradicional paternalismo médico ha ido perdiendo terreno en favor del principio de autonomía que, como ya se vio, confiere importantes derechos a los pacientes, quienes, progresivamente, van adquiriendo la condición de sujetos activos. Como consecuencia de este cambio de paradigma, la relación médica se ha convertido en *autónoma, plural, secularizada y conflictiva*<sup>16</sup>.

#### 3.2 La vida como valor superior en la jurisprudencia constitucional

El derecho fundamental a la vida, reconocido en el art. 15 CE, garantiza la salvaguarda de la vida humana como valor jurídico constitucionalmente protegido. Todas las personas son titulares de este derecho<sup>17</sup>, que requiere el cumplimiento por parte del Estado

<sup>15</sup> GRACIA, D.: *Fundamentos...*, cit., p. 16.

<sup>16</sup> Así, GRACIA, D.: *Fundamentos...*, cit., p. 18.

<sup>17</sup> En la STC 53/1985, de 11 de abril, se limita la titularidad del derecho a la vida a las personas, quedando excluido el *nasciturus*. Sin embargo, pese a no reconocerse la titu-

de dos actuaciones: activa y omisiva. Por un lado, debe proteger a los individuos frente a comportamientos que atenten contra sus vidas y, por otro, abstenerse de realizar conductas vulneradoras de este derecho.

La jurisprudencia constitucional, a partir de la STC 53/1985, de 11 de abril, caracteriza la vida humana como un valor fundamental y superior en el ordenamiento jurídico constitucional, que constituye el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos<sup>18</sup>.

Según ha establecido que el TC, «el derecho fundamental a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte»<sup>19</sup>. Si bien se reconoce que, en el plano fáctico, un individuo puede disponer de su propia vida, reitera el Tribunal que se trata de una manifestación del *agere licere* que es posible al tratarse de una conducta que el ordenamiento no prohíbe.

En el ámbito médico, se reconoce el derecho a rechazar un tratamiento «como manifestación del derecho a la integridad física, pero no de un derecho de autodeterminación vital»<sup>20</sup>. Sin embargo, no existe un derecho subjetivo a morir que permita exigir la colaboración del poder público con actos encaminados a poner fin a la vida, sino que, por el contrario, las conductas de terceras personas consistentes en inducir o colaborar al suicidio se encuentran tipificadas en el artículo 143 CP.

### 3.3 La cuestión de la eutanasia

Mientras que atentar contra la propia vida no es una conducta merecedora del reproche penal, sí lo es la participación en el suicidio mediante actos de inducción, cooperación necesaria o ejecutiva (art. 143.1.º, 2.º y 3.º CP). Se encuentra también previsto el supuesto de eutanasia voluntaria activa y directa, para la que se ha establecido una reducción en uno o dos grados de la pena prevista para los

---

laridad hasta el momento del nacimiento, el TC reconoce la protección constitucional del feto como embrión de vida humana.

<sup>18</sup> No obstante, el Magistrado Tomás y Valiente formuló un voto particular en el que cuestiona la jerarquización axiológica contenida en la sentencia que lleva a la Sala a caracterizar la vida como valor superior del ordenamiento jurídico constitucional pese a no estar incluido en el art. 1.1 CE.

Además, como ha señalado RUIZ MIGUEL, A.: «Autonomía individual y derecho a la propia muerte», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 89, 2010, p. 29, «que algo sea supuesto ontológico o fáctico de otra cosa no lo hace necesariamente más valioso que esta otra cosa».

<sup>19</sup> Así se ha pronunciado el TC en las sentencias 120/1990, de 27 de junio (FJ 7.º), 137/1990, de 19 de julio (FJ 5.º) y 154/2002, de 18 de julio (FJ 12.º).

<sup>20</sup> STC 137/1990, de 19 de julio (FJ 5.º).



supuestos ordinarios de cooperación necesaria o ejecutiva. Para que sea aplicable esta reducción se requiere que en la causación o la cooperación en la muerte haya mediado la petición expresa, seria e inequívoca de la persona aquejada de una enfermedad terminal o que le produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar (art. 143.4 CP).

En torno a la cuestión de la punibilidad de la eutanasia voluntaria existe un gran debate social que tiene su reflejo en la doctrina, y que enfrenta a quienes se muestran partidarios de mantener el castigo de la eutanasia activa y a quienes apelan a la autonomía personal y la dignidad para proclamar un derecho a morir dignamente. Se ha constatado cómo, en los últimos años, la regulación española y comparada ha ido dejando atrás la primacía del valor de la vida en beneficio de una creciente autonomía del individuo, aunque esta evolución solo ha llegado hasta la total despenalización de la eutanasia voluntaria en algunos países que suponen la excepción a la regla general<sup>21</sup>.

Uno de los argumentos que esgrimen quienes se muestran favorables a la despenalización de la eutanasia es la falta de coherencia que resulta de atribuir un papel determinante a la voluntad del paciente que desea rechazar un tratamiento salvador, al tiempo que se atenúa su eficacia cuando, para alcanzar el mismo resultado, necesita de la conducta activa de un tercero<sup>22</sup>.

#### IV. SITUACIÓN ACTUAL DEL PACIENTE MENOR EN GRAVE RIESGO

Vistos ya los principios bioéticos en torno a los que se articula la regulación actual, así como el régimen de la LAP integrado en el marco constitucional y de conformidad con los convenios internacionales, procede ahora analizar el régimen específico del paciente menor de edad: su capacidad para consentir por sí mismo, el consentimiento por representación y la adecuación de la regulación actual con el interés superior del menor.

---

<sup>21</sup> Sobre el tratamiento legal y jurisprudencial de la eutanasia en el Derecho español y comparado, puede consultarse la obra ya citada de RUIZ MIGUEL, A.: «Autonomía individual...».

<sup>22</sup> En este sentido, RUIZ MIGUEL, A.: «Autonomía individual...», cit, p. 33, afirma que «si el consentimiento del afectado es relevante para prohibir la acción de un tercero sin la cual se producirá su muerte, parece contradictorio devaluar la relevancia del consentimiento para permitir la acción que provocará la muerte que el afectado desea».

## **4.1 La capacidad natural del menor como criterio general determinante**

### **4.1.1 CAPACIDAD NATURAL Y DOCTRINA DEL MENOR MADURO**

Al regular la prestación del consentimiento cuando el paciente es un menor de edad, la LAP atiende principalmente a su capacidad natural, es decir a su capacidad fáctica o de hecho que, a diferencia de la capacidad de obrar, no depende del reconocimiento legal, sino que debe valorarse caso por caso. De esta forma, la facultad para consentir válidamente se hace depender de la efectiva capacidad intelectual y emocional del paciente para conocer el alcance de la intervención.

El reconocimiento de capacidad de obrar a los menores para el ejercicio de los derechos de la personalidad a medida que van adquiriendo la madurez necesaria se conoce como «doctrina del menor maduro»<sup>23</sup>. Este progresivo ejercicio de sus derechos le permite adquirir la condición de sujeto activo que participa en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades, lo que favorece el desarrollo de su autonomía personal. La importancia de que el desarrollo evolutivo de los menores se acompañe de una mayor implicación en la toma de decisiones que les afectan se refleja en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en la medida en que el interés superior del menor se hace depender, entre otros criterios, del respeto de su creciente autonomía.

El derecho de los menores a ejercer sus derechos de la personalidad de acuerdo con su capacidad se reconoce por el artículo 162 CC, sin perjuicio de la asistencia de sus progenitores en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. Asimismo, el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia ima-

---

<sup>23</sup> Respecto de los menores maduros, es especialmente relevante el caso *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another* [1985] 3 W. L. R. 830, en el que se discutía ante los tribunales del Reino Unido si el consentimiento de los titulares de la patria potestad era necesario para suministrar anticonceptivos a las hijas menores de la demandante. En su pronunciamiento de 17 de octubre de 1985, la Cámara de los Lores determinó que en el ámbito sanitario corresponde a los menores que reúnan las condiciones de madurez necesarias prestar el consentimiento. El consentimiento por parte de los titulares de la patria potestad tiene por objetivo la protección del interés de los menores y solo se justifica en aquellas situaciones en las que el hijo menor no tiene capacidad para tomar por sí mismo la decisión médica. A raíz de este caso se alude en Derecho inglés a la conocida como «*Gillick competence*» y que en nuestro Derecho se ha venido a llamar «doctrina del menor maduro». Sobre esta cuestión DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 291.

gen, les otorga la capacidad de ejercitar estos derechos cuando sus condiciones de madurez lo permitan.

Por su parte, en el ámbito sanitario la capacidad natural del mayor de 16 años para consentir o rechazar por sí mismo un tratamiento se presume con carácter *iuris tantum*<sup>24</sup>, debiendo probarse cuando el menor no haya alcanzado esa edad. No obstante, en uno y otro caso, se exceptúan de la regla de capacidad natural los supuestos en los que el menor se enfrenta a una actuación médica de grave riesgo para su vida o salud. Cuando, a juicio de los médicos, la intervención sea de grave riesgo, el paciente menor no podrá consentirlo ni rechazarlo, sino que la decisión corresponderá a sus «representantes» (art. 9.4 LAP).

#### 4.1.2 VALORACIÓN DE LA CAPACIDAD

En la práctica, las principales dificultades que plantean los supuestos en los que el paciente es un menor, tienen que ver con la valoración de su madurez emocional y cognitiva que, además, debe ponerse en relación con la complejidad de la cuestión y la importancia de los bienes y derechos en juego<sup>25</sup>. Corresponde a los profesionales sanitarios apreciar si el paciente tiene la capacidad suficiente, pero se ha advertido que esta valoración en ocasiones resulta muy compleja al no existir test u otros instrumentos validados con los que se pueda medir el grado de madurez adquirido<sup>26</sup>.

A la hora de evaluar la capacidad del paciente menor, los médicos deberán tener en cuenta la complejidad de la decisión y la gravedad de las posibles consecuencias, de tal forma que la madurez exigida para decidir sobre un tratamiento salvador o una intervención que entrañe riesgos (v. gr., operación quirúrgica compleja) deberá ser notablemente superior a la necesaria para decidir sobre intervenciones menores (v. gr., la extracción de una muela). Existen escalas móviles de capacidad que, dentro de las limitaciones que presentan para medir la madurez, permiten evaluarla para decisiones con distinta complejidad, distinguiendo por niveles en fun-

<sup>24</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario...*, cit., p. 287; HORRA VERGARA, N. «La incidencia de la Ley 26/2015 en la Ley 41/2002 sobre capacidad de los menores de edad en el ámbito sanitario», *Revista Adolescere*, Vol. 4, n.º 1, 2016, p. 37.

<sup>25</sup> En este sentido, OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo», *InDret*, 3/2015, p. 8.

<sup>26</sup> OGANDO DÍAZ, B. y GARCÍA PÉREZ, C.: «Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro», *Pediatría Integral*, Vol. XI, n.º 10, 2007, p. 881.

OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo...», cit., p. 9, señala que los test existentes son útiles para detectar déficits cognitivos por patologías como el Alzheimer o la esquizofrenia, pero no para evaluar si el grado de madurez de un individuo le permite actuar de forma plenamente autónoma.

ción del grado de discernimiento requerido<sup>27</sup>. En cualquier caso, el reconocimiento o negación de la capacidad no puede depender del sentido de la decisión adoptada por el menor<sup>28</sup>.

Para determinar si el menor está capacitado para consentir por sí mismo, el médico deberá comprobar que puede apreciar su situación, comprender la información transmitida por el personal sanitario, utilizar racionalmente esos datos y comunicar su decisión<sup>29</sup>. Será necesario que comprenda plenamente la información relativa a la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como los riesgos, consecuencias y alternativas.

#### **4.2 Consentimiento «por representación» cuando el paciente es un menor**

El artículo 9 LAP regula los supuestos en los que el consentimiento debe prestarlo una persona distinta del paciente. Son situaciones en las que, por ser el paciente menor de edad, tener modificada judicialmente su capacidad, no ser capaz de tomar decisiones o hallarse en un estado físico o psíquico que le impide hacerse cargo de su situación, el legislador atribuye a un tercero la facultad para otorgar el consentimiento «por representación»<sup>30</sup>.

Si pese a la minoría de edad, y teniendo en cuenta las características de la intervención, la madurez emocional y cognitiva del

---

<sup>27</sup> A esta escala se refieren OGANDO DÍAZ, B. y GARCÍA PÉREZ, C.: «Consentimiento informado...», cit., p. 881.

<sup>28</sup> ASÍ, OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo...», cit., p. 11, quien afirma que «del hecho evidente de que se requiere más capacidad para tomar decisiones complejas que para tomar decisiones simples, no se sigue que se necesite más capacidad para rechazar las indicaciones del médico que para aceptarlas».

DE LORA DELTORO, P.: «Autonomía personal...», cit., p. 134, constata que con frecuencia doctrina y jurisprudencia enarbolan la bandera de la «buena autonomía» cuando está en juego la vida o la integridad física del menor, de forma que «si de morir o seguir viviendo se trata, la elección del menor es autónoma cuando se opta por lo segundo».

<sup>29</sup> Hace referencia a estas cuatro funciones cognitivas básicas OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo...», cit., p. 9, quien también entiende que en caso de duda sobre la capacidad del menor, si su decisión conlleva la pérdida de la vida, es mejor fallar negándole la capacidad a quien la tiene que reconocérsela a quien no (p. 12).

<sup>30</sup> Pese a que la ley utiliza esa expresión, la doctrina ha entendido que en los casos en que realmente decide el representante no se trata propiamente de un acto de representación, sino que es una facultad derivada del deber de velar. En este sentido Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, T. I, 11.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, pp. 278-279.

PARRA LUCÁN, M. A.: «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* n.º 2, 2003, además de señalar que no resulta acertado atribuir en términos de representación el ejercicio de derechos de la personalidad, critica el precepto porque engloba en el «consentimiento por representación» supuestos en los que el paciente no tiene un representante legal, lo que, en su opinión, resulta erróneo salvo que se entienda que la ley convierte, automáticamente, en representantes legales a las personas vinculadas por razones familiares o de hecho.

menor le permitiese comprender su situación, valorar las posibles consecuencias y decidir libremente, podría por sí mismo emitir un consentimiento válido<sup>31</sup>. Por el contrario cuando el menor no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención corresponde a sus representantes prestar el consentimiento. Como establecen los artículos 9.3.c) LAP y 9 LOPJM, deberá garantizarse el derecho del menor a ser oído y escuchado en función de su madurez y, en todo caso, cuando sea mayor de doce años.

Se presume la madurez de los menores emancipados o mayores de 16 años, momento en el que se comienza a hablar de «mayoría de edad sanitaria» y se excluye, con carácter general, la posibilidad de prestar consentimiento por representación. En consecuencia, a partir de los 16 años son titulares de los derechos de información y confidencialidad y el régimen de consentimiento es el mismo que el de los adultos capaces. No obstante, se exceptúan los supuestos de grave riesgo para su vida o salud, cuya regulación fue modificada por la disposición final 2.<sup>a</sup> de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Para una mejor comprensión de la problemática que planteaba y plantea la regulación de los supuestos en los que el menor maduro se encuentra en una situación de grave riesgo, analizo a continuación la previsión de la LAP antes y después de ser modificada por la Ley 26/2015.

#### 4.2.1 Menores maduros y actuaciones de grave riesgo antes de la reforma

Hasta la entrada en vigor de la modificación operada por la Ley 26/2015, correspondía a los menores emancipados o mayores de 16 años consentir o rechazar el tratamiento incluso en situaciones de grave riesgo para su vida o salud, con la particularidad en tales casos de que debía informarse a los progenitores y tener en cuenta la opinión de estos. La redacción del artículo 9.3.c) LAP dio lugar a numerosas dudas interpretativas respecto de la eficacia jurídica que debía reconocerse a la voluntad de los progenitores<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Aunque la LAP no habilita expresamente a los menores para consentir o rechazar los tratamientos cuando son suficientemente capaces, esta regla se deduce de la lectura *a contrario* del art. 9.3.c) LAP. En este sentido SANTOS MORÓN, M. J.: «Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor» *AFDUAM*, n.º 15, 2011, p. 81, señala que se reitera la regla de la capacidad natural que se deduce del art. 9.3.a) LAP.

<sup>32</sup> Aunque como afirman, entre otros, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paternofiliales*, Civitas, Madrid, 2009, pp. 202-203 o, DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario...*, cit., p. 294, parece que en caso de discrepancia debía prevalecer la voluntad del

Especialmente problemáticos eran los supuestos en los que la voluntad del menor, contraria al criterio facultativo, hacía peligrar su propia vida o salud. El debate giraba en torno al margen de autonomía que la ley reconocía al menor y podían distinguirse dos posturas doctrinales opuestas: por un lado, quienes negaban la eficacia de la voluntad del menor y, por otro, quienes defendían el deber de respetar la voluntad del menor maduro con independencia de las consecuencias de su decisión.

La doctrina mayoritaria ha venido negando o limitando la eficacia de la decisión del menor que al rechazar un tratamiento médico hace peligrar su vida o salud. En esta línea, la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) consideró irrelevante la oposición del menor emancipado o con 16 años cumplidos a recibir un tratamiento salvador<sup>33</sup>. Se ha argumentado también que, aunque la ley impedía el consentimiento por representación al alcanzar el paciente los 16 años era posible, en virtud del artículo 158.4.º CC, acudir al juez para que autorizase el tratamiento necesario en situaciones de grave riesgo<sup>34</sup>.

En contra de la opinión expuesta se ha manifestado un sector doctrinal defendiendo que la voluntad del menor maduro debía respetarse en todo caso, puesto que pese al deber de informar a sus progenitores estos no estaban facultados para sustituir su voluntad<sup>35</sup>. Tratar de excluir la regla de la capacidad natural, se argumentaba, sería manifestación de un paternalismo *contra legem*<sup>36</sup>. Se ha criticado incluso la exigencia de informar a los progenitores en estos supuestos, pues se ha entendido que suponía una vulneración de los derechos de confidencialidad e intimidad del paciente menor<sup>37</sup>.

---

menor sobre la de los progenitores, también se ha sostenido que ante el desacuerdo entre el menor y sus representantes debía acudir a la autoridad judicial.

<sup>33</sup> Según afirma la FGE en la Circular 1/2012, p. 24, «la solución de los posibles conflictos de intereses cuando están en juego graves riesgos, debe partir de la irrelevancia de la voluntad de los menores de edad, ya expresada por sí mismos o a través de sus representantes legales, cuando su sentido en uno u otro caso, sea contrario a la indicación médica cuya omisión comporte riesgo vital grave para la vida o la salud del paciente menor de edad».

<sup>34</sup> PARRA LUCÁN, M. A.: «La capacidad...», cit. También en la Circular 1/2012 de la FGE se defiende la posibilidad de acudir a la autoridad judicial.

<sup>35</sup> Así, SANTOS MORÓN, M. J.: «Menores...», cit., pp. 85-86, quien sugiere que la idea que subyace a la postura favorable a imponer el tratamiento salvador es la de que, a la vista de su decisión, el menor no tiene capacidad suficiente. Es decir, se estaría incurriendo en el error de hacer depender el reconocimiento de la capacidad del sentido de su decisión.

<sup>36</sup> RIVERA ÁLVAREZ, J. M.: «Consentimiento informado del adolescente en situaciones de grave riesgo: ¿autonomía privada vs. interés superior del menor?», *Revista de Derecho Privado*, n.º 99, 2015, pp. 78-80, quien expone y critica las diferentes posturas que, aprovechando las dudas que derivaban del art. 9.3.c) LAP, negaban la autonomía del paciente mayor de 16 años en grave riesgo.

<sup>37</sup> SANTOS MORÓN, M. J.: «Menores...», cit., pp. 84-85.

Otros autores se han mostrado contrarios a estas posiciones doctrinales enfrentadas que se han construido en torno al derecho a la vida o al principio de autodeterminación. La principal crítica es que ambas pretenden identificar el interés superior del menor con la vida o con la autonomía personal, respectivamente. Frente a ello se ha propuesto la valoración del interés superior del menor desde una perspectiva imparcial y moralmente neutral<sup>38</sup>.

#### 4.2.2 MENORES MADUROS Y ACTUACIONES DE GRAVE RIESGO TRAS LA REFORMA

El legislador, a través de la modificación introducida por la Ley 26/2015 que entró en vigor el 18 de agosto del mismo año, se ha decantado por la solución defendida por la doctrina mayoritaria. En su nueva redacción, el artículo 9.4 LAP mantiene la regla general según la cual no cabe prestar el consentimiento por representación cuando el paciente es un emancipado o mayor de 16 años<sup>39</sup>, pero exceptúa las actuaciones de grave riesgo para la vida o salud del menor. En estos casos la facultad para consentir se atribuye a los representantes<sup>40</sup> que deberán oír y tener en cuenta la opinión del menor. De esta forma, ante las situaciones de mayor peligro para la vida del paciente menor parece operar una presunción *iuris et de iure* de incapacidad que justificaría la intervención de terceras personas, a las que se faculta para adoptar una decisión en su lugar.

Además de la negación en estas situaciones de la autonomía del paciente menor con independencia de su efectiva capacidad, el legislador ha querido ordenar el sentido de la decisión que deben adoptar sus representantes. Así, el artículo 9.6 LAP establece que cuando el consentimiento deban otorgarlo los representantes o per-

<sup>38</sup> En este sentido, OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo...», cit., p. 18, quien señala que estas opiniones doctrinales son insatisfactorias, puesto que «constituyen posturas ideológicas que [...] presuponen aquello que está en discusión. Ambas se apoyan en concepciones sustantivas del bien humano a las que otorgan un valor absoluto».

<sup>39</sup> Es llamativo que la ley mantenga la redacción anterior distinguiendo entre los menores emancipados y los mayores de 16 años. Cabe cuestionarse si, a día de hoy, es posible que un menor esté emancipado antes de haber cumplido los 16 años. Hasta el 23 de julio de 2015, fecha en que entró en vigor la Disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, se permitía, previa dispensa judicial, el matrimonio de menores a partir de los 14 años, con la consiguiente emancipación. Sin embargo, tras haberse suprimido esta posibilidad, no existe en nuestro ordenamiento ningún mecanismo que permita emanciparse a un menor antes de cumplir 16 años.

<sup>40</sup> La ley, sin hacer distinciones, atribuye la facultad decisoria a los representantes, pese a que los menores emancipados ya no tienen. Esta inexistencia de representantes hace necesario determinar quiénes están legitimados para decidir en lugar del menor emancipado, siendo dos las alternativas que se presentan. De un lado, puede entenderse que están legitimadas las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho de conformidad con el art. 9.3.a. LAP y, de otro, puede atribuirse la decisión a los progenitores o, en su caso, al curador con base en el art. 323 CC.

sonas vinculadas por razones familiares o de hecho «la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente». Como ya se ha afirmado, esta nueva regulación se aleja del principio de autonomía del paciente<sup>41</sup>.

Por último, el artículo 9.6 LAP prevé el mecanismo necesario para poder llevar a cabo la intervención cuando exista una oposición de los progenitores o representantes legales al tratamiento indicado. En tales casos los profesionales sanitarios deberán ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial directamente o a través del Ministerio Fiscal. Si por razones de urgencia no fuese posible recabar la autorización judicial, los profesionales sanitarios, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber o de estado de necesidad, podrán adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la vida o salud del paciente.

#### 4.2.3 OTRAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE CAPACIDAD NATURAL Y COHERENCIA DEL SISTEMA

Esta limitación de la autonomía de los menores maduros en situaciones de grave riesgo se une a otros supuestos en los que se excluye la capacidad para consentir del menor maduro: los ensayos clínicos, las técnicas de reproducción humana asistida y, a partir de la Ley Orgánica 11/2015<sup>42</sup>, también la interrupción voluntaria del embarazo. Además tampoco se permite a los menores otorgar el documento de voluntades anticipadas (art. 11 LAP)<sup>43</sup>.

La doctrina había puesto de manifiesto numerosas incoherencias derivadas de la regulación de la capacidad del menor para consentir válidamente en el ámbito sanitario<sup>44</sup>. En la actualidad parece

<sup>41</sup> RIVERA ÁLVAREZ, J. M.: «Consentimiento informado...», cit., p. 85, ya criticaba en fase de tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros el 20 de febrero de 2015 por alejarse del principio de autonomía configurado en el Convenio de Derechos del Niño de 1989 en favor del paternalismo médico como solución del conflicto entre autonomía y salud.

<sup>42</sup> Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, publicada el 22 de septiembre del mismo año y que entró en vigor al día siguiente de su publicación.

<sup>43</sup> El art. 11 LAP define estos documentos como aquellos por los que «una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad sobre los cuidados y tratamientos médicos o el destino de su cuerpo», lo que interpretado a contrario, excluye la posibilidad de que sean otorgados por un menor. No obstante, cabe preguntarse si, pese al tenor literal del precepto, un menor emancipado, en la medida en que está habilitado para regir su persona como si fuera un mayor (art. 323. I CC), podría válidamente otorgarlo.

Por su parte, LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital y voluntad del paciente*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 108-109, entiende que un menor de edad sí podría realizar este tipo de documentos.

<sup>44</sup> Así, OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo...», cit., p. 19, se preguntaba si tenía sentido que un menor no pueda dar por sí mismo su consentimiento para un ensayo clínico y sí



que el legislador ha eliminado, o al menos reducido, estas incongruencias al impedir al menor con 16 años cumplidos, y con independencia de su capacidad, consentir válidamente cuando se encuentra en una situación de grave riesgo. Para ello, se ha optado por eliminar la autonomía del paciente menor también en estos supuestos, de forma que su derecho a la autodeterminación queda igualado por abajo en todos los casos.

En concreto, parece que el legislador ha excluido la capacidad del menor en situaciones de grave riesgo, para que la modificación del artículo 9.5 LAP, llevada a cabo meses después y que exige el consentimiento de los titulares de la patria potestad para la interrupción del embarazo por parte de las menores, no supusiese otra incongruencia más. Sin embargo, esta negación de la capacidad de las menores para interrumpir por su sola voluntad el embarazo reviste en sí misma cierta incoherencia<sup>45</sup>.

Pese a que se ha logrado una cierta coherencia interna del sistema, cabe preguntarse hasta qué punto resulta satisfactoria esta regulación y si respeta los derechos y libertades fundamentales de los menores que han alcanzado un grado de madurez suficiente como para decidir por sí mismos de forma autónoma y racional.

### 4.3 Interés superior del menor

El interés superior del menor se configura en la LOPJM como un principio jurídico interpretativo, un derecho sustantivo y una norma procedimental. Este principio, consagrado desde 1959 en la Declaración Universal de los Derechos del Niño y posteriormente en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, debe guiar las actuaciones tanto de entes públicos como privados y goza de primacía frente a otros derechos o intereses cuando no resulte posible conciliarlos (art. 2.4 LOPJM).

Al ser un concepto jurídico indeterminado, el interés del menor debe concretarse atendiendo a las particularidades de cada caso, sin que sea posible determinar *ex ante* y en abstracto su contenido. No obstante, con la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modi-

---

pudiese rechazar sin restricciones un tratamiento vital. Por su parte, DE LORA DELTORO, P.: «Autonomía personal...», cit., pp. 136-137, llamaba también la atención sobre lo sorprendente que resultaba que a partir de los 16 años se permitiese al menor decidir sobre su vida pero no votar y que el art. 156 CP exija ser mayor de edad para otorgar un consentimiento eximente de responsabilidad penal en las intervenciones de cambio de sexo, esterilización y trasplantes de órganos.

<sup>45</sup> Como señala DE LORA DELTORO, P.: «Autonomía personal...», cit., p. 138, resulta paradójico que «una persona juzgada como incapaz para adoptar una decisión es, sin embargo, considerada, siquiera sea implícitamente, suficientemente competente para convertirse en madre».

ficación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el legislador ha introducido en la LOPJM los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de interpretar y aplicar el interés superior del menor. Estos criterios proporcionan al operador jurídico las pautas en las que apoyar su decisión y son la plasmación del criterio doctrinal y jurisprudencial que se había desarrollado en los últimos años<sup>46</sup>.

En el artículo 2 LOPJM se enumeran tanto los criterios generales como los elementos de ponderación. Entre los primeros interesa mencionar los derechos a la vida, al libre desarrollo, a la satisfacción de sus necesidades básicas, a que sus deseos, sentimientos y opiniones sean tenidos en cuenta, a participar progresivamente en la determinación de su interés superior y a la preservación de su identidad, cultura, religión y convicciones. En cuanto a los elementos que deben utilizarse al realizar la ponderación, destacan la edad y madurez del menor, el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo y la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente.

Antes de analizar la adecuación de la regulación actual con el interés superior del menor, es interesante examinar un supuesto que se planteó hace unos años en Reino Unido y que permite apreciar las dificultades que en ocasiones se plantean en este ámbito y que exigen una solución en función de las circunstancias del caso concreto.

#### 4.3.1 EL CASO DE HANNAH JONES

El caso de Hannah Jones, una niña británica de 13 años que rechazó un trasplante de corazón, tuvo una gran repercusión mediática y reabrió el debate en torno a la autonomía que debe reconocerse a los menores en el ámbito sanitario, especialmente cuando están en riesgo su vida o salud<sup>47</sup>.

A Hannah se le había diagnosticado leucemia a la edad de 5 años, por lo que desde entonces estuvo recibiendo sesiones de quimioterapia. Los tratamientos a los que debió someterse durante 8 años acabaron causándole graves problemas cardíacos. Por esta razón le fue implantado un marcapasos y un tiempo después los facultativos informaron a la menor y a sus progenitores de la nece-

---

<sup>46</sup> En la STS 31/7/2009 (RJ 2009/4581) se había señalado la necesidad de determinar los criterios para la valoración del interés del menor, enumerándose a continuación a título de ejemplo los que se habían expuesto por la doctrina y que actualmente han sido incorporados a la LOPJM.

<sup>47</sup> La noticia de la que se hicieron eco numerosos medios puede leerse, entre otros, en: «Hannah no quiere otro corazón», *El País*, 12 de noviembre de 2008.

sidad de un trasplante de corazón. Esta operación no estaba exenta de riesgos e inconvenientes pero era la única opción para salvar la vida de Hannah.

En aquel momento la menor tenía 13 años y, en contra del criterio médico, manifestó su voluntad de no someterse a la intervención aunque ello comportase su fallecimiento en un corto periodo de tiempo. Hannah se negaba porque, según explicó, no se veía con fuerzas para seguir haciendo frente a su enfermedad y, tras años entrando y saliendo de un hospital, había decidido que era suficiente. Sus padres la apoyaron en su decisión y el asistente social con el que se entrevistó determinó que la niña era conocedora de las consecuencias de su decisión y tenía madurez suficiente para decidir por sí misma. La opinión pública también se mostraba favorable a respetar la voluntad de la niña y los médicos, finalmente lo aceptaron y renunciaron a realizar el trasplante.

Al cumplir los 14 años, Hannah cambió de opinión y comunicó su voluntad de someterse al trasplante de corazón. La intervención se realizó con éxito y mejoró sustancialmente su salud y esperanza de vida, pero el debate ya estaba abierto: ¿fue conforme con el interés de la paciente menor la decisión adoptada por el comité de ética del hospital o, por el contrario, se debería haber sometido a Hannah a la intervención en un primer momento en contra de su voluntad?

#### 4.3.2 EL PATERNALISMO DEL ARTÍCULO 9.4 II LAP FRENTE A LA AUTONOMÍA DEL MENOR MADURO

El interés del menor en tomar las decisiones que le conciernen a medida que va adquiriendo la capacidad necesaria se traduce en el ámbito sanitario en la regla de capacidad natural, que se presume a partir de los 16 años. Se respetan así, no solo los derechos que tiene reconocidos en tanto que paciente, sino también su interés como menor en promover su autonomía.

Con la excepción a la regla general prevista en el artículo 9.4 II LAP, el legislador parece querer proteger a los menores ante la posibilidad de que tomen decisiones gravemente perjudiciales para su vida o salud, atribuyendo la facultad decisoria a sus representantes legales. Esta restricción de la autonomía, que se hace en nombre del interés del menor, ignora que precisamente la autonomía es uno de los aspectos fundamentales para determinar su interés. Como se establece en la exposición de motivos de la propia LOPJM: «no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del

sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos».

Actualmente en los casos de grave riesgo solo se exige oír y tener en cuenta la opinión del menor, pero no se reconoce ninguna eficacia a su voluntad aunque demuestre una madurez y capacidad decisoria plenas, lo que resulta contrario al interés del menor en ir adquiriendo un control sobre su situación personal en función de su capacidad. Se ignora también su derecho como paciente capaz a no ser sometido a tratamientos para los que no ha prestado su consentimiento y pueden vulnerarse derechos fundamentales como la integridad física y moral o la libertad ideológica y religiosa.

Esta limitación de su autonomía responde al modelo paternalista adoptado por la FGE en la Circular 1/2012 y acogido posteriormente por el legislador. En la Circular, se hace especial referencia al rechazo de transfusiones de sangre por testigos de Jehová menores de edad, afirmando que, en tales casos, debe autorizarse el tratamiento aunque sea en contra de la voluntad del menor no maduro o de sus progenitores. Hasta aquí, el criterio de la FGE es absolutamente razonable y coincide con la postura adoptada por el TC en la sentencia 154/2002. Sin embargo, hacer extensible esta solución a casos en los que el paciente es un menor completamente maduro, es, cuando menos, discutible.

Creo que esta regulación solo puede defenderse si se asume que ningún menor de edad puede tener la capacidad suficiente para tomar decisiones trascendentales sobre su propia salud<sup>48</sup>. Pese a que por lo general un adolescente no habrá adquirido la capacidad suficiente para asumir decisiones que hagan peligrar su vida o salud, establecer un criterio uniforme y objetivo como la edad constituye una arbitrariedad manifiesta.

Frente a esta solución prevista por el legislador, resultaría mucho más razonable adoptar un criterio subjetivo, que permitiese decidir por sí mismos a aquellos adolescentes que tuviesen capacidad suficiente para ello. Posiblemente la mejor forma de resolver el problema de la competencia de los menores para decidir sea no resolverlo con carácter general y preciso<sup>49</sup>.

El inconveniente de un sistema que atiende a la efectiva capacidad es la pérdida de la seguridad jurídica que proporciona un crite-

---

<sup>48</sup> Parece ser la postura de OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo...», cit., p. 10, quien afirma que «los menores de edad [...] son incapaces de actuar como agentes morales y de forma plenamente racional», esto se debe a que «existen áreas cerebrales fundamentales para el control racional de la conducta, como la corteza prefrontal, que no completan su desarrollo hasta la tercera década de la vida» (p.12).

<sup>49</sup> En este sentido DE LORA DELTORO, P.: «Autonomía personal...», cit., p. 135, quien afirma que «fijar rígidamente una edad no deja de resultar un ejercicio de fetichismo y arbitrariedad, como los críticos del llamado «liberacionismo infantil» adujeron siempre».

rio objetivo como el de la edad. Actualmente, cuando los facultativos atienden a un menor en situación de grave riesgo tienen la certeza de que el consentimiento otorgado por sus progenitores o tutores es válido, mientras que si tuviesen que valorar la capacidad de un menor de 17 años se plantearían muchas más dudas que podrían incluso hacerles temer una potencial reclamación de responsabilidad. No obstante, y pese a los problemas de seguridad jurídica que derivarían de hacer depender la eficacia del consentimiento de la capacidad natural del paciente menor, creo que es un inconveniente que puede y debe asumirse, encomendando la valoración de los casos concretos, si no a los facultativos, a otros especialistas. Si el legislador realmente se toma en serio los derechos de los menores, no puede pretender maximizar la seguridad jurídica a costa del interés de estos.

#### 4.3.3 EL «MAYOR BENEFICIO PARA LA VIDA» DEL ARTÍCULO 9.6 LAP FRENTE AL MAYOR BENEFICIO PARA EL MENOR

Cuando el consentimiento deban otorgarlo los progenitores o las personas vinculadas al paciente, el legislador ha establecido que «la decisión deberá adoptarse siempre atendiendo al mayor beneficio para la vida o salud del paciente» (9.6 LAP). Esto es aplicable tanto en los supuestos en que el menor no es capaz para decidir por sí mismo, como en los casos en los que siendo capaz, por encontrarse en una situación de riesgo, se atribuye la decisión al representante.

Este precepto muestra la preocupación del legislador por la protección del interés del menor mediante la salvaguarda de derechos tan importantes como la vida y la salud, aunque para ello ignora otros derechos e intereses como la autodeterminación personal, la integridad física, la libertad religiosa o la dignidad del menor.

Se ha sostenido que el Estado tiene que proteger, en todo caso, la vida de los menores en virtud del mandato del artículo 39 CE. Da la impresión de que esta línea argumental situaría a los menores en una situación de dependencia respecto del Estado similar a la de los presos del GRAPO. Frente a esto, parece evidente que la «protección integral» de los menores no debe limitarse a su vida prescindiendo del resto de derechos, sino que el deber del Estado que deriva del artículo 39 CE no es otro que la protección del interés superior de los menores<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> El art. 39 CE exigirá la protección de la vida de los menores en los supuestos en que esta se identifique con el mayor interés del menor. Por ejemplo, el Estado deberá salvaguardar la vida e integridad física del menor cuando no tenga madurez suficiente, aun-

El respeto al interés del menor en el ámbito sanitario exige que las decisiones adoptadas por sus representantes o a la autoridad judicial redunden en su beneficio que no siempre coincidirá con el «mayor beneficio de la vida» al que se refiere el artículo 9.6 LAP. Aun admitiendo el criterio adoptado en el artículo 9.4 II, según el cual todos los menores son sujetos incapaces para asumir decisiones vitales y, por tanto, necesitan que sea una tercera persona quien emita el consentimiento en su lugar, es muy cuestionable que la preservación de la vida sea siempre la opción más respetuosa con el interés del menor. A diferencia de la cuestión relativa a la autonomía, creo que la exigencia legal de salvaguardar la vida puede vulnerar tanto el interés del menor maduro como del menor inmaduro<sup>51</sup>.

Tal y como establecen, entre otros, la Convención sobre los Derechos del Niño y la LOPJM, el interés del menor es el que debe primar al adoptar decisiones que le afecten y para determinarlo es necesario oír su opinión e incluirla en la evaluación de su interés objetivo<sup>52</sup>. Incluso un menor sin madurez para decidir por sí mismo puede tener razones objetivamente válidas para aceptar o rechazar un tratamiento, en cuyo caso deberán tenerse en cuenta por la persona que deba decidir en su lugar<sup>53</sup>.

El caso de Hannah permite cuestionar si es la preservación de la vida el criterio que debe guiar en todo caso la actuación médica cuando el paciente es un menor o si, por el contrario, pueden darse circunstancias que justifiquen otra decisión. Se trata de un supuesto límite, en el que la posibilidad de preservar la vida de la menor pasa por someterla a una intervención compleja y arriesgada, cuyo éxito no está asegurado y que la paciente no se siente en condiciones de afrontar. Como se ha señalado, la realización del trasplante ignorando su deseo de no sufrir más habría sido sencillamente cruel<sup>54</sup>.

Si se plantease actualmente en nuestro país un caso como el de Hannah, una interpretación literal a ultranza del artículo 9.6 LAP

---

que se oponga por razones religiosas. Como ha señalado DE LORA DELTORO, P.: «Autonomía personal...», cit., p. 131, en estos casos la mejor justificación para desplazar el criterio religioso es la necesidad de preservar la posibilidad de ejercicio de la autonomía futura del menor.

<sup>51</sup> VILA-CORO, M. D.: *La bioética en la encrucijada. Sexualidad, aborto, eutanasia*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 188, «actuar a favor de la vida no significa, necesariamente, actuar en interés del paciente»; OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo...», cit., p. 20, «la vida no es lo único valioso que posee el menor. Su preservación no representa siempre, necesariamente, su mejor interés».

<sup>52</sup> OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo...», cit., p. 23.

<sup>53</sup> Como señala la Observación General n.º 12 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, relativa al derecho del niño a ser escuchado, no es posible una aplicación correcta del interés del menor si no se respeta su derecho a ser oído (§ 74).

<sup>54</sup> Así OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo...», cit., p. 26.

obligaría a los progenitores, una vez oída la opinión de la menor y pese a la razonabilidad de sus argumentos, a autorizar el trasplante y, en caso de negarse, los facultativos recabarían la autorización judicial.

Sin embargo, el artículo 9.7 LAP establece que el consentimiento por representación deberá prestarse siempre en beneficio del paciente y con respeto a su dignidad personal, previsión que, a mi juicio, obliga a matizar la exigencia de salvaguardar siempre la vida del paciente menor manifestada en la Circular 1/2012. En consecuencia, y pese a la literalidad del artículo 9.6 LAP, el «mayor beneficio para la vida» debe completarse con lo previsto en el artículo 9.7 LAP, de forma que el consentimiento otorgado por representación se preste siempre en beneficio del paciente, con especial consideración de su vida, pero respetando, en todo caso, unas condiciones mínimas de dignidad. Además, siendo el paciente un menor, no puede olvidarse que tanto los progenitores, que en el ejercicio de la patria potestad están vinculados por el interés del menor, como los facultativos y la autoridad judicial deberán decidir siempre en beneficio del paciente menor<sup>55</sup>.

El respeto a la dignidad del paciente prohíbe también prolongar artificialmente la vida de quien no tiene posibilidad de curarse mediante tratamientos médicos excesivos que solo provocan un mayor padecimiento. En estos supuestos, denominados de ensañamiento, obstinación o encarnizamiento terapéutico, deben limitarse los esfuerzos terapéuticos encaminados a retrasar la muerte, sin dejar de atenderse las necesidades y cuidados paliativos que requiera el paciente.

## V. SUSTITUCIÓN DEL CONSENTIMIENTO DEL MENOR

La prestación del consentimiento por parte de los representantes legales del menor, generalmente los progenitores, requiere establecer el alcance de su deber de velar, especialmente cuando es contrario a sus creencias religiosas. Por otra parte, se han articulado los mecanismos necesarios para garantizar la protección del menor cuando quienes deben decidir en su lugar se oponen al criterio médico por motivos ajenos al interés del menor.

---

<sup>55</sup> En esta línea, el Convenio de Oviedo establece en su art. 6, relativo a la protección de las personas que no tienen capacidad para expresar su consentimiento, que procede consentir al representante cuando un *menor no tenga capacidad* necesaria y prevé la posibilidad de retirar el consentimiento siempre que sea *en interés de la persona afectada* (no de su vida).

## 5.1 CONCILIACIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS PADRES CON SU DEBER DE VELAR

Como ya se ha puesto de manifiesto en diversas sentencias dictadas por nuestros tribunales, el deber de los progenitores de autorizar los tratamientos médicamente recomendados sobre sus hijos cuando estos carecen de la capacidad suficiente, puede ser contrario a las convicciones ideológicas de aquellos. En estos supuestos, su derecho a la libertad religiosa entra en conflicto con su deber de velar por los hijos. Pese a que el interés superior del menor debe primar sobre cualesquiera otros intereses en juego, cuando se ven afectados derechos fundamentales de otras personas, estos deben valorarse (art. 2.4 LOPJM).

El TC se pronunció en la STC 154/2002 sobre la conducta que era legalmente exigible a unos progenitores, testigos de Jehová, que se negaban a autorizar una transfusión sanguínea de la que dependía la vida de su hijo. El Tribunal ponderó el derecho a la vida del menor y la libertad religiosa de los progenitores para llegar a la conclusión de que «la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó el tratamiento»<sup>56</sup>. De esta forma la jurisprudencia constitucional establece que no es exigible el consentimiento ni la colaboración activa de los progenitores (por ejemplo, convenciendo al menor). Es suficiente una falta de oposición y un comportamiento que, por lo demás, sea diligente, pudiendo consistir en la búsqueda de tratamientos alternativos que, de no existir, obligará a acatar la decisión judicial.

En este pronunciamiento, anterior a la modificación de la LAP, el TC resuelve un supuesto en que el paciente era un menor sin una acreditada «madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital», circunstancia que resulta esencial porque, como señala el TC, su voluntad de rechazar el tratamiento no resultaba vinculante. Actualmente, las mismas consideraciones sobre el deber de actuación de los progenitores son trasladables a los supuestos en que, siendo el menor suficientemente maduro, se enfrenta a una intervención de grave riesgo.

## 5.2 AUTORIZACIÓN JUDICIAL Y CRITERIO MÉDICO

El respeto de la libertad religiosa de las personas a las que se atribuye la capacidad para otorgar el consentimiento por sustitu-

---

<sup>56</sup> STC 154/2002, de 18 de julio (FJ 12.º).



ción es posible porque se prevén los mecanismos que permiten realizar las intervenciones médicas necesarias cuando la decisión es contraria a la vida o salud del menor<sup>57</sup>. Normalmente deberá recabarse la autorización judicial<sup>58</sup>, aunque se permite la actuación directa del médico si, por razones de urgencia, no fuese posible recabar dicha autorización (art. 9.6 LAP).

El médico, tras valorar la madurez del menor para comprender el alcance de la intervención y la existencia o no de grave riesgo, solicitará la autorización judicial cuando entienda que la decisión de los progenitores no es la más beneficiosa para la vida o salud del menor. Se ha sostenido que, incluso cuando los progenitores no adopten la decisión más favorable a la vida por razones justificadas, el legislador exige que el médico lo ponga en conocimiento del juez<sup>59</sup>. Esta judicialización no sería necesaria entendiendo el deber de decidir en favor de la vida en el sentido, anteriormente indicado, de una vida en unas condiciones mínimas de dignidad. No obstante, es previsible que el profesional sanitario, para evitar la posterior exigencia de responsabilidades, acuda ante la duda a la autoridad judicial.

En cualquier caso, la decisión del juez deberá atender al interés superior del menor y solo será vinculante para el médico cuando le niegue la facultad de aplicar el tratamiento, puesto que la autorización habilita pero no obliga a actuar, dependiendo en última instancia la decisión del facultativo. Lo habitual será que cuando se resuelva favorablemente la solicitud de un médico para aplicar un tratamiento, este lo lleve a cabo. Sin embargo, es posible que, al igual que sucedió el caso resuelto por la STC 154/2002, pese a la autorización judicial no llegue a efectuarse<sup>60</sup>. En tal caso, el médi-

<sup>57</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Responsabilidad civil...*, cit., p. 200.

<sup>58</sup> Así lo establecen tanto el art. 9.6 LAP como el art. 17.10.º LOPJM. Este último declara que la negativa de los padres, tutores o guardadores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad de un menor constituye una situación de riesgo que exige la puesta en conocimiento de la autoridad judicial por parte de las autoridades sanitarias.

<sup>59</sup> Así, HORRA VERGARA, N. «La incidencia...», cit., p. 42: «Lo que sí exige el legislador es la judicialización de la toma de decisiones en aquellos casos en que el representante legal no haya consentido en beneficio de la vida y la salud del menor, pese a que la decisión adoptada haga prevalecer la dignidad de la persona frente a la conservación de la vida a toda costa».

<sup>60</sup> Aunque en la sentencia el TC no se analiza esta cuestión, es llamativo que, tras la violenta negativa del menor, los médicos no realizasen la transfusión «por no considerarlo en ese momento ético ni médicamente correcto». En opinión de SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: «Implicaciones jurídicas del rechazo de un tratamiento médico vital para un menor», *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n.º 2, febrero de 2003, los médicos incumplieron su obligación de preservar la vida del paciente y señala que no es comprensible por qué la objeción de conciencia de los médicos es merecedora de un reproche menor que las convicciones religiosas que alegaban los progenitores.

co deberá tener razones que justifiquen su cambio de criterio respecto a la necesidad de intervención.

## VI. CONCLUSIONES

La regulación actual de los derechos de los pacientes menores ha supuesto una vuelta al paternalismo tradicional, en contra de la progresiva evolución en materia de derechos y autonomía del paciente que se venía observando. Supone una restricción injustificada de la autonomía privada puesto que se priva al menor maduro de la posibilidad de consentir o rechazar un tratamiento médico cuando se encuentra en una situación de grave riesgo sin tomar en consideración su efectiva capacidad.

Cuando un menor reúne las condiciones de madurez necesarias para decidir sobre un tratamiento al que puede ser sometido, impedirle hacerlo choca frontalmente con el principio de autonomía del paciente, es contrario al interés superior del menor en la medida en que se niega su autonomía para el ejercicio de derechos de la personalidad que progresivamente había ido adquiriendo y puede llegar a vulnerar sus derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la libertad religiosa.

Una regulación respetuosa con la autonomía del paciente debería permitir al menor competente consentir o rechazar una intervención médica, incluso cuando ésta fuese necesaria para prolongar su vida. El interés del menor exige que su capacidad sea valorada en el caso concreto por el profesional sanitario y, en su caso, por la autoridad judicial. Esta solución no es tan satisfactoria como la vigente en términos de seguridad jurídica, pero entiendo que es inevitable asumir un cierto grado de incertidumbre si se pretende respetar la autonomía del menor y no incurrir en paternalismos contrarios a su interés superior.

Si finalmente los padres, el médico o el juez deben decidir, como dispone el artículo 9.6 LAP, «en beneficio de la vida o la salud», habría que tener en cuenta el artículo 9.7 LAP, de forma que se respete siempre la dignidad del paciente. Por ello, las personas legitimadas para adoptar la decisión deberán valorar todas las circunstancias, evitando la automática identificación del beneficio del paciente menor con la preservación de su vida.

Llama especialmente la atención la vulneración del interés del menor al negarse su autonomía, ya que la Ley 26/2015 se aprueba junto con la LO 8/2015 que modifica el artículo 2 LOPJM precisamente para introducir los criterios determinantes del interés supe-

rior del menor. Para evitar que el interés del menor pueda verse doblemente vulnerado, debe interpretarse el art. 9.6 LAP en el sentido señalado, lo que además de ser conforme a la propia LAP, se deduce de una interpretación sistemática de las leyes de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARRUEGO RODRÍGUEZ, G.: «El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español», *InDret* 2/2009, pp. 1-27.
- BERROCAL LANZAROT, A. I.: «El consentimiento informado como derecho del paciente en la nueva ley 41/2002, de 14 de noviembre», *La praxis del consentimiento informado en la relación sanitaria: aspectos biojurídicos*, coord. J. C. Abellán Salort, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007, pp. 39-137.
- DE LORA DELTORO, P.: «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», *Enrahonar* 40/41, 2008, pp. 123-140.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, T. I, 11.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2012.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2003.
- GRACIA, D.: *Fundamentos de bioética*, Eudema Universidad, Madrid, 1989.
- HORRA VERGARA, N.: «La incidencia de la Ley 26/2015 en la Ley 41/2002 sobre capacidad de los menores de edad en el ámbito sanitario», *Revista Adolescere*, vol. 4, n.º 1, 2016, pp. 35-43.
- HUALDE MANSO, T.: «Oposición a transfusiones e intervenciones médicas en situación de riesgo de los menores», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 10/2013, Cizur Menor, 2013, pp. 109-120.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital y voluntad del paciente*, Dykinson, Madrid, 2003.
- MOLERO MARTÍN-SALAS, M. P.: *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Estudios constitucionales, Madrid, 2014.
- OGANDO DÍAZ, B y GARCÍA PÉREZ, C.: «Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro», *Pediatría Integral*, Vol. XI, n.º 10, 2007, pp. 877-883.
- OJEDA RIVERO, R.: «El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo», *InDret*, 3/2015, pp. 1-39.
- PARRA LUCÁN, M. A.: «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 2, 2003.
- RIVERA ÁLVAREZ J. M.: «Consentimiento informado del adolescente en situaciones de grave riesgo: ¿autonomía privada vs. interés superior del menor?», *Revista de Derecho Privado*, n.º 99, 2015, pp. 71-88.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas, Madrid, 2009.
- RUIZ MIGUEL, A.: «Autonomía individual y derecho a la propia muerte», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 89, 2010, pp. 11-43.

- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: «Implicaciones jurídicas del rechazo de un tratamiento médico vital para un menor», *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n.º 2, febrero de 2003, pp. 17-26.
- SANTOS MORÓN, M. J.: «Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor», *AFDUAM*, n.º 15, 2011, pp. 63-93.
- VALERO HEREDIA, A.: «Repercusiones jurídicas de la conciliación entre la libertad religiosa y las hemotransfusiones cuando la vida de un menor está en juego: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio, en el caso de los testigos de Jehová», *Parlamento y Constitución. Anuario*, n.º 6, 2002, pp. 273-307.
- VILA-CORO, M. D.: *La bioética en la encrucijada. Sexualidad, aborto, eutanasia*, Dykinson, Madrid, 2003.



Los Principios Latinoamericanos  
de Derecho de los Contratos. Una mirada desde  
el Derecho europeo, 11 y 12 de julio de 2017,  
Pontificia Universidad Católica  
de Valparaíso (Chile)

**BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ\***

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil (Titular acreditada)  
Universidad Autónoma de Madrid

**RESUMEN**

*Este trabajo expone la regulación de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos en el contexto del Derecho europeo, latinoamericano y uniforme del Derecho de Contratos a través de la síntesis de las ponencias que se presentaron en el Congreso Internacional celebrado al efecto en julio de 2017 en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.*

**PALABRAS CLAVE**

*Derecho de contratos; Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos; lex mercatoria; Representación; Formación del contrato; Buena fe; Error; Restituciones; Nulidad del contrato; Resolución del contrato por incumplimiento; Imprevisión; Caso fortuito; Imposibilidad; Incumplimiento; Nachfrist; Remedios del incumplimiento; Indemnización de daños y perjuicios; Cláusula penal.*

---

\* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «Los Principios latinoamericanos de derecho de contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación» (DER2014-53972-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y codirigido por los Profesores Nieves FENOY PICÓN y Antonio Manuel MORALES MORENO.

**ABSTRACT**

*This paper explains the Principles of Latin American Contract Law from the perspective of the European Contract Law, the Latinoamerican Contract Law and the Uniform Contract Law. This was the object of the International Conference held in the Catholic Pontifical University of Valparaíso last July: the main conclusions of that conference are summarized in this paper.*

**KEYWORDS**

*Contract Law; Principles of Latin American Contract Law; Lex mercatoria; Agency; Formation of the contract; Good faith; Mistake; Restitutions; Nullity of the contract; Termination for non performance; Change of circumstances; Force majeure; Impossibility; Non performance; Nachfrist; Remedies for non performance; Damages; Penalty clause.*

**SUMARIO:** I. *Introducción.*—II. *Conferencias inaugurales y de cierre.*—III. *Funciones y aplicación de los PLDC.*—IV. *Representación en los PLDC.*—V. *Formación del contrato: buena fe, error, información y confianza.*—VI. *Restituciones en los PLDC. Nulidad y resolución ¿Sistema único o diferenciado?*—VII. *La nulidad del contrato ¿Qué mejoras introducir para una coherencia en el sistema de ineficacias?*—VIII. *Imprevisión.*—IX. *Caso fortuito, imposibilidad y remedios del acreedor.*—X. *La indemnización de daños en los PLDC.*—XI. *Cláusula penal.*—XII. *Valoración final.*

**I. INTRODUCCIÓN**

Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (a partir de ahora PLDC) constituyen un texto que es, ya, de sobra conocido entre los juristas, no sólo latinoamericanos, sino también europeos, gracias a la labor de difusión de sus impulsores, que se han preocupado de presentar ante la comunidad científica su trabajo en diversas Jornadas y Congresos de discusión y de análisis<sup>1</sup>. En

<sup>1</sup> Las primeras tuvieron lugar en 2013 (los días 19 y 20 de noviembre) en Santiago de Chile y Valparaíso bajo el título «El derecho de los contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento». Una crónica de estas Jornadas puede verse en MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Los Principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», en *ADC* (2014) I, pp. 227-254.

Las segundas Jornadas se celebraron en 2015 (el 25 de junio) en Oxford y se titularon *The future of Contract Law in Latin America*. La reseña a este congreso puede verse en GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: «The Future of Contract Law in Latin America, 25 de junio de 2015, Institute of European and Comparative Law, University of Oxford (Reino

estas líneas se da cuenta del, hasta el momento, último encuentro académico sobre el tema<sup>2</sup>, un Congreso Internacional celebrado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile) organizado por el Centro de Estudios de Derecho Privado Latinoamericano (CEDPRIL)<sup>3</sup>, con el auspicio del Magíster en Derecho de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, la colaboración de la Universidad Diego Portales y en el marco de ejecución del Proyecto chileno Fondecyt<sup>4</sup> Regular número 11611380, dirigido por el Profesor De la Maza (Universidad Diego Portales) y el Proyecto financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España, DER 2014-53972-P, codirigido por los Profesores Morales y Fenoy (Universidad Autónoma de Madrid).

Hasta la fecha, existen 5 versiones de los PLDC<sup>5</sup>: el primer borrador es de noviembre de 2013<sup>6</sup>; el segundo, de octubre de 2014; el tercero, de octubre de 2015<sup>7</sup>; el cuarto, de agosto de 2016; la última versión data de septiembre de 2017. El Congreso del que

---

Unido)», en *ADC*, (2015) III, pp. 1083-1090. Además, se han publicado recientemente las actas del mismo en *The future of Contract Law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law*, editado por los profesores Rodrigo MOMBERG y Stefan VÖGENAUER, ed. Hart Publishing, Oxford, 2017.

Las terceras Jornadas tuvieron lugar en 2016 (los días 16 y 17 de junio) en Madrid, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, bajo el nombre *Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis*. Sobre ellas, véase SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», en *ADC* (2016) III, pp. 991-1038.

<sup>2</sup> Sin contar con los encuentros que periódicamente han mantenido los redactores de los PLDC en orden a su revisión y perfeccionamiento. El último de ellos se produjo el pasado agosto en Bogotá.

<sup>3</sup> Se trata de un centro creado el 10 de abril de 2017, cuyo director es el Profesor Alejandro GUZMÁN BRITO y que tiene como objetivo primordial el de incrementar y promover el estudio del Derecho Privado Latinoamericano mediante la organización de actividades de diversa índole, tales como la realización de cursos de posgrado, la organización de encuentros científicos y la publicación de trabajos científicos. La vocación internacional del Centro quedó patente en la expresión del deseo por parte de sus fundadores de estrechar los lazos, no sólo con las Facultades de Derecho de Chile, sino también con las del extranjero.

Como muestra de las actividades del centro, baste citar aquí la reciente inauguración, el 8 de septiembre de este mismo año, del título de Diplomado en Derecho de Contratos, en la que intervino el conocido y prestigioso Profesor de la Universidad de Oxford John CARTWRIGHT.

<sup>4</sup> Siglas que están por Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico.

<sup>5</sup> A las que habría que añadir el informe con un diagnóstico del Derecho de contratos que cada uno de los países involucrados en el Proyecto (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Uruguay y Venezuela) elaboró a partir de un cuestionario de 39 preguntas sobre los aspectos esenciales del Derecho de contratos. Dicho informe se encuentra publicado en PIZARRO WILSON, Carlos (coord.), *El Derecho de los contratos en Latinoamérica. (Bases para unos Principios de derecho de los contratos)*, ed. Universidad Externado de Colombia, 2012.

<sup>6</sup> Disponible en MORALES MORENO, *ADC* (2014) I, pp. 241-254.

<sup>7</sup> Disponible en SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016) III, pp. 1012-138.



se da cuenta en estas líneas tomó como base de sus discusiones el borrador de agosto de 2016; algunas de las sugerencias que en él se hicieron han sido tenidas en cuenta en la revisión del texto que ha desembocado en la versión de 2017.

Tal y como se desprende del título del Congreso (*Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el Derecho Europeo*), su objetivo consistió en contextualizar los PLDC en el marco del Derecho Europeo, lo que se concretó en un análisis crítico, que utilizó como contrapunto algunos Ordenamientos jurídicos del viejo continente (principalmente el francés, el alemán y el español), así como la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías<sup>8</sup> (en adelante, CISG), los Principios de Derecho Contractual Europeo<sup>9</sup> (en adelante, PECL), el Marco Común de Referencia<sup>10</sup> (en adelante, MCR) y los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT<sup>11</sup> (en adelante, Principios UNIDROIT); no faltaron tampoco las alusiones a los Derechos latinoamericanos. Si se me permite la precisión, diría que la mirada se hizo desde el *Moderno Derecho europeo y uniforme de contratos*: enseguida se comprobará que, una vez más<sup>12</sup>, quedó de manifiesto la tensión existente en los PLDC entre las construcciones tradicionales del Derecho de contratos y las modernas.

El Congreso constó de tres conferencias inaugurales, dos conferencias de cierre y 9 mesas de discusión. En cada una de las mesas el tema era presentado por dos o tres ponentes, que incluían en sus intervenciones la explicación y el fundamento de la regla adoptada en los PLDC y su comparación con los ordenamientos jurídicos latinoamericanos (si el ponente era latinoamericano) y con el Derecho europeo y uniforme. Las ponencias eran comentadas por dos académicos que, en un tiempo máximo de 5 minutos, generaban una primera discusión en la mesa. Tras ello, se abría el debate al público.

<sup>8</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980.

<sup>9</sup> *Principles of European Contract Law, Parts I and II*. Prepared by the Commission on European Contract Law. Ed. By O. LANDO and H. BEALE. Ed. Kluwer International, 2000.

<sup>10</sup> Study Group on a European Civil Code, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Full edition, Volume I, Sellier, European law publishers 2009.

<sup>11</sup> UNIDROIT *Principles on International Commercial Contracts*, published by the International Institute for the unification of Private Law, Rome, 2010.

<sup>12</sup> SAN MIGUEL PRADERA [ADC (2016) III p. 1011], concluía su detallada reseña de las Jornadas celebradas en 2016 constatando que «[e]n estas jornadas ha quedado clara la tensión que ha existido en la elaboración de los PLDC entre la influencia del derecho decimonónico, fundamentalmente europeo, y la influencia de textos del denominado moderno derecho de contratos».

## II. CONFERENCIAS INAUGURALES Y DE CIERRE

La inauguración del Congreso estuvo a cargo de los Profesores Peñailillo (Universidad de Concepción) y Morales (Universidad Autónoma de Madrid).

La conferencia del profesor Peñailillo llevaba como título *El equilibrio contractual ante los PLDC*. Su análisis tuvo muy presente el modelo del Código Civil y Comercial argentino.

La patrimonialidad de la prestación fue el primer aspecto estudiado por el ponente, quien puso de manifiesto que el CC y comercial argentino adopta una posición intermedia, al entender que la obligación ha de ser susceptible de evaluación pecuniaria, pero puede responder tanto a un interés patrimonial como a uno extrapatrimonial del acreedor.

A continuación, el Profesor Peñailillo se centró en las fuentes de las obligaciones, para destacar la consagración explícita en el CC y comercial argentino del enriquecimiento injustificado como fuente, así como la regulación de la promesa unilateral de voluntad inspirada en el Derecho alemán.

Tras aludir al reconocimiento de deuda, destacó que la buena fe no cuenta con una definición en los PLDC, lo que no le pareció criticable, si bien se mostró partidario de que en los Códigos civiles sí exista dicha definición.

Al tratar la causa no pudo por menos que recordar su eliminación en la reciente reforma del Derecho francés; lo que contrasta con su mantenimiento en los PLDC y en el CC y comercial argentino.

Finalizó el ponente señalando que la estipulación a favor de tercero, regulada en los PLDC, no debería formar parte de unos principios generales.

El Profesor Morales tituló su conferencia inaugural *El ejercicio extrajudicial de los remedios por incumplimiento contractual como regla en los PLDC*, título que pone ya de manifiesto el paso decidido que han dado los PLDC hacia la recepción en su seno de la CISG.

La intervención del Profesor Morales tuvo tres partes diferenciadas. En la primera recordó de manera sintética y clara las ideas básicas del Moderno Derecho de Contratos; en la segunda se centró en el ejercicio extrajudicial de los remedios, en general; para, en la tercera, centrarse en el texto de los PLDC y analizar determinados remedios. Aludiré a las ideas esenciales de cada una de estas partes.

Las dos grandes reglas que caracterizan al Moderno Derecho de Contratos son, por un lado, un concepto unitario y neutro de incumplimiento y, por otro, un sistema articulado de remedios. El concepto de incumplimiento es *unitario* puesto que se trata del supuesto básico de cualquier remedio; y es *neutro* porque para apreciar incumplimiento no importa más que el hecho objetivo del incumplimiento, no siendo la culpa un requisito para configurar el supuesto de hecho básico. Cada uno de los remedios exige la concurrencia del supuesto básico más el supuesto complementario, que varía de un remedio a otro. Destacó también el profesor que la idea de obligación desaparece y viene a ser sustituida por la de contrato: y así, lo que se incumple no es la obligación, sino el contrato, lo que permite entender el cumplimiento y el incumplimiento no sólo desde la perspectiva del deudor, sino también, desde la del acreedor.

A continuación, el ponente recordó la tendencia del Moderno Derecho de contratos a facilitar el ejercicio extrajudicial de los remedios, siendo necesario en este punto distinguir entre los remedios que constituyen derechos potestativos y aquellos que son acciones o pretensiones. Los primeros, cuyo origen se sitúa en el Derecho alemán, confieren a su titular un poder jurídico, consistente en la producción por su voluntad de efectos jurídicos que inciden en la esfera jurídica ajena y que, de no tener dicho poder, habrían requerido el consentimiento de la otra parte. Este tipo de remedios, cuyo ejemplo más paradigmático es la resolución del contrato, permiten el ejercicio extrajudicial, aunque el legislador puede imponer el ejercicio judicial. Los remedios del segundo tipo (aquellos que constituyen acciones o pretensiones) exigen a la otra parte un dar, un hacer o un no hacer; necesitan, pues, el empleo de la coacción, para lo que el acreedor necesita del apoyo del juez (sin perjuicio de que las partes puedan llegar a un acuerdo sobre la existencia misma del incumplimiento y del remedio). Se situarían en este ámbito la pretensión de cumplimiento y la pretensión indemnizatoria. El profesor Morales abordó seguidamente las ventajas de transformar un sistema basado en acciones en un sistema de ejercicio extrajudicial de los remedios.

La última parte de la intervención se ocupó del análisis de la regulación de algunos remedios en los PLDC, favorables, como ya se ha indicado, al ejercicio extrajudicial. Analizó en primer lugar la reducción del precio, cuya regulación consideró escasa. El profesor se mostró convencido de que sería necesario arbitrar la necesidad

de una *Nachfrist*, pues clarificaría enormemente y evitaría discusiones<sup>13</sup>.

En relación con la resolución, el ponente reveló una dualidad perturbadora en los PLDC: la admisión tanto de la resolución por declaración de voluntad como de la resolución judicial. Considera el profesor que, aunque al acreedor le pueda interesar acudir al juez para evitar discusiones, esta vía está ya reconocida en la posibilidad que, de manera general, ofrece el ordenamiento jurídico de ejercitar acciones.

Las pretensiones de cumplimiento e indemnizatoria fueron objeto de análisis conjunto, que estuvo centrado en la relación entre ambos remedios. Los modelos de Derecho comparado a este respecto son dos: el continental, por un lado, que otorga prioridad a la pretensión de cumplimiento; y el angloamericano, en el que el remedio indemnizatorio es el medio de tutela primario, siendo privado el acreedor, en principio y salvo casos excepcionales, de la pretensión de cumplimiento. El profesor se centró en la regulación de la ejecución en la Ley de Enjuiciamiento Civil española y se preguntó si no sería razonable permitir al acreedor, a su riesgo, hacer lo que el juez haría: los PLDC, indicó el profesor Morales, lo permiten, si bien de manera críptica.

Fue el Profesor Barros (Universidad de Chile) quien pronunció la conferencia de cierre del primer día, con una intervención titulada *Fuerza económica y abuso de posición de ventaja en los PLDC*.

Tras una breve referencia a las particularidades propias de las condiciones generales de la contratación, el profesor se refirió, en primer lugar, a los deberes de información y al diferente papel que juegan en contratos desarrollados (o sofisticados), en los que las partes se solicitan información recíprocamente, y en contratos no desarrollados (o no tan sofisticados), en los que el alcance de estos deberes queda desdibujado.

A continuación, el ponente aludió al error y, en particular, a la tendencia cada vez más generalizada de que sea relevante en la medida en que sea imputable a la otra parte.

Finalmente, el profesor chileno se refirió a los abusos, clasificándolos en dos tipos: el moral o económico y el aprovechamiento

---

<sup>13</sup> Lo que ha sido incorporado en la última versión de los PLDC, que en su artículo 94, titulado «Plazo de subsanación», establecen:

«(1) Salvo incumplimiento esencial, el acreedor debe otorgar un plazo adicional de duración razonable al deudor para que subsane su incumplimiento.

(2) Mientras se encuentre pendiente el plazo, el acreedor no puede ejercer ningún medio de tutela que sea incompatible con la subsanación, quedando a salvo su derecho a la indemnización.

(3) Si el deudor no subsana dentro del plazo o declara que no lo hará, el acreedor puede ejercitar cualquiera de los medios de tutela».

de una situación que no fue creada por la otra parte; e ilustró cada una de estas modalidades con sendos casos<sup>14</sup>. La violencia económica, indicó el ponente, no se encuentra regulada en los PLDC.

Terminó su intervención aludiendo al CC francés, que calificó de progresivo dentro de la tradición.

Una calificación similar, aunque no idéntica, de la reciente reforma del CC francés es la que empleó el ponente de la conferencia inaugural del segundo día, el Profesor Schulze (Universidad de *Münster*), que la consideró una continuación de las tendencias francesas. El ponente tituló su intervención *El modelo contractual en el Derecho alemán tras la reforma del BGB* y la estructuró en 4 partes: la formación del contrato; las obligaciones derivadas del contrato; el incumplimiento y los remedios; y la alteración de la base del negocio. Me referiré brevemente a cada una de ellas.

Inició el profesor su intervención aludiendo a los requisitos de formación del contrato, que actualmente coinciden con las normas que a este respecto pueden encontrarse en instrumentos internacionales (que requieren la existencia de una voluntad de vincularse y un acuerdo suficiente). Los principios UNIDROIT pueden aportar sugerencias al mecanismo tradicional de celebración, el de la oferta y la aceptación: aludió, por ejemplo, a las declaraciones de voluntad cruzadas en las que el texto citado considera que hay consenso, aunque haya dos ofertas.

A continuación, el ponente se refirió a los derechos y las obligaciones de las partes, centrándose en la obligación de cumplimiento, la buena fe y las obligaciones de protección: la obligación de cumplimiento se proyecta sobre el contenido de la relación obligatoria, que se configura como la posibilidad del acreedor de exigir la prestación al deudor; el parágrafo 242 BGB, que recoge la buena fe, es una norma imperativa de amplio alcance que abarca las modalidades de prestación, la obligación de colaboración del acreedor y la obligación de información, concretadas todas ellas por la jurisprudencia; en fin, la obligación de protección se proyecta en el respeto de los bienes jurídicos, derechos e intereses de la otra parte.

El profesor Schulze definió el incumplimiento como un concepto amplio y general y lo tipificó en tres grupos: incumplimiento definitivo, prestación no conforme e infracción de una obligación de protección. La influencia de la CISG y del Derecho Privado Europeo es, como el propio profesor observó, patente. En relación con los remedios frente al incumplimiento, el ponente hizo hinca-

---

<sup>14</sup> Y así, mencionó el conocido caso inglés sobre *economic duress*, *The Atlantic Baron (North Ocean Shipping Co Ltd v Hyundai Construction Co Ltd [1979] QB 705)*.

pié en que basta una infracción objetiva para permitir la entrada en juego de los remedios, siendo solo el remedio indemnizatorio el que exige la culpa del deudor, que, además, se presume. Centrada su atención en la resolución, destacó sus rasgos esenciales: y así, el ejercicio de dicho remedio no exige que el incumplimiento haya sido esencial (el acreedor puede resolver, salvo que se trate de un incumplimiento insignificante, y siempre y cuando haya otorgado *Nachfrist*) y es suficiente la declaración de la parte interesada, pues se trata de un derecho potestativo que no necesita la intervención del juez.

La intervención finalizó aludiendo a la alteración de la base del negocio, una forma de alteración de la equivalencia que tiene su origen en la jurisprudencia alemana de los años '20 del siglo pasado. La jurisprudencia que preconizaba como solución la adaptación judicial del contrato, se ha codificado en el BGB (2002) y se ha convertido en un modelo para la normativa europea. De hecho, observaba el profesor Schulze, ha sido recogida en el nuevo CC francés, en su artículo 1195.

Clausuró el Congreso el Profesor Guzmán con una conferencia titulada *La noción de contrato de buena fe y su recepción en el Código civil de Bello*. El insigne profesor se mostró bastante crítico con el texto de los PLDC.

### III. FUNCIONES Y APLICACIÓN DE LOS PLDC

Se ocuparon de estos temas la Profesora Vásquez (Universidad de Talca), y el Profesor Oviedo (Universidad Sergio Arboleda de Colombia).

La intervención de la Profesora Vásquez<sup>15</sup> se dividió en 5 partes: concepto y finalidad; ámbito de aplicación; propuestas de mejora; contrapunto con los Principios UNIDROIT; y perspectivas de futuro de los PLDC. Aludiré brevemente a las ideas esenciales de cada una de ellas.

Los PLDC se presentan como un modelo de reglamentación, con vocación de Derecho transnacional, que las partes tienen posibilidad de elegir, cuyo objetivo es la armonización jurídica y en cuya interpretación debe tenerse en cuenta su carácter internacional. La profesora afirmó que son tres las finalidades de los PLDC: 1. Modernizar y uniformar el Derecho de los contratos; 2. Crear

---

<sup>15</sup> Agradezco a la Profesora VÁSQUEZ que me haya permitido acceder a la presentación que empleó en su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento y de las anotaciones que tomé durante su intervención.

unas normas de carácter flexible; y 3. Generar confianza. En este sentido, los destinatarios de este texto son múltiples: las partes, los jueces o árbitros, los legisladores, los operadores jurídicos y el mundo académico. Se comprende, entonces, que los PLDC puedan cumplir también diversas funciones, pues pueden servir como guía de redacción de contratos y de estudios, como ley de fondo aplicable al contrato, como elementos integradores o interpretativos de normas estatales o internacionales, para validar soluciones jurídicas o como modelo de reformas legislativas. La ponente destacó la importancia de distinguir entre conflictos domésticos y conflictos internacionales, ya que, así como en los primeros el juez podría aplicar los PLDC como elemento interpretativo e integrador de la voluntad de las partes, si el conflicto es internacional sólo podría emplearlos si las partes así lo hubieran acordado.

A efectos de determinar el ámbito de aplicación de los PLDC, la profesora realizó un cuidadoso análisis exegético de los artículos 1, 2 y 3 de los PLDC 2016. Y así, puso de manifiesto algunas inquietudes suscitadas por la redacción del primero de los preceptos, como por ejemplo por qué se indica que su aplicación es preferente, el significado oscuro de la expresión «contratos conectados» o cuál es la relación entre, por un lado, los PLDC y, por otro, los Principios UNIDROIT, los PECL y los usos que constituyen la *lex mercatoria*.

La Profesora Vásquez presentó, incluso, unas propuestas de redacción de los artículos 1 y 2<sup>16</sup>.

A efectos de visualizar el posible futuro de los PLDC la profesora presentó los resultados de un estudio sobre el impacto de los Principios de UNIDROIT en los conflictos internacionales.

La intervención finalizó con tres principales conclusiones: en primer lugar, que los PLDC son unos principios flexibles e idóneos para su utilización en distintas modalidades; en segundo lugar, que ofrecen un lenguaje común sobre el derecho de los contratos; en tercer lugar, que su efectiva aplicación dependerá de diversos factores.

---

<sup>16</sup> Que, en parte, han sido acogidas en la última redacción. Dichos preceptos rezan, ahora, como sigue.

Art. 1 PLDC 2017: «Ámbito de aplicación. (1) Estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos internos e internacionales. Se excluyen los contratos de consumo. (2) Estos principios se aplican cuando: a) Las partes se someten total o parcialmente a ellos. b) Las partes hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del Derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes».

Art. 2 PLDC 2017: «Funciones. (1) Estos principios se aplican para interpretar instrumentos internacionales de Derecho uniforme y derecho estatal que rige el contrato. (2) También servirán como modelo para los legisladores estatales o internacionales».

El Profesor Oviedo consideró que los Principios UNIDROIT, en concreto el preámbulo y sus disposiciones generales, constituyen un buen modelo para determinar las funciones de los PLDC.

Comenzó el ponente reclamando más claridad en relación con dos cuestiones: la inclusión o exclusión de los contratos de consumo de su ámbito objetivo de aplicación (excluidos claramente en los Principios UNIDROIT y en la CISG)<sup>17</sup>; así como el concepto de contrato internacional manejado en el texto, pues frente a la concepción amplia adoptada en los Principios UNIDROIT, cabe situar un concepto estricto, asumido por la CISG.

Continuó el profesor señalando un importante obstáculo a la potencial aplicación de los PLDC: es dudoso, apuntó el ponente, que el Derecho Internacional Latinoamericano permita elegir normas de *soft law* como Derecho aplicable. Aunque la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales<sup>18</sup> intenta abrir esta barrera infranqueable, dicha convención solo ha sido firmada por Méjico y Venezuela. Es importante precisar, como así lo hizo el Profesor Oviedo, que este obstáculo no se encuentra en caso de sometimiento de las partes a arbitraje, en cuyo ámbito sí se permite la elección de normas de *soft law* como Derecho aplicable.

El ponente se mostró bastante crítico con la regulación de los usos en los PLDC: en primer lugar, porque se les ha asignado únicamente una función interpretativa, negándoles el cumplimiento de una función integradora; en segundo lugar, por la elección de los usos del lugar de celebración del contrato como usos aplicables: en opinión del profesor habría sido preferible referirse a los usos del lugar de cumplimiento o a los usos comunes.

#### IV. REPRESENTACIÓN EN LOS PLDC

Tratamos este tema el Profesor Elorriaga (Universidad Adolfo Ibáñez) y yo misma.

<sup>17</sup> La nueva redacción del art. 1 PLDC 2017 ha proporcionado la claridad reclamada por el profesor y que también había sugerido la Profesora FENOY (en «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de los textos jurídicos», *ADC*, 2017, fasc. II, pp. 473 a 785, en pp. 578-579), pues en su apartado 1 *in fine* ahora se establece expresamente la exclusión de los contratos de consumo de su ámbito de aplicación.

<sup>18</sup> Suscrita en México, D.F. (México) el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V).



El Profesor Elorriaga<sup>19</sup> presentó un estudio exegético de la regulación de la representación en los PLDC. Destacaré los aspectos esenciales de su intervención.

Comenzó el ponente aludiendo a cuestiones sistemáticas y de carácter general: y así, aunque aplaudió la decisión de regular la representación en un cuerpo unificado de preceptos, propuso un cambio en su ubicación sistemática, bien en el seno de las reglas generales de los contratos, bien en el de sus modalidades. En esta primera parte, el ponente señaló también algunas lagunas en la regulación, a saber: la forma de la representación, la ratificación, los vicios del consentimiento, los derechos y obligaciones que se generan entre las partes y las causas de extinción de la representación.

La noción de representación, señaló el Profesor Elorriaga, ha sido tomada del CC chileno (art. 1448<sup>20</sup>), de clara inspiración francesa. En este punto criticó la contradicción existente entre los artículos 54 y 55 PLDC 2016, pues el primero indica que los PLDC sólo se ocupan de la representación voluntaria, mientras que el segundo incluye en el concepto de representación también a la legal<sup>21</sup>.

En opinión del ponente, la regulación de las facultades del dependiente de un establecimiento abierto al público debería haberse ubicado en el seno de la representación aparente, a la que se refiere el artículo 55 PLDC 2016<sup>22</sup>; en relación con este precepto, el ponente reclamó mayor precisión en su contenido y apuntó la conveniencia de fusionarlo con el artículo 59 PLDC 2016, referido a la actuación sin poder.

Por lo que se refiere a la regulación de la representación indirecta, el ponente, tras subrayar la clara inspiración de los redactores de los PLDC en el artículo 2151 CC chileno<sup>23</sup>, echó en falta una regulación de los efectos que este tipo de representación tiene en

<sup>19</sup> Agradezco al Profesor ELORRIAGA que me haya permitido acceder al texto de su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento.

<sup>20</sup> Art. 1448 CC Chileno: «Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo».

<sup>21</sup> Esta contradicción ha sido ya solventada en los PLDC 2017, excluyendo, ya sin ningún atisbo de duda, a la representación legal de su ámbito objetivo de aplicación.

<sup>22</sup> El profesor ELORRIAGA criticó que el título de dicho precepto no guardara armonía con su contenido: el título rezaba «actuación por cuenta ajena en nombre propio», que, como es sabido, define la representación indirecta, cuando lo realmente regulado en dicho precepto es la representación aparente. Esta importante desarmonía ha sido solventada en la última versión de los PLDC: el art. 60 PLDC 2017, relativo a la representación aparente, se titula, precisamente, «representación aparente».

<sup>23</sup> Artículo 2151 CC Chileno: «El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre, no obliga respecto de terceros al mandante».

las relaciones internas: en concreto, el Profesor Elorriaga consideró conveniente reconocer expresamente el derecho del representado a exigir del representante que, en cumplimiento del contrato entre ellos suscrito, le transfiera todos los efectos jurídicos del negocio celebrado con terceros.

En relación con las facultades del representante, el ponente se centró en la distinción, acogida por los PLDC, entre actos de administración y actos de disposición, pero puso de manifiesto la dificultad práctica que existe a la hora de dilucidar si un acto cabe calificarlo como de un tipo o de otro.

Al tratar de la actuación del representante sin facultades, el profesor Elorriaga subrayó el carácter incompleto e impreciso de la regulación.

El ponente alabó la sencillez de las reglas relativas a la sustitución del representante, que permiten la sustitución salvo prohibición expresa del representado<sup>24</sup>, aunque observó que no tratan las relaciones jurídicas que se generan entre el representado y el sustituto o el delegado.

Por lo que se refiere a la extinción del poder, el ponente echó en falta el establecimiento de unas pautas para que el representado pueda hacer pública la finalización de la representación; y en cuanto a los efectos de dicha extinción del poder, observó el profesor Elorriaga que los PLDC han adoptado la posición seguida por la doctrina y la jurisprudencia chilena, a saber, la protección de los terceros de buena fe que han confiado en los poderes exhibidos por el representante y que ignoran, sin culpa, la terminación del encargo.

En mi análisis de los PLDC actuaron como catalizadores los tres últimos casos relevantes sobre representación que ha resuelto la jurisprudencia española. A partir de ellos, me pregunté cuáles habrían sido las soluciones a la luz de los PLDC 2016. Se trata, en concreto, de las SSTS de 13 de febrero de 2014<sup>25</sup>, 6 de noviembre de 2013<sup>26</sup> y 20 de mayo de 2016<sup>27</sup>.

La primera de ellas, trata el problema de la oponibilidad al tercero de la extinción del poder de representación: los PLDC, en línea con los PECL y a diferencia del artículo 1738 CC español (que exige, además, la buena fe del representante), consideran suficiente la buena fe del tercero para mantener el contrato (en el caso

---

<sup>24</sup> La redacción ha cambiado ligeramente en la última versión. El art. 62 PLDC 2017 reza como sigue: «Salvo pacto en contrario, el representante puede sustituir el poder en otro, caso en el cual responde por éste».

<sup>25</sup> Número de recurso 200/2014.

<sup>26</sup> Número 687/2013.

<sup>27</sup> Número 333/2016.

concreto, una compraventa) celebrado por el representante que obra con un poder ya extinto; el TS, en la sentencia citada, declara, sin embargo, la nulidad de la compraventa porque, a pesar de que el tercero era de buena fe, el representante no ignoraba en el momento de hacer uso del poder el fallecimiento del representado (causa, como es sabido, de extinción del poder).

Se ocupa la segunda sentencia de las facultades del representante y, en concreto, de los requisitos exigidos para que pueda realizar válidamente actos de disposición. La sentencia elegida es muestra de una doctrina adoptada por el Alto Tribunal español desde el año 2010, conforme a la cual la validez de un acto concreto dispositivo exige que se concrete en el poder el acto y el objeto con sus esenciales detalles, mezclando así las categorías de poder especial y poder expreso, confusión que, a mi juicio, cabe vislumbrar también en los PLDC.

La tercera y última sentencia versa sobre la ratificación tácita y en ella el TS español señala que son dos sus presupuestos: por un lado, el aprovechamiento de los efectos y las ventajas que derivan de los contratos celebrados por el representante sin poder; por otro lado, y adicionalmente a lo anterior, una inequívoca aceptación de lo actuado por el representante en la esfera de sus intereses. Lamentablemente no me fue posible avanzar cuál habría sido la solución del caso conforme a los PLDC porque no se ocupan de la ratificación tácita, laguna que hay que lamentar.

## **V. FORMACIÓN DEL CONTRATO, BUENA FE, ERROR, INFORMACIÓN Y CONFIANZA**

Conformaban la mesa dedicada a estos temas el Profesor De la Maza (Universidad Diego Portales), la Profesora Fenoy (Universidad Autónoma de Madrid) y el Profesor Mendoza (Universidad Francisco Marroquín de Guatemala).

El Profesor De la Maza se ocupó de la responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones, regulada en los artículos 9 y 10 de los PLDC 2016<sup>28</sup>. Su intervención se dividió en dos partes.

En la primera de ellas el ponente aludió a los 4 requisitos que, en términos generales, deben cubrirse para que surja la obligación de indemnizar daños y perjuicios por ruptura de negociaciones, a saber: inicio de negociaciones, ruptura, mala fe en la ruptura y existencia de daños indemnizables. Centrada su atención en el ter-

---

<sup>28</sup> Artículos 10 y 11 PLDC 2017.

cero de los requisitos (que la ruptura de las negociaciones se lleve a cabo de mala fe) se preguntó por el alcance de la buena fe en este contexto; en otras palabras, ¿qué cabe entender por ruptura de las negociaciones de buena fe? Sin dejarse llevar por lo que llamó tentaciones tautológicas o maniqueas, el ponente afirmó que la intensidad de las exigencias de la buena fe depende de las relaciones entre las partes, e ilustró dicha idea con ejemplos: y así, si en un contrato B2B una de las dos partes se retira para contratar con alguien con quien había estado negociando paralelamente, habrá que concluir que no hay conducta de mala fe, porque en este tipo de contratos, a falta de pacto, no se puede confiar en la exclusividad en la negociación.

En la segunda parte de su intervención, el profesor De la Maza abordó el tema de los daños indemnizables, una vez sentado que ha surgido la obligación de indemnizar: distinguió el ponente entre daños fácticos (que deben ser soportados por quien los padece) y daños normativos (que deben ser soportados por quien los causa). Conforme a los PLDC el interés contractual positivo entra en la primera categoría, luego no son indemnizables, decisión con la que el ponente se mostraba de acuerdo: de lo contrario, apuntó, se dibujaría la frontera entre los casos en que se ha celebrado un contrato y aquellos en que no. Recordó, sin embargo, que conforme a los Principios UNIDROIT el interés contractual positivo se debe indemnizar en algunos casos.

La Profesora Fenoy<sup>29</sup> estructuró su intervención en tres partes: primero, expuso la regulación del error en los PLDC; en segundo lugar, analizó el error en el Derecho francés, antes y después de la importante reforma de 2016; en tercer lugar, aludió a las propuestas de regulación del error en el Derecho español. Todo lo anterior le permitió a la ponente presentar unos posibles modelos de regulación del error, a los que se refirió como el modelo moderno, el modelo tradicional y el tradicional actualizado. Finalizó su intervención con una valoración general propia. Me referiré a continuación a algunas de las ideas expuestas por la ponente.

Los PLDC se ocupan del error en el capítulo 2 «Formación del contrato», en la Sección 4, denominada «Vicios del contrato» que, en los PLDC, son el error, el dolo, la intimidación y la excesiva onerosidad. Del error se ocupan los artículos 27 a 30 PLDC 2016 (arts. 28 a 31 PLDC 2017] y responden a un modelo moderno de regulación.

---

<sup>29</sup> Agradezco a la Profesora FENOY que me haya permitido acceder al texto de su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento.

En relación con la noción de error en los PLDC la ponente destacó que el error incluye la ignorancia y el falso conocimiento; que abarca el error de hecho y el de derecho; que considera el supuesto en que, de haber conocido la realidad o el derecho, el contrato no se hubiera celebrado, o se hubiera celebrado en términos sustancialmente diferentes (lo que supone excluir de su campo de actuación los errores accidentales); y que, para apreciar si el error fue determinante de la celebración del contrato, se aplica y combina un requisito objetivo –el hombre razonable– con otro subjetivo –ese hombre razonable en la misma situación del que erró–. Aunque de la lectura de los PLDC pueda desprenderse que el momento jurídicamente relevante del error es el de la celebración del contrato, no lo indica expresamente y, observaba la ponente, sería oportuno señalarlo.

A continuación, y siguiendo el orden de los PLDC en la regulación del error, la profesora Fenoy estudió los supuestos de error relevante. A estos efectos, se distingue entre el error unilateral y el común. Para que el error unilateral pueda ser relevante, ha de ser imputable al otro contratante. Y le es imputable, si el error lo provocó la información que suministró al que erró (por ejemplo, le afirmó que el terreno era edificable, no siéndolo). También le es imputable el error, si al celebrar el contrato ese otro contratante sabía del error del que con él contrataba y no le informó sobre su error (no le sacó del mismo), contrariando la obligación que tenía de hacerlo por imponérselo la buena fe. Y recordó el conocido ejemplo del vendedor, experto en pinturas de cierto pintor, que no comunica al comprador, no experto, que la obra que le vende no es del pintor que presupone. Subrayó la ponente que los PLDC no contemplan el supuesto en que una ley impone a un contratante que dé cierta información al otro, no suministrándosela y de ese no suministro deriva el error de quien se equivocó al celebrar el contrato.

En cuanto al error común, el ahora artículo 29.1(c) PLDC 2016 se refiere a él como «cuando ambas partes han padecido el mismo error». Por ejemplo, ambos contratantes parten de la edificabilidad del terreno.

Para que el contrato sea nulo por error –de nulidad relativa– es preciso, junto con lo hasta ahora dicho, que el error sea excusable; esto es, que no se hubiera podido evitar en función de la diligencia que le sea exigible. Por ejemplo, el comprador, experto en ese sector del tráfico, debería haber sabido de la no edificabilidad del terreno.

Si se dan todos los requisitos mencionados, el contrato podrá impugnarse por quien erró (la persona en cuyo beneficio se establece la nulidad relativa). Pero, no podrá impugnarse si, según ordena el actual artículo 29.2 segunda regla PLDC 2016, el riesgo de la existencia del error se materializa y es riesgo que asumió o debió asumirlo, sea por pacto, sea por la naturaleza del contrato, o por las concretas circunstancias. Por ejemplo, la compra de una pintura atribuida a un pintor famoso, que luego resulta no ser así, o viceversa, compra hecha en un mercado de «gangas».

Y aun reuniendo los expuestos requisitos, el que erró no podrá impugnar el contrato, si resulta, según prescribe el actual artículo 30 PLDC 2016, que el otro contratante le ofrece «ejecutarlo con las modalidades y el contenido» que, el que erró, «entendió celebrarlo».

En cuanto al error en la declaración, el actual artículo 31 PLDC 2016 viene a disponer que lo expuesto para el error (error vicio) se aplica al error en la declaración de voluntad, y también al error en su transmisión (por ejemplo, la declaración se comunicó a través de mandatario, a través de una oficina de correos, etc.). Si el error en la declaración no puede solucionarse mediante las normas de interpretación contractual, los PLDC optan por aplicar el mismo régimen jurídico que el del error, esto es, el de la nulidad relativa.

La ponente concluyó que, aunque dependiendo del texto jurídico que se maneje pueden constatarse diferencias, algunas de importancia, el modelo de regulación del error de los PLDC ha sido ya recogido (y difundido) por los PECL (arts. 4:103 y 4:104), por el MCR (arts. II.-7:201, II.-7:202), por los Principios UNIDROIT (arts. 3.2.1, 3.2.2), por la Propuesta (española) para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009 de la Sección Derecho civil de la Comisión General de Codificación (art. 1298), por la Propuesta (española) de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil (arts. ) y por la Propuesta de Código civil de Cataluña, Libro VI de los profesores Bosch/Del Pozo/Vaquero (arts. 51 y 52). También la había recogido el Código civil holandés de 1992 para el error vicio (en su art. 6:228). Si bien para ser exactos, lo que realmente parece haber sucedido, según indicación de Hondius/Keirse, es que la regulación del Código civil holandés influyó directamente en los citados Principios UNIDROIT. Hartkamp informa, que el supuesto de que el error hubiera sido causado por la información suministrada por la otra parte del artículo 6:228.1.a BW se inspiró en la *misrepresentation* del *Common Law*, y que el supuesto del error común del artículo 6:228.3 BW se inspiró en *subjektive Geschäftsgrundlage* (base del negocio subjetiva) del Derecho alemán (antes de su reforma). En cuanto al

error en la declaración del Derecho holandés, el artículo 3:35 BW sigue orientación distinta (según el mismo, la ausencia de voluntad en una declaración no puede invocarse contra la persona que interpretó esa declaración o conducta, de conformidad con el sentido que él podría razonablemente atribuirle, en las circunstancias, como una declaración de una particular consecuencia hecha a él por la otra parte).

En el Derecho francés, antes de la reforma de 2016, el error vicio estaba regulado en el artículo 1110 *Code civil*, que venía a disponer que el error es causa de nulidad de la convención cuando recae sobre la sustancia de la cosa que es su objeto, y que el error sobre la persona con la cual se tiene la intención de contratar no causa la nulidad, salvo que su consideración haya sido la causa principal de la convención. La ponente señaló que, aunque la regulación del *Code civil* era parca, la doctrina de los autores y la jurisprudencia se habían encargado de completarla ampliamente. Y al respecto, para el error (vicio) estaba asentado lo siguiente: (1) que la fórmula legislativa de la «sustancia de la cosa» podía interpretarse en sentido objetivo (la «sustancia» designa la materia de la que la cosa se compone) o en sentido subjetivo (la «sustancia» es la cualidad que ha determinado el consentimiento de una de las partes, de modo que, sin ella, no se hubiera vinculado) entendiéndose en este último sentido, por lo que no podía establecerse una lista cerrada de anulaciones. Además, la interpretación subjetiva podía entenderse como la cualidad que individualmente determinó al contratante que erró (apreciación in concreto) o como la cualidad determinante según la opinión común (apreciación in abstracto), entendiéndose en el primer sentido (apreciación in concreto) por el factor psicológico del error; (2) que, por recaer el error sobre una cualidad sustancial, poco importa que aquél recaiga sobre la prestación recibida (por ejemplo, sobre el cuadro que el comprador adquirió) o sobre la prestación suministrada por quien erró (por ejemplo, cuadro que el vendedor vendió); (3) que el error no opera sobre los aspectos en los que hay incertidumbre (contrato aleatorio y sobre lo aleatorio); (4) que el error puede ser de hecho, o de derecho; (5) que el error en la persona puede recaer sobre su identidad o sus cualidades, y que mientras en el contrato oneroso a veces se celebra en función de la persona del otro contratante, en el contrato a título gratuito siempre hay esa contratación en función de la persona; (6) El error sobre el valor es un error indiferente (es una lesión), pero el mismo puede ser causa de nulidad del contrato si deriva de un error sobre la sustancia de la cosa (por ejemplo, un error sobre la autenticidad de un cuadro, implica un error sobre su

valor). Ahora bien, lo anterior es así si el error fue espontáneo, pues si se trató de un error provocado por maniobras o engaños, sí que puede entrañar la nulidad del contrato por dolo. [Lo mismo para el error sobre la rentabilidad económica de un contrato; por ejemplo, un contrato de distribución]; (7) Que el error sobre el motivo determinante para contratar que recae sobre las cualidades del objeto es un error relevante, por cuanto que recae sobre su sustancia (por ejemplo, la compra de una casa para habitarla, que resulta a punto de destruirse por insalubridad; es impropia para su destino). Lo mismo para el error en la persona. En cambio, si el error sobre el motivo determinante es extraño a las cualidades de la cosa, o de la persona, el contrato es válido (por ejemplo, el funcionario que compra la casa porque espera ser destinado próximamente a esa ciudad y ello no sucede). Ahora bien, el motivo exterior determinante puede entrañar la nulidad del contrato, si hubo una estipulación expresa que produjo su entrada en el campo contractual, erigiéndose en condición. Y dicho motivo determinante exterior también puede entrañar la nulidad del contrato si fue el resultado de un dolo (vicio); (8) Que, si el error fue inexcusable, el contrato se mantiene. La inexcusabilidad del error se aprecia *in concreto* (en función de las cualidades personales del interesado). Pero, si el error es fruto de un dolo (así, de una reticencia) no hay un error inexcusable (esto es, que es error excusable).

Sentado lo anterior, la ponente centró su atención en la cuestión del error común en Francia. Con ello, se planteaba si, para que el error pudiera conllevar la nulidad relativa del contrato, era necesario que el otro contratante hubiera conocido las razones que llevaron, al que erró, a la celebración del contrato (las razones que le determinaron su consentimiento contractual). La doctrina de los autores estaba dividida: según unos, el error se consideraba si recaía sobre una cualidad convenida; según otros, dicha exigencia era discutible. En cuanto a la jurisprudencia, esta era poco clara, pero tendía a exigir que el error fuera común.

El error en el Derecho francés tras su reforma de 2016 se encuentra regulado en los artículos 1130 a 1136: observó la ponente que en ellos se recoge un modelo tradicional actualizado, que no ha seguido a los PECL ni al DCFR.

Pasando al Derecho español, la ponente puso de manifiesto la tensión existente entre el modelo tradicional, plasmado en el CC vigente (art. 1266 CC, interpretado literalmente) y el modelo moderno, acogido en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos.



La ponente concluyó su intervención felicitando a los redactores de los PLDC por haber adoptado una regulación moderna del error.

El profesor Mendoza<sup>30</sup> se centró en la formación del contrato, que definió como el proceso que da lugar al nacimiento del contrato y que consiste en una secuencia de actos que conducen al resultado de la perfección del contrato. Su ponencia constó de dos partes: en la primera se presentó una panorámica general de la formación del contrato; en la segunda realizó un análisis de los preceptos de los PLDC relativos a esta materia, en la que los Principios UNIDROIT sirvieron de contrapunto. A continuación, expondré brevemente algunas de las ideas planteadas por el ponente.

En la primera parte, tras apuntar que existe un consenso doctrinal y legislativo en materia de formación del contrato, el ponente aludió al papel de la autonomía de la voluntad en esta materia. Centrado en el mecanismo tradicional de formación del contrato, basado en la coincidencia de dos declaraciones negociales (la oferta y la aceptación) y sin dejar de reconocerle la virtud de centrar la atención en el consentimiento, calificó dicho mecanismo de incompleto, por no responder a algunas formas actuales de contratación. Frente al mecanismo tradicional el ponente situó mecanismos *diferentes* y que resultan útiles en aquellos casos en que no hay duda de que se ha concluido un contrato, pero es imposible identificar dos declaraciones sucesivas o conductas de las partes de las que se pueda deducir su voluntad. Apuntó que un sector de la doctrina considera que cuando hay discrepancia entre las partes para determinar si hay contrato, así como para identificar cuál es su contenido, es más realista valorar el conjunto de relaciones de las partes y no limitarse a una aplicación rigurosa de las reglas de la oferta y la aceptación. Estos mecanismos *diferentes* se encuentran en los contratos multilaterales, en los contratos concluidos mediante la celebración de una subasta, en los contratos comprendidos en un documento único elaborado por un Notario o asesor legal y en la contratación progresiva.

Tras esta introducción de carácter general el ponente se centró en los artículos 13, 14 y 15 PLDC 2016 (ahora arts. 14, 15 y 16 PLDC 2017).

Se refiere el primero de ellos al consentimiento de las partes: en él, al igual que en el artículo 2.1.1. Principios UNIDROIT, se contempla la manifestación del consentimiento mediante una declara-

---

<sup>30</sup> Agradezco al Profesor MENDOZA que me haya permitido acceder a la presentación que empleó en su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento y de las anotaciones que tomé durante su intervención.

ción o una conducta. Al incluir esta última posibilidad, los PLDC dejan abierta la posibilidad de que el contrato se concluya a través de procedimientos distintos al tradicional de la oferta-aceptación: y así, aun en los casos en que no sea posible determinar la concurrencia de una oferta y una aceptación, será posible establecer la existencia del contrato, siempre y cuando la conducta de las partes así lo demuestre. Los principios UNIDROIT introducen el requisito adicional de la suficiencia de la conducta y los PLDC solo expresan que las conductas pueden ser manifestación del consentimiento.

El artículo 14 (2) PLDC 2016 se ocupa de la oferta al público que, sin embargo, no recibe una atención específica en los principios UNIDROIT. Recordó el ponente que en algunos ordenamientos la oferta al público es una invitación a ofertar y no una oferta vinculante. Los PLDC dejan claro, sin embargo, que la oferta al público sí puede ser considerada como una oferta, lo que contrasta con la tónica de la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos. En opinión del ponente cabe pensar que conforme a los Principios UNIDROIT cuando está claro que la parte proponente tiene la intención de vincularse o quedar vinculada por la aceptación de cualquier persona, no ha lugar a dudas que la propuesta es suficientemente precisa y constituye una oferta, por cumplir con los requisitos de la oferta generalmente establecidos en el artículo 2.1.2. de dicho texto.

El artículo 15 (2) PLDC 2016 se ocupa de la retirada de la oferta, esto es, del caso en que el oferente se retracta antes de que la oferta produzca sus efectos: la retirada, observó el Profesor Mendoza, reconoce el poder que el oferente ejerce sobre su declaración de voluntad, lo que le permite arrepentirse de su oferta inicial. Sus efectos se circunscriben a los casos en los que hay un lapso de tiempo entre la emisión y la llegada de la oferta al destinatario. Los PLDC únicamente contemplan el caso de la retirada de la oferta en el caso en que ésta no haya llegado al destinatario. Por el contrario, los Principios UNIDROIT, en su artículo 2.1.3, también incluyen el supuesto de que la retirada llegue junto con la oferta. Apuntó una diferencia adicional entre ambos textos: los PLDC hablan en general de retirada de la oferta, sin precisar si únicamente procede cuando es revocable, lo que podría crear la duda de si puede retirarse una oferta cuando es irrevocable. El ponente consideró preferible optar por la redacción de los Principios de UNIDROIT, ya que aclaran que todas las ofertas pueden ser retiradas aun siendo irrevocables.

## VI. RESTITUCIONES EN LOS PLDC. NULIDAD Y RESOLUCIÓN: ¿SISTEMA ÚNICO O DIFERENCIADO?

Contestaron a este interrogante, que parece haber sido definitivamente resuelto en la última versión (que establece un sistema único de restituciones<sup>31</sup>) los Profesores Pizarro (Universidad Diego Portales), y Aedo (Universidad Católica del Norte).

El Profesor Pizarro manifestó que durante la elaboración de los PLDC este tema no dio lugar a mucho debate. Señaló, además que la retroactividad era una idea clara, que se establece la regla de la restitución en especie y que, por tanto, solo cuando esta no sea posible se procederá a la restitución del valor, que pasa a ser, entonces, excepcional. Se preguntó el ponente si en la restitución del valor debe incluirse el uso o goce de la cosa y aludió también a la reforma francesa resaltando que las restituciones se han recogido en un único capítulo.

El Profesor Aedo<sup>32</sup> dividió su intervención en dos partes: en la primera se ocupó de la nulidad y en la segunda de la resolución. En ambas partes presentó, primero, una fotografía de los sistemas latinoamericanos para, después, exponer la regulación de los PLDC. Veamos cuáles fueron las ideas esenciales transmitidas por el ponente.

Cabe diferenciar tres sistemas de regulación de la nulidad en los Derechos latinoamericanos: aquel que configura la nulidad (absoluta y relativa) como modos de extinguir las obligaciones (el más representativo es el chileno); aquellos que contemplan un sistema de declaración judicial, bien solo para la anulabilidad o bien también para la nulidad (se situaría aquí Perú, Paraguay, Bolivia y Argentina); y un tercer sistema que no regula expresamente sus efectos (se situaría aquí Venezuela). Se refirió el ponente seguidamente a los efectos respecto de terceros, existiendo también tres

---

<sup>31</sup> En los PLDC 2017 se ha añadido una sección 4 al capítulo 8, denominada restituciones: consta de un solo precepto del que, si algo claro se desprende, es que unifica el régimen de las restituciones en la nulidad y en la resolución. Y así, el art. 120 PLDC 2017 reza como sigue: «Restituciones en la nulidad y la resolución. (1) Anulado o resuelto el contrato, los contratantes deben restituirse lo que hubieren recibido en virtud del mismo, junto con los frutos percibidos, de manera simultánea o dentro del plazo que fijen ellos mismos o, en su defecto, el juez. (2) Las prestaciones ejecutadas que hayan sido útiles y equivalentes, no dan lugar a restitución, a menos que atendida la finalidad del contrato se requiera su ejecución total. La utilidad se apreciará conforme a la finalidad del contrato. (3) Si las prestaciones ejecutadas no fueron útiles, se estará a lo dispuesto en el numeral 1.º (4) Si las prestaciones no son equivalentes, la restitución queda limitada al valor de la diferencia».

<sup>32</sup> Agradezco al Profesor AEDO que me haya permitido acceder a la presentación que empleó en su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento y de las anotaciones que tomé durante su intervención.

modelos: efectos sin limitación, efectos limitados o ausencia de regla sobre la cuestión.

Entrando ya en los PLDC, el ponente aludió a la regla conforme a la cual la nulidad produciría la extinción del contrato, así como a aquella que prevé la suspensión de las restituciones cuando uno de los contratantes no cumple con la restitución a la que está obligado. Subrayó igualmente la protección de los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, que no se ven afectados por la nulidad. Finalizó el análisis de la nulidad haciendo referencia a la nulidad parcial: conforme a los PLDC, ésta no implica la nulidad total a menos que por la naturaleza misma del contrato o la intención original de los contratantes ello no sea posible, en cuyo caso el juez deberá declarar la nulidad total del contrato; los PLDC permiten al tribunal, en caso de que sea necesario, adaptar el contrato observando las exigencias de la buena fe.

Pasando ya a la resolución, el profesor Aedo se centró en los efectos de la resolución respecto de terceros. A este respecto, indicó que existen tres modelos en los sistemas latinoamericanos. En primer lugar, aquellos que reconocen efectos limitados: se sitúa en este modelo, por ejemplo, el Derecho chileno, que protege a los terceros de buena fe y que contempla una regulación diferenciada para los bienes muebles y para los bienes inmuebles. En segundo lugar, se encuentra el modelo, representado por el Derecho paraguayo, que no reconoce efectos a la resolución respecto de tercero en ningún caso. El tercer modelo se caracteriza por no regular esta cuestión: se sitúa en él únicamente el CC venezolano.

En relación con los PLDC, el ponente indicó que la regulación de los efectos de la resolución se inspira en el CC y comercial argentino [art. 1078 h)]<sup>33</sup> y expuso la regulación de los efectos restitutorios que, sin embargo, ha sido eliminada en los PLDC 2017<sup>34</sup>.

El ponente concluyó que el sistema es diferenciado y que no puede ser único porque es difícil concebir a la resolución como una causa de ineficacia del contrato.

---

<sup>33</sup> Art. 1078 h) CC y Comercial argentino: «[L]a extinción del contrato deja subsistentes las estipulaciones referidas a las restituciones, a la reparación de daños, a la solución de las controversias y a cualquiera otra que regule los derechos y las obligaciones de las partes tras la extinción».

<sup>34</sup> Recuérdese lo indicado en la nota 31.

## VII. LA NULIDAD DEL CONTRATO. ¿QUÉ MEJORAS INTRODUCIR PARA UNA COHERENCIA EN EL SISTEMA DE INEFICACIAS?

Este tema corrió a cargo de los profesores Severín (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), Baraona (Universidad de los Andes) y de la profesora Prado (Universidad de Valparaíso).

El Profesor Severín<sup>35</sup> se centró en la nulidad absoluta del contrato y analizó el origen de la regulación de la nulidad en los PLDC y las causas que provocan la nulidad absoluta del contrato conforme a ellos. Expondré a continuación las ideas clave de su exposición.

En cuanto a la regulación en sí misma, el ponente señaló que en la primera versión de los PLDC no existía un capítulo específico dedicado a la nulidad y que la regulación se limitaba a los vicios del contrato; sin embargo, hizo notar que ya se incluía una regulación novedosa, pues contemplaban la posibilidad del ejercicio extrajudicial. En la segunda versión hay un cambio de enfoque y una prolija discusión sobre algunos extremos como el mantenimiento de la nulidad extrajudicial, la incorporación de los elementos esenciales y la conveniencia de tratar todos los supuestos de ineficacia. Expuesta la estructura del capítulo 3, dedicado a la nulidad del contrato, y que consta de unas disposiciones generales, una sección primera dedicada a la nulidad absoluta, una sección segunda sobre la nulidad relativa y una sección tercera, sobre los efectos, el ponente avanzó dos reflexiones sobre el diseño: por un lado, indicó que el momento en que se decide incorporar el capítulo específico probablemente explica alguno de sus defectos formales; y por otro lado, que en los PLDC se intenta rescatar una identidad propia.

Pasando ya a las causas de nulidad, el ponente situó en el CC y comercial argentino el origen de esta regulación. Observó que no se ofrece una definición de la nulidad, aunque subyace la idea de sanción. Conforme al artículo 40 PLDC 2016 (correspondiente al artículo 45 PLDC 2017) los contratos contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres adolecen de nulidad absoluta. El profesor Severín observó que el citado precepto contempla dos causas tradicionales de nulidad absoluta en los ordenamientos internos, el objeto ilícito y la causa ilícita, y se preguntó si, más allá de las causas de nulidad absoluta expresamente contempladas,

---

<sup>35</sup> Agradezco al Profesor SEVERÍN que me haya permitido acceder a la presentación que empleó en su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento y de las anotaciones que tomé durante su intervención.

cabe interpretar que la falta de alguno de los elementos esenciales del contrato es, también, causa de nulidad. Y habida cuenta que, conforme al artículo 8 PLDC 2016 (correspondiente al art. 9 PLDC 2017), son elementos para la formación del contrato el consentimiento, el objeto, la causa y, en ciertos casos, la solemnidad, el ponente realizó un cuidadoso ejercicio de análisis de cada uno de ellos poniendo de manifiesto las inconsistencias presentes en la regulación, especialmente por lo que se refiere a las consecuencias de la falta de solemnidad cuando ésta sea requerida, de la falta de objeto, de la imposibilidad inicial y de la falta de capacidad.

La Profesora Prado<sup>36</sup> se ocupó de los vicios de la voluntad como causa de nulidad relativa en los PLDC, tomando como contrapunto los demás instrumentos de Derecho Uniforme, así como la jurisprudencia chilena.

Inició la ponente su intervención recordando la moderna concepción de los vicios de la voluntad (presente también en la jurisprudencia chilena), conforme a la cual son módulos de distribución de riesgos en el contrato que inciden directamente en las cláusulas del contrato. Concepción moderna que, tal y como indicó la ponente, se percibe en la propia ubicación sistemática de los vicios de la voluntad en los PLDC: en efecto, éstos se sitúan en un capítulo (el 2, sobre formación del contrato) independiente del capítulo dedicado a la nulidad del contrato (el 3), lo que facilita que no se identifiquen los vicios de forma exclusiva con la ineficacia contractual. Y en la misma línea cabe situar la reciente Reforma al *Code*, que coloca los vicios del consentimiento en el Título III, subtítulo I (sobre el contrato), Capítulo II, Sección II (sobre la validez del contrato), entre los artículos 1130 y 1144, separados de la nulidad, que se encuentra regulada en la Sección IV (sobre sanciones), aunque, como la propia ponente señaló, el artículo 1131 establece que los vicios del consentimiento son causa de nulidad relativa del contrato. Frente a dichas opciones de ubicación sistemática, se sitúan las de los Principios UNIDROIT, que tratan los vicios de la voluntad en la Sección 2 del Capítulo 3 (sobre validez) bajo el epígrafe de las «Causas de anulación»; los PECL, que en el Capítulo 4 referido a la «Validez» sitúa la temática de los vicios de la voluntad; y la Propuesta española de modernización, que regula los vicios como causas de anulación.

A continuación, la ponente se centró en la compatibilidad, reconocida en los PLDC, entre la nulidad y el remedio indemnizatorio en sede de dolo. Según la profesora Prado esta regla es coherente

---

<sup>36</sup> Agradezco a la Profesora PRADO que me haya permitido acceder al texto de su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento.

con la naturaleza del dolo *in contrahendo*, pues se trata de uno de los grupos de casos que la doctrina ha identificado como susceptible de dar lugar a la responsabilidad precontractual o *in contrahendo*. A partir de aquí, la ponente trató diversas cuestiones sobre las que los PLDC guardan silencio. En primer lugar, se preguntó si es posible ejercitar idéntica acción para el caso de los otros vicios de la voluntad y en caso de nulidad absoluta; y sostuvo que, conforme a la reglamentación que se contiene en materia de error, es factible que este error pueda dar lugar a daños resarcibles. Ello será especialmente posible, insistió la ponente, en los casos de error provocado o imputable a la otra parte, en los que estaríamos ante culpa *in contrahendo*. No guardan silencio al respecto, resaltó la ponente, los Principios UNIDROIT, en cuyo artículo 3.2.16 se establece que, con independencia de que el contrato se anule o no, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato. La segunda cuestión que se planteó la ponente fue la relación entre la acción de indemnización y la de anulación: a diferencia del silencio de los PLDC, los Comentarios a los Principios UNIDROIT señalan que la acción de nulidad y la acción indemnizatoria son independientes. Según la ponente, a la luz de los PLDC no habría inconveniente en ejercitar únicamente la acción de indemnización de perjuicios fundada en el dolo con eficacia anulatoria, pero entonces cabría preguntarse acerca de la naturaleza de esta acción ya que podría considerarse que, al mantener vigente el contrato, esta pretensión indemnizatoria pudiere dar lugar a la aplicación del régimen contractual, asumiendo el carácter de remedio por incumplimiento. Lo anterior no es, a juicio de la ponente, tan claro, pues habrá que determinar la naturaleza de los daños indemnizables, esto es, interés negativo o positivo, cuestión ésta que es la tercera sobre la que guardan silencio los PLDC y que, tanto en los Principios UNIDROIT como en el MCR, se resuelve limitando la indemnización al interés negativo.

Avanzó seguidamente la ponente las dos mejoras que, a su juicio, es necesario introducir para lograr una coherencia en el sistema de ineficacia: en primer lugar, la superación de aquellos viejos principios que postulaban la preeminencia de la nulidad sobre otras acciones susceptibles de ser ejercidas respecto del contrato y el reconocimiento de un derecho de opción a la parte interesada, de manera tal que pueda elegir entre ejercitar la acción de nulidad y las demás acciones y remedios que confiere el ordenamiento jurídico. Dicha mejora está, confirmó la ponente, incorporada en los

PLDC. Y así, conforme a ellos, el sujeto legitimado activamente para solicitar la nulidad relativa puede escoger entre demandar la ineficacia o hacer valer alguno o algunos de los remedios por incumplimiento. Se trata de una solución que se sitúa en la línea de los PECL, que admiten esta opción en su artículo 4:119, y del MCR (*vid.* art. II. 7:216, del MCR, bajo el epígrafe de «acumulación de remedios»). Por el contrario, los Principios UNIDROIT establecen en su artículo 3.2.4 que, en caso de error, el contratante no está facultado para anular el contrato si pudiere ejercitar los remedios por incumplimiento. La ponente se mostró más favorable a la solución adoptada por los PLDC que, además, encuadró dentro de la convalidación del contrato: el ejercicio de los remedios por incumplimiento se erigiría, así, en una manifestación de su voluntad de tener por válido el contrato. La profesora Prado defendió esta misma opción para el Derecho chileno para aquellos casos en que la causa de nulidad relativa se proyecte en la ejecución del contrato. Las razones en las que apoyó su posición fueron fundamentalmente dos. De una parte, porque dado que el único legitimado para el ejercicio de la pretensión anulatoria es el contratante que ha sufrido la causa de nulidad, es perfectamente posible que elija no ejercitarla, pues es solo su interés el que está en juego; en la línea del razonamiento apuntado anteriormente, la ponente reiteró la idea de que el ejercicio de los remedios por incumplimiento constituiría una confirmación del contrato. La segunda razón avanzada por la profesora Prado es que la tendencia de la jurisprudencia chilena en lo que se refiere a los concursos de acciones en sede contractual, ha sido la de señalar que mientras no se resuelva claramente si existe o no jerarquía entre las diversas acciones y derechos, el contratante tiene derecho de elección.

La segunda mejora propuesta por la Profesora Prado fue la admisión de la dimensión de remedio de la acción de nulidad: según la ponente, tanto en caso de nulidad absoluta como en caso de nulidad relativa, la intención de los operadores jurídicos es usualmente velar por conseguir sus particulares propósitos a través de esta institución, y no necesariamente velar por el cumplimiento de los requisitos de validez del contrato.

El profesor Baraona se centró en tres puntos. En primer lugar, en la diferencia entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa, que estriba en el interés protegido (público en el primer caso, privado en el segundo); aunque en su opinión también en la nulidad relativa está involucrado el interés público. En segundo lugar, se mostró el ponente a favor del ejercicio extrajudicial de la acción de nulidad relativa. En tercer lugar, y en cuanto a la convalidación, a juicio del



ponente hay que decidir cuándo convalidar, debe configurarse como una declaración de voluntad de carácter recepticio y no debe olvidarse la protección de los terceros de buena fe.

## VIII. IMPREVISIÓN

Explicaron este tema la Profesora San Miguel (Universidad Autónoma de Madrid) y el Profesor Momberg (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).

La Profesora San Miguel<sup>37</sup> realizó una intervención que podría dividirse en dos partes: por un lado, realizó un análisis exegético de la Sección 2 del Capítulo 8 dedicada a la imprevisión<sup>38</sup>; por otro lado, avanzó una serie de reflexiones que, no obstante, ya dejaba intuir a los asistentes en su cuidadoso análisis previo.

Y así, centrada en la regulación de la imprevisión en los PLDC, la ponente se preguntó: (1) ¿cuándo hay imprevisión?; y (2) ¿cuáles son los efectos de la imprevisión? En relación con la primera pregunta, dedicó su atención al cambio de circunstancias, exigido por el artículo 88 PLDC 2016<sup>39</sup> (correspondiente al art. 85 PLDC 2017)<sup>40</sup>: debe tratarse de un cambio de circunstancias posterior a la celebración del contrato, imprevisible (esto es, no previsto y no razonablemente previsible) y cuyo riesgo no fue asumido por la parte afectada. La ponente subrayó que los principios UNIDROIT incluyen también el cambio de circunstancias anterior a la celebración del contrato, pero desconocido por las partes, supuesto que los PLDC tratan como error común. Además, para que entre en juego la imprevisión, como consecuencia

---

<sup>37</sup> Agradezco a la Profesora SAN MIGUEL que me haya permitido acceder a la presentación que empleó en su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento y de las anotaciones que tomé durante su intervención.

<sup>38</sup> En los PLDC 2017 la ubicación sistemática de la imprevisión ha sufrido importantes modificaciones: en primer lugar, los preceptos dedicados a ella (arts. 85 y 86) ya no están en el capítulo 8, sobre el incumplimiento, sino que se encuentran en el capítulo 7, relativo al cumplimiento; además, se ha suprimido la sección específica, que en la anterior versión se denominaba «Imprevisión».

<sup>39</sup> Art. 88 PLDC 2016: «Concepto de imprevisión. Si la ejecución del contrato se torna excesivamente onerosa, a causa de un cambio de circunstancias posterior a su perfección, cuyo acaecimiento no fue previsto o no era razonable preverlo, la parte afectada tiene derecho a requerir la renegociación del contrato».

<sup>40</sup> Art. 85 PLDC 2017: «Cambio de circunstancias. (1) Si, después de su celebración, la ejecución del contrato deviene excesivamente onerosa o su utilidad disminuye significativamente, por cambio de circunstancias cuyo acaecimiento o magnitud no pudo razonablemente haberse previsto y cuyo riesgo no fue asumido por la parte afectada, ésta puede requerir a la otra la renegociación del contrato. (2) La renegociación no suspende la ejecución del contrato, salvo cuando ésta cause perjuicios irreparables para la parte afectada. (3) Si después de un plazo razonable las mismas partes no han adaptado el contrato, cualquiera de ellas puede solicitar al juez que lo adapte o resuelva, quien para hacerlo debe tener en cuenta la distribución de riesgos y costos que habían asumido las partes».

de este cambio de circunstancias la ejecución del contrato debe resultar excesivamente onerosa para una de las partes e implicar la frustración del fin del contrato. Constatada la imprevisión conforme a los parámetros indicados, se despliegan sus efectos. En primer lugar, la renegociación del contrato; la profesora San Miguel enfatizó que, conforme a la redacción de los PLDC, la parte perjudicada lo que tiene es un derecho a la renegociación, luego puede no ejercitarlo, posibilidad que, a juicio de la ponente, es criticable pues debería tratarse de un deber de renegociar el contrato. En clara conexión con lo anterior, la ponente defendió que conforme a la buena fe la parte perjudicada debería estar obligada a comunicar el cambio de circunstancias y a renegociar de buena fe. La ponente puso de manifiesto que existen cuestiones no resueltas por los PLDC, como los efectos de la imprevisión sobre la pretensión de cumplimiento o los efectos sobre la ejecución ya iniciada del contrato<sup>41</sup>. El segundo efecto de la imprevisión es la adaptación judicial del contrato o la resolución: este efecto entra en juego «transcurrido un plazo razonable, si las partes no alcanzan un acuerdo» pudiendo cualquiera de ellas demandar la adaptación o la resolución. Observó la ponente que en este contexto no se está contemplando la resolución por incumplimiento, de modo que el juez debe determinar la fecha de efectos de la resolución, las restituciones y las indemnizaciones, en su caso.

Muchas de las reflexiones que la profesora San Miguel compartió en el Congreso han sido acogidas en los PLDC 2017: y así, tras constatar que en la tensión entre tradición y modernización ha ganado, en sede de imprevisión, la corriente modernizadora, propuso una nueva ubicación de la regulación, bien en sede de cumplimiento o en un capítulo dedicado a los efectos del contrato<sup>42</sup> y una nueva denominación que fuera «cambio de circunstancias»<sup>43</sup>; se planteó la conveniencia de regular expresamente los efectos de la renegociación sobre la ejecución del contrato ya iniciada<sup>44</sup>; y apuntó la necesidad de jerarquizar los remedios de manera más clara y de otorgar poderes al juez.

El profesor Momberg, tras poner de manifiesto, en línea con la anterior ponente, que en el Derecho uniforme prevalece la terminología «cambio de circunstancias», y que en esta materia se produce una tensión entre el principio *pacta sunt servanda* y la cláusula

<sup>41</sup> En la nueva redacción esta cuestión ha quedado resuelta, pues el apartado 2 del art. 85 PLDC 2017 establece que la renegociación no suspende la ejecución del contrato, salvo cuando ésta cause perjuicios irreparables para la parte afectada (*vid. supra* nota 40).

<sup>42</sup> Como ya se ha indicado, este cambio de ubicación se ha producido en los PLDC 2017 (*vid. supra* nota 38).

<sup>43</sup> También esta propuesta ha sido acogida por los redactores en la última versión: el art. 85 PLDC 2017 se denomina, de hecho, «cambio de circunstancias».

<sup>44</sup> *Vid. supra* nota 41.

*rebus sic stantibus*, dividió su intervención en dos partes: una primera en la que presentó un panorama de Derecho comparado y una segunda de análisis de los PLDC.

Su itinerario de Derecho comparado comenzó con el famoso caso de la Corte de casación francesa de 6 de marzo de 1876 (Canal de *Créponne*) sobre un contrato de suministro de agua para irrigar tierras, con más de 300 años de vigencia en el que el precio pagado había devenido claramente irrisorio y que el tribunal francés se negó a adaptar y mucho menos a resolver. Pasando al Derecho alemán, el ponente recordó que la primera versión del BGB no contemplaba el cambio de circunstancias, acudiendo los tribunales al parágrafo 242 BGB para aplicar una teoría que, ya tras la reforma de 2002, se reconoce en el parágrafo 313 BGB. Dirigiendo ya su mirada a Latinoamérica, el Profesor Momberg informó del generalizado reconocimiento de la regla de la imprevisión, siendo Chile, Venezuela y Uruguay los únicos países que se separan de esta tendencia.

La valoración que el ponente realizó de la regulación de los PLDC se centró fundamentalmente en el concepto de imprevisión. Y así, puesto que para el ponente la imprevisión es un supuesto de incumplimiento (si bien es cierto que con los remedios disponibles limitados), la ubicación sistemática en sede de incumplimiento le parecía adecuada. También consideró correcto restringir la entrada en juego de la imprevisión a los cambios posteriores a la celebración del contrato, ya que las situaciones previas hay que situarlas en el ámbito del error. Se mostró partidario de un concepto amplio, que uniera imprevisión y frustración del fin. En relación con la excesiva onerosidad, se refirió a los límites, muy difusos, de esta figura con la imposibilidad. El ponente puso de manifiesto la ausencia del requisito de la asunción del riesgo por el contratante afectado, carencia que, en la última versión, ha sido ya colmada<sup>45</sup>. Por lo que se refiere a los efectos de la imprevisión, el profesor Momberg indicó que la finalidad de la adaptación del contrato debería ser acorde con la distribución de riesgos, lo que se traduciría en que el negocio adaptado, aun sin ser un negocio ruinoso, debería seguir siendo un mal negocio.

## IX. CASO FORTUITO, IMPOSIBILIDAD Y REMEDIOS DEL ACREEDOR

Los profesores Mariño (Universidad de la República, Uruguay), Marín (Instituto Tecnológico Autónomo de México) y la

<sup>45</sup> Vid. art. 85 (1) PLDC 2017, reproducido *supra* en nota 40.

Profesora Mejías (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) conformaron la mesa dedicada a estos temas.

La profesora Mejías partió del concepto amplio y neutro de incumplimiento, subrayando que la imputabilidad no forma parte de dicho concepto y aparece sólo en el ámbito de la indemnización. Centrándose en el caso fortuito, y tras informar de la falta de consenso que existía al inicio de las discusiones durante el proceso de elaboración de los PLDC, se ocupó, primero, del concepto de caso fortuito para, a continuación, aludir a los remedios disponibles para el acreedor. En cuanto al concepto, constató la cercanía existente entre la redacción analizada y la CISG y el alejamiento con la noción presente en las legislaciones latinoamericanas. Y así, en los PLDC el caso fortuito se define como «un hecho ajeno al control del deudor que, sin ser un riesgo a su cargo, le impide cumplir la obligación temporal o definitivamente, y cuyo acaecimiento y efectos no ha podido resistir» (art. 86 PLDC 2016, recogido en el art. 90 PLDC 2017). La ponente destacó el componente subjetivo introducido por la idea de «irresistibilidad» y echó en falta el establecimiento del estándar de comportamiento que cabe exigir al deudor.

El caso fortuito, terminó recordando la ponente, priva al acreedor del remedio indemnizatorio y de la pretensión de cumplimiento.

El profesor Mariño comenzó afirmando que cuando hay un incumplimiento por causa no imputable debido a imposibilidad sobrevenida fortuita, la obligación se extingue y se produce una exoneración de responsabilidad. Su ponencia se focalizó en la distribución de riesgos en el caso de las obligaciones recíprocas, aludiendo a las dos soluciones que actualmente coexisten. Por un lado, aquella que asigna el riesgo al acreedor, quien, por tanto, debe cumplir, aunque no reciba, y que tiene derecho al *commodum representationis*; se trata de la solución propia del derecho romano, el CC francés, el español, el chileno y el uruguayo. Por otro lado, encontramos la solución del moderno derecho de obligaciones y contratos, conforme a la cual el acreedor puede pedir la resolución o la cesión de derechos. En opinión del ponente, los PLDC han adoptado una posición moderna, pues en su artículo 87 PLDC 2016 (correspondiente al art. 91 PLDC 2017) se establece que «[I]a imposibilidad sobreviviente total y definitiva para cumplir una obligación contractual, causada por caso fortuito, extingue la obligación y libera al deudor. En tal caso, el acreedor puede optar por resolver el contrato o reclamar la cesión de los derechos y acciones que, en razón de la imposibilidad, el deudor detenta contra un tercero».

El profesor Marín<sup>46</sup> ofreció una visión comparada de la regulación del caso fortuito en los PLDC, en el Derecho francés y en instrumentos internacionales.

En los PLDC no se diferencia el caso fortuito de la fuerza mayor, sino que se tratan como sinónimos, lo que al ponente le pareció correcto. De los dos tradicionales elementos (imprevisibilidad e irresistibilidad) presentes en el artículo 1218 CC francés, los PLDC sólo han tomado expresamente la irresistibilidad. Aparece la idea de la esfera de control, recogida también en los PECL, en el CC francés y en los Principios UNIDROIT. El ponente mostraba sus dudas acerca del significado exacto de la puesta a cargo del deudor del riesgo.

Al analizar la imposibilidad, el ponente dirigió, primero, su mirada al Derecho inglés, recordando importantes y conocidos casos de la jurisprudencia, como *Taylor v. Caldwell*, *Siegel v Eaton* o *Texas Co. V. Hogarth Shipping Co.* Para, después, fijarse en los remedios disponibles para el acreedor conforme a los PLDC en caso de imposibilidad total y definitiva (opción entre resolución o cesión de derechos) e imposibilidad temporal y parcial (suspensión o reducción de la propia contraprestación).

## X. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS EN LOS PLDC. CONDICIONES. PROCEDENCIA, EXONERACIÓN Y LÍMITES

Fueron tres los ponentes en esta mesa: los Profesores Kindl (Universidad de Münster), Vidal (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) y De la Maza (Universidad Diego Portales).

El Profesor Vidal se ocupó del ejercicio autónomo de la indemnización en los PLDC, contemplado en el artículo 91.2 PLDC 2016 (correspondiente al art. 92.2 PLDC 2017) en los siguientes términos: «La indemnización de los daños podrá ejercerse de manera autónoma, o en conjunto con los demás medios de tutela». El ponente expuso que la expresión «ejercicio autónomo» debe interpretarse en el sentido de ejercicio independiente respecto de los otros medios de tutela, si bien consideró necesaria una mejor redacción (por ejemplo, «ejercicio en forma exclusiva o en conjunto con los otros medios de tutela»). Centrándose ya en el remedio indemnizatorio, el profesor observó que no se ha introducido la categoría del derecho al reintegro del valor de la prestación.

---

<sup>46</sup> Agradezco al Profesor MARÍN que me haya permitido acceder al texto de su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento.

A continuación, el ponente defendió la carga que todo acreedor debería tener de comunicar el cumplimiento imperfecto, contemplado en el artículo 92 PLDC 2016 (correspondiente al art. 93 PLDC 2017), deber que se desprende del principio general de buena fe y de conservación del negocio. Y este último le condujo a plantear la conveniencia de incorporar el derecho del deudor a subsanar el incumplimiento, previsto en el Derecho uniforme, que, de manera correlativa, contempla la obligación del acreedor a otorgar un plazo para subsanar, cuando ello sea razonable. La propuesta del ponente, de introducir un nuevo precepto en el que se reconociera expresamente la *Nachfrist*, ha sido acogida en los PLDC 2017<sup>47</sup>.

El Profesor De la Maza se centró en la relación de causalidad como requisito y límite de la indemnización. Informó el ponente de que en Latinoamérica se ha prestado poca atención a esta cuestión en sede contractual, contrariamente a lo que ha sucedido en sede extracontractual, en el que se distingue entre las circunstancias que pueden considerarse históricamente causa del resultado y las que, de entre aquéllas, son normativamente relevantes. La previsibilidad del daño, recogida en el artículo 107 PLDC 2016 (ahora art. 108 PLDC 2017), constituye uno de los test necesarios para superar los excesos de la causalidad fáctica. Finalizó la intervención citando un caso de la jurisprudencia chilena que basó su decisión sobre el carácter indemnizable del daño moral contractual en la idea del fin de protección del contrato.

Y precisamente del fin de protección del contrato habló el Profesor Kindl<sup>48</sup>, que focalizó su intervención en el Derecho alemán, estructurándola en 4 partes: (1) cuestiones generales; (2) fin de protección de los deberes contractuales; (3) la previsibilidad del daño; (4) conclusiones. Trazaré las ideas básicas de cada una de estas partes.

Fueron varias las cuestiones generales que sirvieron de premisa para las siguientes partes de la ponencia. Y así, recordó que en Derecho alemán: no hay responsabilidad sin violación de un deber; la previsibilidad, en principio, no es un elemento que se tenga en cuenta para dilucidar el carácter resarcible o no del daño; la resarcibilidad del daño contractual depende del tipo de daño. Y a este propósito explicó que existe el daño simple (cuyo único requisito es la violación de cualquier deber contractual causando un daño), el daño por mora (que supone la violación de un deber de presta-

<sup>47</sup> En el art. 94 PLDC 2017, como ya se ha indicado *supra*, en la nota 13.

<sup>48</sup> Agradezco al Profesor KINDL que me haya permitido acceder a la presentación que empleó en su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento y de las anotaciones que tomé durante su intervención.

ción y, en principio, la intimación del deudor) y el daño en lugar de la prestación (que es el fundamento de la pretensión más importante en la práctica y cuyos requisitos son la violación de un deber de prestación más, en principio, la fijación de un plazo razonable al deudor para el cumplimiento por parte del acreedor después del momento del vencimiento y el no cumplimiento por el deudor dentro de ese plazo).

La segunda parte de la intervención se centró en el fin de protección de los deberes contractuales. Partió el ponente de la necesidad de limitar la obligación de resarcimiento, siendo la doctrina de la *conditio sine qua non* claramente insuficiente a estos efectos. El filtro de la causalidad adecuada es, a juicio del ponente, un filtro demasiado grueso (solo hechos que hayan aumentado el riesgo de la realización de tal daño pueden justificar la responsabilidad). Aparece así el fin de protección de los deberes contractuales como instrumento adecuado para la limitación de daños resarcibles: se pregunta esta teoría si el deber violado sirve para proteger a la parte contratante contra la realización del riesgo que creó. Para contestar a esta pregunta, indicó el profesor alemán, hay que hacer una interpretación teleológica del contrato. A continuación, ilustró la explicación con ejemplos extraídos de la jurisprudencia alemana, que clasificó en función del deber incumplido.

La tercera parte de la exposición se centró en la previsibilidad del daño que, aunque como regla general no sirve como criterio de limitación de daños, puede llegar a ser importante en el caso del artículo 254 (2) BGB, que reduce la responsabilidad del deudor cuando el perjudicado ha omitido advertir al deudor del peligro de un gran daño inusual, que el deudor ni conocía, ni tenía que conocer. En opinión del ponente, dicho precepto pone de manifiesto que la previsibilidad del daño en el Derecho alemán tiene importancia en el contexto del concurso de culpas.

## XI. CLÁUSULA PENAL

Expusieron en la última de las mesas los Profesores Carvajal (Pontificia Universidad Católica de Chile) y Corral (Universidad de los Andes). Debe advertirse que en la última versión de los PLDC los preceptos dedicados a la cláusula penal han sufrido importantes modificaciones.

Antes de la intervención del Profesor Carvajal, en la que abundaron las referencias a la cláusula penal en el Derecho romano,

expuso el Profesor Corral<sup>49</sup>, para quien la cláusula penal no es una verdadera cláusula, sino un contrato accesorio de garantía. Su intervención se estructuró en 4 partes: las funciones de la cláusula penal, sus requisitos, la pena en caso de cumplimiento parcial o imperfecto y la pena excesiva o irrisoria. Expondré las ideas principales de cada parte.

El ponente indicó que en los PLDC se recogen las tres funciones que puede cumplir la cláusula penal: de garantía, de valoración anticipada de los daños y sancionadora.

En cuanto a los requisitos, señaló, en primer lugar, el incumplimiento: planteó el ponente la duda de si el incumplimiento debe ser probado por el acreedor y echó en falta una previsión sobre si el deudor podría alegar el caso fortuito o la falta de culpa para exonerarse de cumplir la pena. Los PLDC no contemplan la mora como requisito para la indemnización de daños y perjuicios, ni para cobrar la pena, con lo que se mantiene la coherencia. Siguiendo lo que ya es tradicional, no se exige que el acreedor pruebe los daños ni se admite la prueba de que el incumplimiento no causó daños, sin perjuicio de la facultad del juez de moderar la pena excesiva.

En relación con los casos de cumplimiento parcial, el ponente se centró, primero, en lo que, según los PLDC, cabe calificar de cumplimiento parcial. A este propósito, el artículo 113 PLDC 2016 contempla varios supuestos<sup>50</sup>: el cumplimiento imperfecto, el cumplimiento parcial («cumple sólo una parte de la obligación»), el cumplimiento irregular («la cumple de un modo irregular») y el cumplimiento «fuera del lugar o del tiempo a que se obligó». Este último, observó el ponente, parece más bien retraso, con lo que consideró que podría ser indemnizado por una pena moratoria. Seguidamente, el profesor explicó las consecuencias del cumplimiento parcial, a saber, la reducción proporcional de la pena. A juicio del ponente dicho criterio tiene sentido cuando se cumple una parte de la obligación, pero no cuando hay otras formas de cumplimiento imperfecto; de ahí que, en su opinión, fuera preferible emplear la palabra «prudencialmente» o aclarar que la reducción se hará en proporción a la medida en que el cumplimiento satisfizo el interés del acreedor.

Por lo que se refiere a las penas excesivas o irrisorias, el ponente hizo hincapié en que la alteración judicial del monto de la pena

---

<sup>49</sup> Agradezco al Profesor CORRAL que me haya permitido acceder al texto de su intervención en el Congreso; la información está tomada de dicho documento.

<sup>50</sup> La actual redacción se ha simplificado considerablemente, pues el art. 116 PLDC 2017 ahora habla únicamente de cumplimiento imperfecto. El precepto citado reza como sigue: «Rebaja por cumplimiento imperfecto del contrato. Si el cumplimiento es imperfecto y el acreedor lo acepta, el deudor tiene derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena, salvo acuerdo en contrario».



sólo procede a petición de parte, y no de oficio, a diferencia de lo que sucede en el nuevo CC francés, que autoriza expresamente la actuación de oficio en su artículo 1231-5. Observó también el profesor que a partir del tenor literal del precepto (art. 112 PLDC 2016) parece que se esté pensando en una pena dineraria (el artículo emplea la expresión «monto»), lo que deja fuera otro tipo de penas que consisten en la entrega de una especie o cuerpo cierto o incluso en una obligación de hacer o de no hacer. Por ello, el profesor avanzó una propuesta de cambio de redacción, que eliminara el término «monto», propuesta que ha sido acogida en la última versión: el artículo 115 PLDC 2017 establece que el juez puede «reducir la pena». Centrado en las penas excesivas, señaló que la expresión utilizada por el precepto («monto manifiestamente excesivo») entraña el riesgo de no poder evitar que todos los deudores aleguen enormidad de la pena y que se produzca una exagerada discrecionalidad judicial. Proponía, por ello, establecer algunos requisitos o incluso tipificar casos en los que se presuma ese exceso, como el criterio del duplo para obligaciones dinerarias, previsto en el Código Civil chileno (art. 1544)<sup>51</sup> y cuyo origen se sitúa en el Derecho romano justinianeo.

Pasando a la pena considerada «irrisoria» y al poder del juez de aumentarla, el ponente observó que una regla como ésta adquiere todo su sentido en sistemas como el francés, el español o el argentino en el que el acreedor está obligado a reclamar la pena sin que pueda recurrir a la indemnización ordinaria; pero no tiene utilidad en sistemas como el chileno (seguido, a su juicio, por los PLDC) que permiten al acreedor optar entre exigir la pena o la indemnización de daños y perjuicios ordinaria (asumiendo, en este último caso, la carga de probar el daño): si se ha pactado una pena que se revela inferior al daño causado, al acreedor le bastará con no reclamar la cláusula penal y demandar la indemnización ordinaria de los perjuicios padecidos.

## XII. VALORACIÓN FINAL

Estoy convencida de que todos los asistentes al Congreso aprendieron algo nuevo: quienes veníamos de Europa, tuvimos la oportu-

---

<sup>51</sup> Art. 1544 CC Chileno: «Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él. [...]».

tunidad de conocer las principales características de los derechos de contratos latinoamericanos de la mano de algunos de sus académicos más prestigiosos en la materia, quienes, a su vez, escucharon las reflexiones que los juristas europeos compartieron desde la realidad de sus propios sistemas jurídicos. Como punto de encuentro los PLDC, en los que volvió a constatarse la tensión entre las tendencias modernas y las construcciones tradicionales del Derecho de contratos, así como las incoherencias que, en algunos ámbitos, esta tensión produce. Sin embargo, un rápido vistazo a la última versión de los PLDC (todavía inédita<sup>52</sup>) permite afirmar que en esta «batalla de tendencias» va ganando terreno el moderno Derecho de contratos.

No quiero cerrar estas líneas sin una última reflexión: escuchando a muchos de los académicos latinoamericanos no podía por menos que comprobar el empleo de un lenguaje, de unas categorías y de un razonamiento jurídico en los que me he estado empapando desde mi formación: el del Moderno Derecho de Contratos. La notable difusión de los textos de Derecho Privado Europeo y Uniforme, también en Latinoamérica, ha sido probablemente la causante de esta feliz coincidencia. Pero quiero pensar que la Escuela que el profesor Morales ha erigido en Chile durante los últimos años ha tenido también algo (mucho) que ver con esta realidad.

---

<sup>52</sup> Aunque de próxima publicación en España.



# 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 Antidiscriminatorio. Derecho de Consumo. Derecho de Contratos. Derecho de Familia. Derecho de la Persona. Derecho de Sociedades. Derecho Procesal. Insolvencia. Marcas, Dibujos y Modelos. Responsabilidad Civil y Seguros.—B) Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos. Banca y Mercados. Derecho de Consumo. Derecho de Contratos. Derecho de Familia. Derecho de la Competencia. General. Insolvencia. Marcas, Dibujos y Modelos. Propiedad Intelectual e Industrial. Protección de Datos. Responsabilidad Civil y Seguros.—II. *Procedimientos Jurisdiccionales.*—Banca y Mercados. Competencia Judicial. Cooperación Judicial. Derecho de Consumo. Derecho de Contratos. Derecho de la Competencia. Derecho de Familia. Derecho de Sociedades. Derecho de Sucesiones. Insolvencia. Marcas, Dibujos y Modelos. Propiedad Intelectual e Industrial. Protección de Datos. Responsabilidad Civil y Seguros.

## I. LEGISLACIÓN

### A) NORMATIVA VIGENTE

#### BANCA Y MERCADOS

- 1. Reglamento de Ejecución (UE) 2017/461 de la Comisión, de 16 de marzo de 2017, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los formularios, plantillas y procedimientos comunes para el proceso de consulta entre las autoridades competentes pertinentes en relación con las adquisiciones propuestas de participaciones cualificadas en entidades de crédito, de conformidad con el artículo 24 de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE, L, núm. 72, de 17 de marzo de 2017.**
- 2. Corrección de errores del Reglamento de Ejecución (UE) 2016/322 de la Comisión, de 10 de febrero de 2016, que modifica el Reglamento (UE) n.º 680/2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la comunicación de información con fines de supervisión por las entidades sobre el requisito de cobertura de liquidez (DO L 64 de 10.3.2016), DOUE, L, núm. 72, de 17 de marzo de 2017.**

3. **Decisión (UE) 2017/468 del Banco Central Europeo, de 26 de enero de 2017, por la que se modifica la Decisión BCE/2010/10 sobre el incumplimiento de las obligaciones de información estadística (BCE/2017/5), DOUE, L, núm. 77, de 22 de marzo de 2017.**
4. **Corrección de errores del Reglamento Delegado (UE) 2015/61 de la Comisión, de 10 de octubre de 2014, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe al requisito de cobertura de liquidez aplicable a las entidades de crédito (DO L 11 de 17.1.2015), DOUE, L, núm. 81, de 28 de marzo de 2017.**
5. **Reglamento Delegado (UE) 2017/610 de la Comisión, de 20 de diciembre de 2016, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que respecta a la prórroga de los períodos transitorios que afectan a los sistemas de planes de pensiones, DOUE, L, núm. 86, de 31 de marzo de 2017.**
6. **Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión, de 25 de abril de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
7. **Reglamento Delegado (UE) 2017/566 de la Comisión, de 18 de mayo de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los mercados de instrumentos financieros, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre la proporción entre órdenes no ejecutadas y operaciones para prevenir anomalías en las condiciones de negociación, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
8. **Reglamento Delegado (UE) 2017/567 de la Comisión, de 18 de mayo de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las definiciones, la transparencia, la compresión de carteras y las medidas de supervisión en lo que atañe a la intervención en materia de productos y las posiciones, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
9. **Reglamento Delegado (UE) 2017/568 de la Comisión, de 24 de mayo de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la admisión de instrumentos financieros a negociación en mercados regulados, DOUE, C, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
10. **Reglamento Delegado (UE) 2017/569 de la Comisión, de 24 de mayo de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la suspensión y exclusión de la negociación de instrumentos financieros, DOUE, C, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**

11. **Reglamento Delegado (UE) 2017/570 de la Comisión, de 26 de mayo de 2016, que completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los mercados de instrumentos financieros por lo que se refiere a las normas técnicas de regulación para la determinación de un mercado importante en términos de liquidez en relación con las notificaciones de una interrupción temporal de la negociación, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
12. **Reglamento Delegado (UE) 2017/571 de la Comisión, de 2 de junio de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a las normas técnicas de regulación relativas a la autorización, los requisitos de organización y la publicación de operaciones aplicables a los proveedores de servicios de suministro de datos, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
13. **Reglamento Delegado (UE) 2017/572 de la Comisión, de 2 de junio de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la especificación de la oferta de datos pre-negociación y post-negociación y al nivel de desagregación de los datos, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
14. **Reglamento Delegado (UE) 2017/573 de la Comisión, de 6 de junio de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los mercados de instrumentos financieros en lo que respecta a las normas técnicas de regulación referentes a los requisitos destinados a garantizar servicios de localización compartida y estructuras de comisiones equitativos y no discriminatorios, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
15. **Reglamento Delegado (UE) 2017/575 de la Comisión, de 8 de junio de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los mercados de instrumentos financieros en lo que atañe a las normas técnicas de regulación aplicables a los datos que deben publicar los centros de ejecución sobre la calidad de ejecución de las operaciones, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
16. **Reglamento Delegado (UE) 2017/576 de la Comisión, de 8 de junio de 2016, por el que se complementa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en cuanto a las normas técnicas de regulación para la publicación anual por las empresas de inversión de información sobre la identidad de los centros de ejecución y sobre la calidad de la ejecución, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
17. **Reglamento Delegado (UE) 2017/577 de la Comisión, de 13 de junio de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de instrumentos financieros en lo que respecta a las normas técnicas de regulación aplicables al mecanismo de limitación de volumen y la información a efectos de transparencia y de otros cálculos, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**

18. **Reglamento Delegado (UE) 2017/578 de la Comisión, de 13 de junio de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los mercados de instrumentos financieros en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican los requisitos relativos a los acuerdos y planes de creación de mercado, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
19. **Reglamento Delegado (UE) 2017/579 de la Comisión, de 13 de junio de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los mercados de instrumentos financieros, en lo que se refiere a las normas técnicas de regulación sobre el efecto directo, sustancial y previsible de los contratos de derivados en la Unión y la prevención de la elusión de las normas y obligaciones, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
20. **Reglamento Delegado (UE) 2017/580 de la Comisión, de 24 de junio de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación aplicables a la conservación de datos pertinentes relativos a órdenes relacionadas con instrumentos financieros, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
21. **Reglamento Delegado (UE) 2017/581 de la Comisión, de 24 de junio de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación sobre el acceso a la compensación en los centros de negociación y las entidades de contrapartida central, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
22. **Reglamento Delegado (UE) 2017/582 de la Comisión, de 29 de junio de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a las normas técnicas de regulación que establecen la obligación de compensación para los instrumentos derivados negociados en mercados regulados y el plazo de aceptación de la compensación, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
23. **Reglamento Delegado (UE) 2017/583 de la Comisión, de 14 de julio de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los mercados de instrumentos financieros, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre los requisitos de transparencia aplicables a los centros de negociación y las empresas de servicios de inversión con relación a los bonos, los productos de financiación estructurada, los derechos de emisión y los derivados, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
24. **Reglamento Delegado (UE) 2017/584 de la Comisión, de 14 de julio de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación que especifican los requisitos organizativos de los centros de negociación, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**

25. Reglamento Delegado (UE) 2017/585 de la Comisión, de 14 de julio de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a las normas y los formatos aplicables a los datos de referencia de los instrumentos financieros y las medidas técnicas en relación con las disposiciones que han de tomar la Autoridad Europea de Valores y Mercados y las autoridades competentes, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.
26. Reglamento Delegado (UE) 2017/586 de la Comisión, de 14 de julio de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con las normas técnicas de regulación para el intercambio de información entre las autoridades competentes cuando cooperen en las actividades de supervisión, las verificaciones in situ y las investigaciones, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.
27. Reglamento Delegado (UE) 2017/587 de la Comisión, de 14 de julio de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los mercados de instrumentos financieros, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a los requisitos de transparencia aplicables a los centros de negociación y las empresas de servicios de inversión respecto de las acciones, los recibos de depositario, los fondos cotizados, los certificados y otros instrumentos financieros similares y a las obligaciones de realización de las operaciones respecto de ciertas acciones en un centro de negociación o por un internalizador sistemático, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.
28. Reglamento Delegado (UE) 2017/588 de la Comisión, de 14 de julio de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas al régimen de variación mínima de cotización aplicable a las acciones, los recibos de depositario y los fondos cotizados, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.
29. Reglamento Delegado (UE) 2017/589 de la Comisión, de 19 de julio de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación que especifican los requisitos organizativos de las empresas de servicios de inversión dedicadas a la negociación algorítmica, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.
30. Reglamento Delegado (UE) 2017/590 de la Comisión, de 28 de julio de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a las normas técnicas de regulación relativas a la comunicación de operaciones a las autoridades competentes, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.
31. Reglamento Delegado (UE) 2017/591 de la Comisión, de 1 de diciembre de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de



regulación para la aplicación de límites a las posiciones en derivados sobre materias primas, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.

32. **Reglamento Delegado (UE) 2017/592 de la Comisión, de 1 de diciembre de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a los criterios para determinar cuándo debe considerarse que una actividad es auxiliar de la principal, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
33. **Directiva Delegada (UE) 2017/593 de la Comisión, de 7 de abril de 2016, por la que se complementa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la salvaguarda de los instrumentos financieros y los fondos pertenecientes a los clientes, las obligaciones en materia de gobernanza de productos y las normas aplicables a la entrega o percepción de honorarios, comisiones u otros beneficios monetarios o no monetarios, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
34. **Reglamento de Ejecución (UE) 2017/646 de la Comisión, de 5 de abril de 2017, por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/378 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) n.º 514/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con la aplicación del procedimiento de liquidación de cuentas anual y la ejecución de la liquidación de conformidad, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
35. **Reglamento Delegado (UE) 2017/653 de la Comisión, de 8 de marzo de 2017, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista empaquetados y los productos de inversión basados en seguros, mediante el establecimiento de normas técnicas de regulación respecto a la presentación, el contenido, el examen y la revisión de los documentos de datos fundamentales y las condiciones para cumplir el requisito de suministro de dichos documentos, DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
36. **Orientación (UE) 2017/697 del Banco Central Europeo, de 4 de abril de 2017, sobre el ejercicio por las autoridades nacionales competentes de las opciones y facultades que ofrece el derecho de la Unión respecto de las entidades menos significativas (BCE/2017/9), DOUE, L, núm. 87, de 31 de marzo de 2017.**
37. **Corrección de errores del Reglamento Delegado (UE) 2016/958 de la Comisión, de 9 de marzo de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a las medidas técnicas aplicables a la presentación objetiva de las recomendaciones de inversión o información de otro tipo en las que se recomienda o sugiera una estrategia de inversión y a la comunicación de intereses particulares o indicaciones de conflictos de intereses ( DO L 160 de 17.6.2016 ), DOUE, L, núm. 110, de 27 de abril de 2017.**

38. **Reglamento Delegado (UE) 2017/751 de la Comisión, de 16 de marzo de 2017, por el que se modifican los Reglamentos Delegados (UE) 2015/2205, (UE) 2016/592 y (UE) 2016/1178 en lo que respecta al plazo para el cumplimiento de las obligaciones de compensación de determinadas contrapartes que negocian con derivados extrabursátiles, DOUE, L, núm. 113, de 29 de abril de 2017.**
39. **Reglamento (UE) 2017/827 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, que modifica el Reglamento (UE) n.º 258/2014 por el que se instituye un programa de la Unión destinado a respaldar determinadas actividades en el ámbito de la información financiera y la auditoría durante el período 2014-2020, DOUE, L, núm. 129, de 19 de mayo de 2017.**
40. **Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas, DOUE, L, núm. 132, de 20 de mayo de 2017.**
41. **Corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión, y por el que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE y el Reglamento (UE) n.º 596/2014 ( DO L 171 de 29.6.2016), DOUE, L, núm. 137, de 24 de mayo de 2017.**
42. **Decisión (UE) 2017/933 del Banco Central Europeo, de 16 de noviembre de 2016, sobre el régimen general de delegación de facultades de decisión respecto de instrumentos jurídicos relativos a las funciones de supervisión (BCE/2016/40), DOUE, L, núm. 141, de 1 de junio de 2017.**
43. **Decisión (UE) 2017/934 del Banco Central Europeo, de 16 de noviembre de 2016, sobre la delegación de decisiones sobre la significatividad de las entidades supervisadas (BCE/2016/41), DOUE, L, núm. 141, de 1 de junio de 2017.**
44. **Decisión (UE) 2017/936 del Banco Central Europeo, de 23 de mayo de 2017, por la que se designan jefes de unidades de trabajo que adopten decisiones delegadas de idoneidad (BCE/2017/16), DOUE, L, núm. 141, de 1 de junio de 2017.**
45. **Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1005 de la Comisión, de 15 de junio de 2017, por el que se establecen normas técnicas de ejecución con respecto al formato y el calendario de las comunicaciones y la publicación de la suspensión y exclusión de instrumentos financieros de conformidad con la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los mercados de instrumentos financieros, DOUE, L, núm. 153, de 16 de junio de 2017.**
46. **Reglamento Delegado (UE) 2017/1018 de la Comisión, de 29 de junio de 2016, que completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los mercados de instrumentos financieros,**

ros, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican la información que deben notificar las empresas de servicios de inversión, los organismos rectores del mercado y las entidades de crédito, DOUE, L, núm. 155, de 17 de junio de 2017.

47. Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1093 de la Comisión, de 20 de junio de 2017, por el que se establecen normas técnicas de ejecución relativas al formato de los informes de posiciones de las empresas de servicios de inversión y los organismos rectores del mercado, DOUE, L, núm. 158, de 21 de junio de 2017.
48. Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1110 de la Comisión, de 22 de junio de 2017, por el que se establecen normas técnicas de ejecución con respecto a los modelos de formularios, plantillas y procedimientos para la autorización de los proveedores de servicios de suministro de datos y las notificaciones conexas de conformidad con la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los mercados de instrumentos financieros, DOUE, L, núm. 162, de 23 de junio de 2017.
49. Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1158 de la Comisión, de 29 de junio de 2017, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los procedimientos y formularios para el intercambio de información entre las autoridades competentes y la Autoridad Europea de Valores y Mercados a que se refiere el artículo 33 del Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE, L, núm. 167, de 30 de junio de 2017.
50. Reglamento (UE) 2017/1129 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado y por el que se deroga la Directiva 2003/71/CE, DOUE, L, núm. 168, de 30 de junio de 2017.
51. Decisión (UE) 2017/1198 del Banco Central Europeo, de 27 de junio de 2017, sobre la presentación por las autoridades nacionales competentes al Banco Central Europeo de los planes de financiación de las entidades de crédito (BCE/2017/21), DOUE, L, núm. 172, de 5 de julio de 2017.
52. Corrección de errores del Reglamento Delegado (UE) 2017/568 de la Comisión, de 24 de mayo de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la admisión de instrumentos financieros a negociación en mercados regulados ( DO L 87 de 31.3.2017 ), DOUE, L, núm. 183, de 14 de julio de 2017.
53. Corrección de errores del Reglamento Delegado (UE) 2017/653 de la Comisión, de 8 de marzo de 2017, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista empaquetados y los productos de inversión basados en seguros, mediante el establecimiento de nor-

mas técnicas de regulación respecto a la presentación, el contenido, el examen y la revisión de los documentos de datos fundamentales y las condiciones para cumplir el requisito de suministro de dichos documentos ( DO L 100 de 12.4.2017 ), DOUE, L, núm. 210, de 15 de agosto de 2017.

54. **Corrección de errores de la Directiva Delegada (UE) 2017/593 de la Comisión, de 7 de abril de 2016, por la que se complementa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la salvaguarda de los instrumentos financieros y los fondos pertenecientes a los clientes, las obligaciones en materia de gobernanza de productos y las normas aplicables a la entrega o percepción de honorarios, comisiones u otros beneficios monetarios o no monetarios ( DO L 87 de 31.3.2017 ), DOUE, L, núm. 210, de 15 de agosto de 2017.**
55. **Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1443 de la Comisión, de 29 de junio de 2017, por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 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, de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE, L, núm. 213, de 17 de agosto de 2017.**
56. **Decisión (UE) 2017/1493 del Banco Central Europeo, de 3 de agosto de 2017, por la que se modifica la Decisión BCE/2014/29 sobre la presentación al Banco Central Europeo de los datos de supervisión transmitidos a las autoridades nacionales competentes por las entidades supervisadas conforme al Reglamento de Ejecución (UE) n.º 680/2014 de la Comisión (BCE/2017/23), DOUE, L, núm. 216, de 22 de agosto de 2017.**

#### DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

57. **Decisión (UE) 2017/652 de la Comisión, de 29 de marzo de 2017, sobre la propuesta de iniciativa ciudadana titulada «Minority Safe-Pack – one million signatures for diversity in Europe» [notificada con el número C(2017) 2200], DOUE, L, núm. 92, de 6 de abril de 2017.**

#### DERECHO DE CONSUMO

58. **Reglamento (UE) 2017/826 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establece un programa de la Unión para apoyar actividades específicas de fomento de la participación de los consumidores y otros usuarios finales de servicios financieros en la formulación de políticas de la Unión en el ámbito de los servicios financieros durante el período 2017-2020, DOUE, L, núm. 129, de 19 de mayo de 2017.**

59. **Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, DOUE, L, núm. 168, de 30 de junio de 2017.**
60. **Corrección de errores del Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior ( DO L 168 de 30.6.2017 ), DOUE, L, núm. 198, de 28 de julio de 2017.**

#### DERECHO DE CONTRATOS

61. **Corrección de errores del Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE ( DO L 257 de 28.8.2014 ), DOUE, L, núm. 104, de 20 de abril de 2017.**

#### DERECHO DE FAMILIA

62. **Corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales ( DO L 183 de 8.7.2016 ), DOUE, L, núm. 113, de 29 de abril de 2017.**
63. **Corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas ( DO L 183 de 8.7.2016 ), DOUE, L, núm. 113, de 29 de abril de 2017.**

#### DERECHO DE LA PERSONA

64. **Decisión (UE) 2017/599 de la Comisión, de 22 de marzo de 2017, sobre la propuesta de iniciativa ciudadana denominada «Ciudadanía de la UE para los europeos: Unidos en la diversidad a pesar del ius soli y del ius sanguinis» [notificada con el número C(2017) 2001], DOUE, L, núm. 81, de 28 de marzo de 2017.**

#### DERECHO DE SOCIEDADES

65. **Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, DOUE, L, núm. 169, de 30 de junio de 2017.**

DERECHO PROCESAL

66. **Reglamento Delegado (UE) 2017/1259 de la Comisión, de 19 de junio de 2017, por el que se sustituyen los anexos I, II, III y IV del Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, DOUE, L, núm. 182, de 13 de julio de 2017.**
67. **Reglamento Delegado (UE) 2017/1260 de la Comisión, de 19 de junio de 2017, por el que se sustituye el anexo I del Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo, DOUE, L, núm. 182, de 13 de julio de 2017.**

INSOLVENCIA

68. **Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1105 de la Comisión, de 12 de junio de 2017, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos de insolvencia, DOUE, L, núm. 160, de 22 de junio de 2017.**
69. **Decisión (UE) 2017/1518 de la Comisión, de 31 de agosto de 2017, por la que se confirma la participación de Irlanda en el Reglamento (UE) 2017/353 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se sustituyen los anexos A y B del Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia, DOUE, L, núm. 226, de 1 de septiembre de 2017.**

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

70. **Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea, DOUE, L, núm. 154, de 16 de junio de 2017.**
71. **Reglamento Delegado (UE) 2017/1430 de la Comisión, de 18 de mayo de 2017, que complementa el Reglamento (CE) n.º 207/2009 del Consejo sobre la marca de la Unión Europea y deroga los Reglamentos (CE) n.º 2868/95 y (CE) n.º 216/96 de la Comisión, DOUE, L, núm. 205, de 8 de agosto de 2017.**
72. **Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1431 de la Comisión, de 18 de mayo de 2017, por el que se establecen normas de desarrollo de determinadas disposiciones del Reglamento (CE) n.º 207/2009 del Consejo, sobre la marca de la Unión Europea, DOUE, L, núm. 205, de 8 de agosto de 2017.**

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

73. **Decisión (UE) 2017/769 del Consejo, de 25 de abril de 2017, relativa a la ratificación del Protocolo de 2010 relativo al Convenio interna-**

**cional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, y la adhesión al mismo por parte de los Estados miembros en interés de la Unión Europea, a excepción de los aspectos relacionados con la cooperación judicial en materia civil, DOUE, L, núm. 115, de 4 de mayo de 2017.**

74. **Decisión (UE) 2017/770 del Consejo, de 25 de abril de 2017, relativa a la ratificación del Protocolo de 2010 relativo al Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, y a la adhesión al mismo por parte de los Estados miembros, en interés de la Unión Europea, en lo que atañe a los aspectos relacionados con la cooperación judicial en materia civil, DOUE, L, núm. 115, de 4 de mayo de 2017.**
75. **Reglamento de Ejecución (UE) 2017/812 de la Comisión, de 15 de mayo de 2017, por el que se establece información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 31 de marzo y el 29 de junio de 2017, de conformidad con 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, DOUE, L, núm. 126, de 18 de mayo de 2017.**
76. **Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1469 de la Comisión, de 11 de agosto de 2017, por el que se establece un formato de presentación normalizado para el documento de información sobre productos de seguro, DOUE, L, núm. 209, de 12 de agosto de 2017.**
77. **Reglamento Delegado (UE) 2017/1542 de la Comisión, de 8 de junio de 2017, por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2015/35 en relación con el cálculo del capital reglamentario obligatorio para determinadas categorías de activos mantenidos por las empresas de seguros y reaseguros (sociedades de infraestructuras), DOUE, L, núm. 236, de 14 de septiembre de 2017.**

## B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

### BANCA Y MERCADOS

78. **P7\_TA(2014)0049. Migración a transferencias y adeudos domiciliados comunes a toda la Unión. I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (UE) n.º 260/2012 por lo que respecta a la migración a transferencias y adeudos domiciliados comunes a toda la Unión [COM(2013)0937 – C7-0008/2014 – 2013/0449(COD)]. P7\_TC1-COD(2013)0449 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 4 de febrero de 2014 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) no .../2014 del Parlamento Europeo y del Consejo**

que modifica el Reglamento (UE) no 260/2012 por lo que respecta a la migración a transferencias y adeudos domiciliados comunes a toda la Unión, DOUE, C, núm. 93, de 24 de marzo de 2017.

79. Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo, el 6 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución Bancaria y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo [COM(2013)0520 – C7-0223/2013 – 2013/0253(COD)], DOUE, C, núm. 93, de 24 de marzo de 2017.
80. Dictamen del Banco Central Europeo, de 8 de marzo de 2017, sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2014/59/UE en lo que respecta al orden de prioridad de los instrumentos de deuda no garantizada en caso de insolvencia (CON/2017/6), DOUE, C, núm. 132, de 26 de abril de 2017.
81. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 575/2013 en lo que se refiere al ratio de apalancamiento, el ratio de financiación estable neta, los requisitos de fondos propios y pasivos admisibles, el riesgo de crédito de contraparte, el riesgo de mercado, las exposiciones a entidades de contrapartida central, las exposiciones a organismos de inversión colectiva, las grandes exposiciones y los requisitos de presentación y divulgación de información y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 [COM(2016) 850 final – 2016/0360 (COD)] sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 806/2014 en lo que se refiere a la capacidad de absorción de pérdidas y de recapitalización para las entidades de crédito y las empresas de inversión [COM(2016) 851 final – 2016/0361 (COD)] sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2014/59/UE en relación con la capacidad de absorción de pérdidas y de recapitalización de las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, así como las Directivas 98/26/CE, 2002/47/CE, 2012/30/UE, 2011/35/UE, 2005/56/CE, 2004/25/CE y 2007/36/CE [COM(2016) 852 final – 2016/0362 (COD)] y sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2013/36/UE en lo que respecta a los entes exentos, las sociedades financieras de cartera, las sociedades financieras mixtas de cartera, las remuneraciones, las medidas y las facultades de supervisión y las medidas de conservación del capital [COM(2016) 854 final – 2016/0364 (COD)], DOUE, C, núm. 209, de 30 de junio de 2017.
82. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al



**Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Convocatoria de datos sobre el marco normativo de los servicios financieros de la UE»[COM(2016) 855 final], DOUE, C, núm. 209, de 30 de junio de 2017.**

83. **Recomendación de decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica el artículo 22 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (BCE/2017/18) (formulada por el Banco Central Europeo), DOUE, C, núm. 212, de 1 de julio de 2017.**
84. **Comunicación de la Comisión – Directrices sobre la presentación de informes no financieros (Metodología para la presentación de información no financiera), DOUE, C, núm. 215, de 5 de julio de 2017.**
85. **Dictamen del Banco Central Europeo, de 7 de junio de 2017, sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE (CON/2017/22), DOUE, C, núm. 236, de 21 de julio de 2017.**
86. **Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de julio de 2015, sobre la construcción de una Unión de los Mercados de Capitales [2015/2634(RSP)], DOUE, C, núm. 265, de 11 de agosto de 2017.**
87. **P8\_TA(2015)0240 Ejercicio de los derechos de la Unión en virtud de las normas comerciales internacionales. I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 7 de julio de 2015 sobre la propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen procedimientos de la Unión en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la Unión en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (versión codificada) [COM(2015)0049 – C8-0041/2015 – 2014/0174(COD)] P8\_TC1-COD(2014)0174 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 7 de julio de 2015 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) 2015/... del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen procedimientos de la Unión en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la Unión en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (versión codificada), DOUE, C, núm. 265, de 11 de agosto de 2017.**

#### DERECHO DE CONSUMO

88. **P7\_TA(2014)0092 Compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso**

de los vuelos. I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 5 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) no 261/2004 por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y el Reglamento (CE) no 2027/97 relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje (COM(2013)0130 – C7-0066/2013 – 2013/0072(COD)) P7\_TC1-COD(2013)0072 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 5 de febrero de 2014 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) no .../2014 del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) núm. 261/2004 por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y el Reglamento (CE) núm. 2027/97 del Consejo relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje, DOUE, C, núm. 93, de 24 de marzo de 2017.

#### DERECHO DE CONTRATOS

89. Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre un mercado integrado de los servicios de entrega para impulsar el comercio electrónico en la UE (2013/2043(INI)), DOUE, C, núm. 93, de 24 de marzo de 2017.
90. Resumen del Dictamen sobre la propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, DOUE, C, núm. 200, de 23 de junio de 2017.
91. P7\_TA(2014)0159 Normativa común de compraventa europea. I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD)) P7\_TC1-COD(2013)0013 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 26 de febrero de 2014 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) no .../2014 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, DOUE, C, núm. 285, de 29 de agosto de 2017.

#### DERECHO DE FAMILIA

92. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)»[COM(2016) 411 final – 2016/019 (CNS)], DOUE, C, núm. 125, de 21 de abril de 2017.

## DERECHO DE LA COMPETENCIA

93. **Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales (2013/2116(INI)), DOUE, C, núm. 93, de 24 de marzo de 2017.**
94. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/1036, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Unión Europea, y el Reglamento (UE) 2016/1037, sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Unión Europea [COM(2016) 721 final], DOUE, C, núm. 209, de 30 de junio de 2017.**

## GENERAL

95. **Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la adecuación de la normativa de la UE y la subsidiariedad y la proporcionalidad – 19o Informe «Legislar mejor» correspondiente al año 2011 (2013/2077(INI)), DOUE, C, núm. 93, de 24 de marzo de 2017.**
96. **P7\_TA(2014)0054. Facilitación de la libertad de circulación, simplificando la aceptación de determinados documentos públicos. I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se facilita la libertad de circulación de los ciudadanos y de las empresas, simplificando la aceptación de determinados documentos públicos en la Unión Europea, y por el que se modifica el Reglamento (UE) no 1024/2012 (COM(2013)0228 – C7-0111/2013 – 2013/0119(COD)) P7\_TC1-COD(2013)0119 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 4 de febrero de 2014 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) no .../2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se facilita la libertad de circulación de los ciudadanos y de las empresas, simplificando la aceptación de determinados documentos públicos en la Unión Europea, y por el que se modifica el Reglamento (UE) no 1024/2012, DOUE, C, núm. 93, de 24 de marzo de 2017.**
97. **Comunicación de la Comisión relativa al acceso a la justicia en materia medioambiental, DOUE, C, núm. 275, de 18 de agosto de 2017.**
98. **Corrección de errores de la Comunicación de la Comisión, de 28 de abril de 2017, relativa al acceso a la justicia en materia medioambiental (DO C 275 de 18.8.2017), DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2017.**

## INSOLVENCIA

99. **P7\_TA(2014)0093 Procedimientos de insolvencia. I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 5 de febrero de 2014, sobre**

la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) no 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia (COM(2012)0744 – C7-0413/2012 – 2012/0360(COD)) P7\_TC1-COD(2012)0360 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 5 de febrero de 2014 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) no .../2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) no 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, DOUE, C, núm. 93, de 24 de marzo de 2017.

100. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al orden de prioridad de los instrumentos de deuda no garantizada en caso de insolvencia»[COM(2016) 853 final – 2016/0363 (COD)], DOUE, C, núm. 173, de 31 de mayo de 2017.

#### MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

101. P7\_TA(2014)0118. Marca comunitaria. I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) no 207/2009 sobre la marca comunitaria (COM(2013)0161 – C7-0087/2013 – 2013/0088(COD)) P7\_TC1-COD(2013)0088 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 25 de febrero de 2014 con vistas a la adopción del Reglamento no .../2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) no 207/2009 sobre la marca comunitaria, DOUE, C, núm. 285, de 29 de agosto de 2017.
102. P7\_TA(2014)0119 Legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (versión refundida)(COM(2013)0162 – C7-0088/2013 – 2013/0089(COD)) P7\_TC1-COD(2013)0089 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 25 de febrero de 2014 con vistas a la adopción de la Directiva 2014/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (versión refundida), DOUE, C, núm. 285, de 29 de agosto de 2017.

#### PROPIEDAD INTELECTUAL

103. P7\_TA(2014)0056 Derechos de autor y derechos afines y concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea. I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Directiva

del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior (COM(2012)0372 – C7-0183/2012 – 2012/0180(COD)) P7\_TC1-COD(2012)0180 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 4 de febrero de 2014 con vistas a la adopción de la Directiva 2014/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior, DOUE, C, núm. 93, de 24 de marzo de 2017.

104. Dictamen 3/15: Dictamen del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de febrero de 2017 – Comisión Europea [Dictamen emitido con arreglo al artículo 218 TFUE, apartado 11 – Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso – Artículo 3 TFUE – Competencia externa exclusiva de la Unión Europea – Artículo 207 TFUE – Política comercial común – Aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial – Acuerdo internacional que puede afectar a normas comunes de la Unión o alterar el alcance de las mismas – Directiva 2001/29/CE – Artículo 5, apartados 3, letra b), y 4 – Excepciones y limitaciones en beneficio de personas con minusvalías], DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.
105. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital»[COM(2016) 593 final – 2016/0280 (COD)] sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen las normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y determinados derechos afines a los derechos de autor aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión»[COM(2016) 594 final – 2016/0284 (COD)] y sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados usos permitidos de obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso y por la que se modifica la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información»[COM(2016) 596 final – 2016/0278 (COD)], DOUE, C, núm. 125, de 21 de abril de 2017.
106. Dictamen del Comité Europeo de las Regiones – Derechos de autor en el mercado único digital, DOUE, C, núm. 207, de 30 de junio de 2017.
107. Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de julio de 2015, sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo

y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (2014/2256(INI)), DOUE, C, núm. 265, de 11 de agosto de 2017.

108. Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de febrero de 2014, sobre los cánones por copia privada (2013/2114(INI)), DOUE, C, núm. 285, de 29 de agosto de 2017.

#### PROTECCIÓN DE DATOS

109. Resumen del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Reglamento relativo a la privacidad y las comunicaciones electrónicas (Reglamento ePrivacy), DOUE, C, núm. 234, de 20 de julio de 2017.

110. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 45/2001 y la Decisión n.º 1247/2002/CE [COM(2017) 8 final – 2017/0002 (COD)], DOUE, C, núm. 288, de 31 de agosto de 2017.

#### RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

111. Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 26 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mediación en los seguros (versión refundida) (COM(2012)0360 – C7-0180/2012 – 2012/0175(COD)), DOUE, C, núm. 285, de 29 de agosto de 2017.

## II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

#### BANCA Y MERCADOS

112. Asunto C-317/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 15 de febrero de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – X/ Staatssecretaris van Financiën (Procedimiento prejudicial – Libre circulación de capitales – Artículo 64 TFUE – Movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan la prestación de servicios financieros – Activos financieros depositados en una cuenta bancaria suiza – Liquidación complementaria – Plazo para la liquidación complementaria – Ampliación del plazo para la liquidación complementaria en caso

de activos depositados fuera del Estado miembro de residencia), DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.

113. Asunto C-52/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverwaltungsgericht (Austria) el 1 de febrero de 2017 – VTB Bank (Austria) AG, DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
114. Asunto C-191/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 13 de abril de 2017 – Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte/ING-DiBa Direktbank Austria Niederlassung der ING-DiBa AG, DOUE, C, núm. 239, de 24 de julio de 2017.
115. Asunto C-678/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 14 de junio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Mohammad Zadeh Khorrassani/Kathrin Pflanz (Procedimiento prejudicial – Directiva 2004/39/CE – Mercados de instrumentos financieros – Artículo 4, apartado 1, punto 2 – Concepto de «servicios de inversión» – Anexo I, sección A, punto 1 – Recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos financieros – Eventual inclusión de la mediación en la celebración de un contrato de gestión de cartera), DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.

#### COMPETENCIA JUDICIAL

116. Asunto C-304/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Obersten Gerichtshofs (Tribunal Supremo Civil y Penal, Austria) el 24 de mayo de 2017 – Helga Löber/Barclays Bank PLC, DOUE, C, núm. 269, de 14 de agosto de 2017.
117. Asunto C-436/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 28 de junio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Areios Pagos – Grecia) – Georgios Leventis, Nikolaos Vafeias/Malcon Navigation Co. Ltd, Brave Bulk Transport Ltd [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) n.º 44/2001 – Artículo 23 – Cláusula atributiva de competencia – Cláusula de prórroga de competencia que figura en un contrato celebrado entre dos sociedades – Acción indemnizatoria – Responsabilidad solidaria de los representantes de una de estas sociedades por actos delictuales – Posibilidad de que dichos representantes invoquen esa cláusula], DOUE, C, núm. 286, de 28 de agosto de 2017.
118. Asunto C-433/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de julio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione – Italia) – Bayerische Motoren Werke AG/Acacia Srl [Procedimiento prejudicial – Competencia judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) n.º 44/2001 – Propiedad intelectual – Dibujos o modelos comunitarios – Reglamento (CE) n.º 6/2002 – Artículos 81 y 82 – Acción

**declarativa de inexistencia de infracción – Competencia de los tribunales de dibujos o modelos comunitarios del Estado miembro en el que la demandada tiene su domicilio], DOUE, C, núm. 293, de 4 de septiembre de 2017.**

#### COOPERACIÓN JUDICIAL

119. **Asunto C-354/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 2 de marzo de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Évora – Portugal) – Andrew Marcus Henderson/Novo Banco SA (Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil y mercantil – Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales – Reglamento (CE) n.º 1393/2007 – Artículos 8, 14 y 19 – Notificación o traslado por correo de un escrito de demanda o documento equivalente – Inexistencia de traducción del documento – Anexo II – Formulario normalizado – Inexistencia – Consecuencias – Notificación mediante carta certificada con acuse de recibo – No devolución del acuse de recibo – Recepción del documento por un tercero – Requisitos de validez del procedimiento), DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.**
120. **Asunto C-484/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 9 de marzo de 2017 [petición de decisión prejudicial planteada por el Općinski sud u Novom Zagrebu (Croacia)] – Ibrica Zulfikarpašić/Slaven Gajer [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) n.º 805/2004 – Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados – Condiciones de la certificación como título ejecutivo europeo – Concepto de «órgano jurisdiccional» – Notario que emite un mandamiento de ejecución en virtud de un «documento auténtico» – Documento público con fuerza ejecutiva], DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.**
121. **Asunto C-551/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 9 de marzo de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Općinski sud u Puli-Pola – Croacia) – Pula Parking d.o.o./Sven Klaus Tederahn [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) n.º 1215/2012 – Ámbito de aplicación temporal y material – Materia civil y mercantil – Procedimiento de ejecución forzosa que tiene por objeto el cobro de un crédito de aparcamiento público impagado – Inclusión – Concepto de «órgano jurisdiccional» – Notario que emite un mandamiento de ejecución en virtud de un «documento auténtico»], DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.**
122. **Asunto C-29/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 4 de mayo de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Stralsund – Alemania) – Hanse Yachts AG/Port D’Hiver Yachting SARL, Société Maritime Côte D’Azur, Compagnie Generali IARD SA [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) n.º 44/2001 – Artículo**



**27 – Litispendencia – Órgano jurisdiccional ante el que se presentó la primera demanda – Artículo 30, punto 1 – Concepto de «escrito de demanda» o «documento equivalente» – Demanda de peritaje judicial para asegurar o determinar, antes de cualquier proceso, pruebas de los hechos que puedan fundamentar una demanda judicial ulterior], DOUE, C, núm. 213, de 3 de julio de 2017.**

#### DERECHO DE CONSUMO

- 123. Asunto C-637/16: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Düsseldorf (Alemania) el 9 de diciembre de 2016 – Florian Hanig/Société Air France SA, DOUE, C, núm. 86, de 20 de marzo de 2017.**
- 124. Asunto C-421/14: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander) – Banco Primus, S. A./Jesús Gutiérrez García (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Contratos celebrados entre profesionales y consumidores – Cláusulas abusivas – Contratos de préstamo hipotecario – Procedimiento de ejecución de un bien hipotecado – Plazo de preclusión – Función de los tribunales nacionales – Fuerza de cosa juzgada), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.**
- 125. Asunto C-11/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Aue, Zweigstelle Stollberg (Alemania) el 10 de enero de 2017 – Thomas Hübner/LVM Lebensversicherungs AG, DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.**
- 126. Asunto C-568/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 2 de marzo de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Stuttgart – Alemania) – Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main eV/comtech GmbH (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2011/83/UE – Artículo 21 – Comunicaciones telefónicas – Explotación de una línea telefónica por el comerciante con objeto de permitir que el consumidor se comunique con él en relación con un contrato celebrado – Prohibición de aplicar una tarifa superior a la tarifa básica – Concepto de «tarifa básica»), DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.**
- 127. Asunto C-70/17: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 9 de febrero de 2017– NCG Banco, S. A. (actualmente Abanca Corporación Bancaria, S. A.)/ Alberto García Salamanca Santos, DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.**
- 128. Asunto C-94/17: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 23 de febrero de 2017– Rafael Ramón Escobedo Cortés/Banco de Sabadell S. A., DOUE, C, núm. 151, de 15 de mayo de 2017.**

129. Asunto C-38/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Budai Központi Kerületi Bíróság (Hungria) el 24 de enero de 2017 – GT/HS, DOUE, C, núm. 178, de 6 de junio de 2017.
130. Asunto C-116/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Hamburg (Alemania) el 7 de marzo de 2017 – Reinhard Nagel/Swiss International Air Lines AG, DOUE, C, núm. 178, de 6 de junio de 2017.
131. Asunto C-119/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Sibiu (Rumanía) el 6 de marzo de 2017 – Liviu Petru Lupean, Oana Andreea Lupean/OTP BAAK NYRT por medio de OTPBANK SA, a través de la Sucursala Sibiu, OTP BAAK NYRT por medio de OTPBANK SA, DOUE, C, núm. 178, de 6 de junio de 2017.
132. Asunto C-535/16: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 27 de abril de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Specializat Mureş – Rumanía) – Michael Tibor Bachman/FAER IFN SA [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículo 2, letra b) – Cláusulas abusivas que figuran en los contratos celebrados con los consumidores – Concepto de «consumidor» – Persona física que ha celebrado un pacto de novación con una entidad de crédito con el fin de cumplir las obligaciones de devolución de los créditos contratados por una sociedad mercantil con dicha entidad], DOUE, C, núm. 213, de 3 de julio de 2017.
133. Asunto C-118/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Budai Központi Kerületi Bíróság (Hungria) el 7 de marzo de 2017 – Dunai Zsuzsanna/ERSTE Bank Hungary Zrt., DOUE, C, núm. 221, de 10 de julio de 2017.
134. Asunto C-126/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék (Hungria) el 10 de marzo de 2017 – Orsolya Czakó/ERSTE Bank Hungary Zrt., DOUE, C, núm. 221, de 10 de julio de 2017.
135. Asunto C-186/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Berlin (Alemania) el 12 de abril de 2017 – flightright GmbH/Iberia Express, S. A., DOUE, C, núm. 221, de 10 de julio de 2017.
136. Asunto C-179/17: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona (España) el 7 de abril de 2017 – Bankia S. A./Alfonso Antonio Lau Mendoza y Verónica Yuliana Rodríguez Ramírez, DOUE, C, núm. 231, de 17 de julio de 2017.
137. Asunto C-296/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 8 de junio de 2017 – Dextro Energy GmbH & Co. KG/ Comisión Europea [Recurso de casación – Protección de los consumidores – Reglamento (CE) núm. 1924/2006 – Declaraciones de

propiedades saludables de los alimentos distintas de las relativas a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños – Denegación de la solicitud de inscripción de determinadas alegaciones pese al dictamen favorable de la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA)], DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.

138. Asunto C-232/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Budai Központi Kerületi Bíróság (Hungria) el 4 de mayo de 2017 – VE/WD, DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
139. Asunto C-259/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Budai Központi Kerületi Bíróság (Hungria) el 16 de mayo de 2017 – Zoltán Rózsavölgyi y Zoltánné Rózsavölgyi/Unicredit Leasing Hungary Zrt. y Unicredit Leasing Immo Truck Zrt., DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
140. Asunto C-75/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de junio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Ordinario di Verona – Italia) – Livio Menini, Maria Antonia Rampanelli/Banco Popolare – Società Cooperativa (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Procedimientos de resolución alternativa de litigios – Directiva 2008/52/CE – Directiva 2013/11/UE – Artículo 3, apartado 2 – Oposición formulada por los consumidores en el marco de un procedimiento monitorio incoado por una entidad de crédito – Derecho de acceso a la justicia – Legislación nacional que establece el recurso obligatorio a un procedimiento de mediación – Obligación de ser asistido por un abogado – Requisito de admisibilidad del recurso ante los órganos jurisdiccionales), DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
141. Asunto C-381/17: Recurso interpuesto el 26 de junio de 2017 – Comisión Europea/República de Croacia, DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
142. Asunto C-133/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 13 de julio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'appel de Mons – Bélgica) – Christian Ferenschild/JPC Motor SA (Procedimiento prejudicial – Venta y garantía de los bienes de consumo – Directiva 1999/44/CE – Artículo 5, apartado 1 – Plazo de responsabilidad del vendedor – Plazo de prescripción – Artículo 7, apartado 1, párrafo segundo – Bienes de segunda mano – Limitación convencional de la responsabilidad del vendedor), DOUE, C, núm. 293, de 4 de septiembre de 2017.
143. Asunto C-330/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 2 de junio de 2017 – Verbraucherzentrale Baden-Württemberg e. V./Germanwings GmbH, DOUE, C, núm. 293, de 4 de septiembre.
144. Asunto C-357/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 20 de julio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos vyriausiosis administracinis teismas – Lituania) – «Gelvora» UAB/Valstybinė vartotojų teisių apsaugos

taryba [Procedimiento prejudicial – Prácticas comerciales desleales – Directiva 2005/29/CE – Ámbito de aplicación – Agencia de gestión de cobro – Crédito al consumo – Cesión de crédito – Naturaleza de la relación jurídica entre la sociedad y el deudor – Artículo 2, letra c) – Concepto de «producto» – Medidas de cobro adoptadas en paralelo a la intervención de un auxiliar de justicia], DOUE, C, núm. 300, de 11 de septiembre de 2017.

145. Asunto C-176/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy w Siemianowicach Śląskich (Polonia) el 6 de abril de 2017 – Profi Credit Polska S. A./Mariusz Wawrzosek, DOUE, C, núm. 300, de 11 de septiembre de 2017.

#### DERECHO DE CONTRATOS

146. Asunto C-66/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy Poznań-Grunwald i Jeźyce w Poznaniu (Polonia) el 7 de febrero de 2017 – Grzegorz Chudaś, Irena Chudaś/DA Deutsche Allgemeine Versicherung Aktiengesellschaft AG, DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
147. Asunto C-330/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 1 de junio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie – Polonia) – Piotr Zarski/Andrzej Stadnicki (Procedimiento prejudicial – Lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales – Directiva 2011/7/UE – Contratos de arrendamiento comercial por tiempo indefinido – Mora en el pago de la renta – Contratos celebrados antes de la expiración del plazo de transposición de la citada Directiva – Normativa nacional – Exclusión de tales contratos del ámbito de aplicación temporal de dicha Directiva), DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.
148. Asunto C-333/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Judicial da Comarca de Braga (Portugal) el 1 de junio de 2017 – Caixa Económica Montepio Geral/Carlos Samuel Pimenta Marinho y otros, DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
149. Asunto C-287/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Okrení soud v Českých Budějovicích (República Checa) el 19 de mayo de 2017 – Česká pojišťovna a.s./WCZ spol. s r.o., DOUE, C, núm. 269, de 14 de agosto de 2017.
150. Asunto C-249/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de junio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Saale Kareda/Stefan Benkö (Procedimiento prejudicial – Competencia judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 7, apartado 1 – Conceptos de «materia contractual» y de «contrato de prestación de servicios» – Acción de repetición entre los codeudores solidarios de un contrato de préstamo – Determinación del lugar de cumplimiento del contrato de préstamo), DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.

151. **Asunto C-308/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 29 de mayo de 2017 – República Helénica/Leo Kuhn, DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.**
152. **Asunto C-337/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okregowy w Szczecinie (Polonia) el 7 de junio de 2017 – Feniks Sp. z o.o./Azteca Products & Services, S. L., DOUE, C, núm. 300, de 11 de septiembre de 2017.**

#### DERECHO DE LA COMPETENCIA

153. **Asunto C-604/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017 – Aloys F. Dornbracht GmbH & Co. KG/Comisión Europea, Consejo de la Unión Europea [Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de productos y accesorios para cuartos de baño – Coordinación de los precios de venta e intercambio de información comercial sensible – Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Artículo 23, apartado 2 – Límite máximo del 10 % del volumen de negocios – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Principio de irretroactividad – Ejercicio de la competencia jurisdiccional plena – Duración excesiva del procedimiento], DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.**
154. **Asunto C-609/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017 – Duravit AG, Duravit SA, Duravit BeLux SPRL/BVBA/Comisión Europea, Consejo de la Unión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de los productos y accesorios para cuartos de baño – Coordinación de los precios e intercambio de información comercial sensible – Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Artículo 31 – Obligación de motivación), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.**
155. **Asunto C-611/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017 – Hansa Metallwerke AG y otros/Comisión Europea, Consejo de la Unión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de productos y accesorios para cuartos de baño – Coordinación de los precios de venta e intercambio de información comercial sensible – Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Artículo 23, apartado 2 – Límite máximo del 10% del volumen de negocios – Obligación de motivación – Protección de la confianza legítima), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.**
156. **Asunto C-613/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017 – Comisión Europea/Keramag Keramische Werke GmbH, anteriormente Keramag Keramische Werke AG y otros (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de productos y accesorios para cuartos de baño**

- Coordinación de los precios de venta e intercambio de información comercial sensible – Obligación de motivación), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
157. Asunto C-614/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017 – Masco Corp. y otros/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de productos y accesorios para cuartos de baño – Coordinación de los precios de venta e intercambio de información comercial sensible – Infracción única y continuada – Obligación de motivación), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
158. Asunto C-618/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017 – Zucchetti Rubinetteria SpA/Comisión Europea «Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de los productos y accesorios para cuartos de baño – Coordinación de los precios de venta e intercambio de información comercial sensible – Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Artículo 23, apartado 2 – Límite máximo del 10 % del volumen de negocios», DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
159. Asunto C-619/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017 – Mamoli Robinetteria/Comisión Europea [Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de los productos y accesorios para cuartos de baño – Coordinación de los precios de venta e intercambio de información comercial sensible – Programa de clemencia – Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Artículo 23, apartado 2 – Límite máximo del 10 % del volumen de negocios – Ejercicio de la competencia jurisdiccional plena], DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
160. Asunto C-625/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017 – Villeroy & Boch AG/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de los productos y accesorios para cuartos de baño – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo – Coordinación de los precios e intercambio de información comercial sensible – Infracción única – Prueba – Multas – Competencia jurisdiccional plena – Plazo razonable – Proporcionalidad), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
161. Asunto C-626/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017 – Villeroy & Boch Austria GmbH/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de los productos y accesorios para cuartos de baño – Decisión por la que se declara la existencia de una infrac-

**ción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo – Coordinación de los precios e intercambio de información comercial sensible – Infracción única – Prueba – Multas – Competencia jurisdiccional plena – Plazo razonable – Proporcionalidad), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.**

- 162. Asunto C-636/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017 – Roca Sanitario, S. A./Comisión Europea (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de los productos y accesorios para cuartos de baño – Coordinación de los precios de venta e intercambio de información comercial sensible – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Obligación de motivación – Principio de igualdad de trato – Proporcionalidad – Ejercicio de la competencia jurisdiccional plena), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.**
- 163. Asunto C-637/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017 – Laufen Austria AG/Comisión Europea [Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de los productos y accesorios para cuartos de baño – Coordinación de precios e intercambio de información comercial sensible – Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Artículo 23, apartado 2 – Límite máximo del 10 % del volumen de negocios – Directrices del año 2006 para el cálculo de las multas – Obligación de motivación – Principio de igualdad de trato – Ejercicio de la competencia jurisdiccional plena], DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.**
- 164. Asunto C-638/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017 – Roca SARL/Comisión Europea (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de los productos y accesorios para cuartos de baño – Coordinación de los precios de venta e intercambio de información comercial sensible – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Principio de igualdad de trato – Ejercicio de la competencia jurisdiccional plena), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.**
- 165. Asunto C-642/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017 – Villeroy & Boch Belgium/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de los productos y accesorios para cuartos de baño – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo – Coordinación de los precios e intercambio de información comercial sensible – Infracción única – Prueba – Multas – Competencia jurisdiccional plena – Plazo razonable – Proporcionalidad), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.**

166. **Asunto C-644/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017 – Villeroy & Boch/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de los productos y accesorios para cuartos de baño – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo – Coordinación de los precios e intercambio de información comercial sensible – Infracción única – Prueba – Multas – Competencia jurisdiccional plena – Plazo razonable – Proporcionalidad), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.**
167. **Asuntos acumulados C-247/15 P, C-253/15 P y C-259/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 26 de enero de 2017 – Maxcom Ltd, Chin Haur Indonesia, PT, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea [Recurso de casación – Dumping – Reglamento de Ejecución (UE) n.º 501/2013 – Importaciones de bicicletas procedentes de Indonesia, Malasia, Sri Lanka y Túnez – Ampliación a dichas importaciones del derecho antidumping definitivo impuesto a las importaciones de bicicletas originarias de China – Reglamento (CE) n.º 1225/2009 – Artículo 13 – Elusión – Artículo 18 – Falta de cooperación – Prueba – Conjunto de indicios concordantes], DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.**
168. **Asuntos acumulados C-248/15 P, C-254/15 P y C-260/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 26 de enero de 2017 – Maxcom Ltd, City Cycle Industries, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea [Recurso de casación – Dumping – Reglamento de Ejecución (UE) n.º 501/2013 – Importaciones de bicicletas procedentes de Indonesia, Malasia, Sri Lanka y Túnez – Ampliación a dichas importaciones del derecho antidumping definitivo impuesto a las importaciones de bicicletas originarias de China – Reglamento (CE) n.º 1225/2009 – Artículo 13 – Elusión – Artículo 18 – Falta de cooperación – Prueba – Conjunto de indicios concordantes – Contradicción en la motivación – Falta de motivación – Vulneración de derechos procesales], DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.**
169. **Asunto C-392/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 1 de febrero de 2017 – Comisión Europea/Hungría (Incumplimiento de Estado – Artículo 49 TFUE – Libertad de establecimiento – Notarios – Requisito de nacionalidad – Artículo 51 TFUE – Participación en el ejercicio del poder público), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.**
170. **Asunto C-562/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de febrero de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d’appel de Paris – Francia) – Carrefour Hypermarchés SAS/ITM Alimentaire International SASU (Procedimiento prejudicial – Publicidad comparativa – Directiva 2006/114/CE – Artículo 4 – Directiva 2005/29/CE – Artículo 7 – Comparación objetiva de precios – Omisión engañosa – Publici-**



dad que compara los precios de productos vendidos en establecimientos de tamaños o formatos diferentes – Licitud – Información sustancial – Grado y soporte de la información), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.

171. Asunto T-783/14: Sentencia del Tribunal General de 16 de febrero de 2017 – SolarWorld/Comisión [«Dumping – Subvenciones – Importaciones de módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y componentes clave (células) originarios o procedentes de China – Aprobación de una reducción del precio mínimo de importación en virtud de un compromiso aceptado en el marco de procedimientos antidumping y antisubvenciones – Industria de la Unión – Artículo 8, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1225/2009»], DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
172. Asunto C-90/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de febrero de 2017 – Hansen & Rosenthal KG, H&R Wax Company Vertrieb GmbH/Comisión Europea [Recurso de casación – Competencia – Cártels/Prácticas colusorias – Mercado europeo de ceras de parafina y mercado alemán de slack wax – Fijación de precios y reparto del mercado – Prueba de la infracción – Competencia de plena jurisdicción – Desnaturalización de los elementos de prueba – Obligación de motivación – Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Artículo 23, apartado 2 – Cálculo del importe de la multa – Principio de legalidad – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Principio de proporcionalidad], DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.
173. Asunto C-94/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de febrero de 2017 – Tudapetrol Mineralölerzeugnisse Nils Hansen KG/Comisión Europea (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado europeo de las ceras de parafina y mercado alemán del gatsch – Fijación de los precios y reparto de los mercados – Obligación de motivación – Prueba de la infracción – Desnaturalización de las pruebas), DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.
174. Asunto C-95/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de febrero de 2017 – H&R ChemPharm GmbH/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de las ceras de parafina y mercado alemán de la slack wax – Fijación de los precios y reparto de mercados – Obligación de motivación – Prueba de la infracción – Desnaturalización de las pruebas – Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Artículo 23, apartado 3 – Cálculo del importe de la multa – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Principio de proporcionalidad), DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.
175. Asunto T-194/13: Sentencia del Tribunal General de 7 de marzo de 2017 – United Parcel Service/Comisión [«Competencia – Concentraciones – Reglamento (CE) n.º 139/2004 – Servicios internacionales de entrega urgente de paquetes pequeños en elEEE – Adquisición de TNT Express por UPS – Decisión por la que se

**declara la incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado interior – Efectos probables sobre los precios – Análisis econométrico – Derecho de defensa»], DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.**

176. Asunto T-157/14: Sentencia del Tribunal General de 28 de febrero de 2017 – JingAo Solar y otros/Consejo [«Dumping – Importaciones de módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y sus componentes clave (células) originarios o procedentes de China – Derecho antidumping definitivo – Compromisos – Recurso de anulación – Interés en ejercitar la acción – Admisibilidad – País exportador – Alcance de la investigación – Muestras – Valor normal – Definición del producto afectado – Plazo para la adopción de una decisión sobre una solicitud de concesión del estatuto de empresa que opera en condiciones de economía de mercado – Aplicación en el tiempo de nuevas disposiciones – Perjuicio – Relación de causalidad»], DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.
177. Asunto T-160/14: Sentencia del Tribunal General de 28 de febrero de 2017 – Yingli Energy (China) y otros/Consejo [«Dumping – Importaciones de módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y componentes clave (células) originarios o procedentes de China – Derecho antidumping definitivo – Compromisos – Recurso de anulación – Interés en ejercitar la acción – Admisibilidad – País exportador – Alcance de la investigación – Muestras – Valor normal – Definición del producto afectado – Plazo para la adopción de una decisión sobre una solicitud de concesión del estatuto de empresa que opera en condiciones de economía de mercado – Aplicación en el tiempo de nuevas disposiciones – Perjuicio – Relación de causalidad – Derecho de defensa – Cálculo del margen de perjuicio»], DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.
178. Asunto T-162/14: Sentencia del Tribunal General de 28 de febrero de 2017 – Canadian/Consejo [«Dumping – Importaciones de módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y sus componentes clave (células) originarios o procedentes de China – Derecho antidumping definitivo – Compromisos – Recurso de anulación – Interés en ejercitar la acción – Admisibilidad – País exportador – Alcance de la investigación – Muestras – Valor normal – Definición del producto afectado – Plazo para la adopción de una decisión sobre una solicitud de concesión del estatuto de empresa que opera en condiciones de economía de mercado – Aplicación en el tiempo de nuevas disposiciones – Perjuicio – Relación de causalidad»], DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.
179. Asunto C-342/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de marzo de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Leopoldine Gertraud Piringer (Procedimiento prejudicial – Libre prestación de servicios por los abogados – Posibilidad de que los Estados miembros reserven a determinadas categorías de abogados la expedición de documentos auténticos que se refieran a la creación o a la transferencia de derechos reales inmobiliarios – Normativa de un Estado miembro

bro que exige que la legitimación de la firma que conste en una solicitud de inscripción en el Registro de la Propiedad sea efectuada por un notario), DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.

180. Asunto C-615/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 9 de marzo de 2017 – Samsung SDI Co. Ltd, Samsung SDI (Malaysia) Bhd/Comisión Europea (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado mundial de tubos catódicos para televisores y pantallas de ordenador – Acuerdos y prácticas concertadas en materia de precios, de reparto de los mercados y de clientes y de limitación de la producción – Multas – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Punto 13 – Determinación del valor de las ventas en relación con la infracción), DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
181. Asunto C-162/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017 – Evonik Degussa GmbH/Comisión Europea [Recurso de casación – Competencia – Artículos 101 TFUE y 102 TFUE – Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Artículo 30 – Decisión de la Comisión por la que se declara la existencia de un cártel ilegal en el mercado europeo del peróxido de hidrógeno y del perborato – Publicación de una versión no confidencial ampliada de dicha Decisión – Denegación de una solicitud de tratamiento confidencial de determinados datos – Mandato del consejero auditor – Decisión 2011/695/UE – Artículo 8 – Confidencialidad – Protección del secreto profesional – Artículo 339 TFUE – Concepto de «secretos comerciales u otro tipo de información confidencial» – Información procedente de una solicitud de clemencia – Denegación de la solicitud de tratamiento confidencial – Confianza legítima], DOUE, C, núm. 151, de 15 de mayo de 2017.
182. Asunto C-146/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 30 de marzo de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof, Alemania) – Verband Sozialer Wettbewerb eV/DHL Paket GmbH (Procedimiento prejudicial – Prácticas comerciales desleales – Publicidad en un medio impreso – Omisión de información sustancial – Acceso a dicha información a través del sitio de Internet en el que se distribuyen los productos en cuestión – Productos vendidos por la persona que publicó el anuncio o por terceros), DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
183. Asunto C-109/17: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia de Cartagena (España) el 3 de marzo de 2017– Bankia S. A./Juan Carlos Marí Merino, Juan Pérez Gavilán y María Concepción Marí Merino, DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
184. Asuntos acumulados C-376/15 P y C-377/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017 – Changshu City Standard Parts Factory, Ningbo Jinding Fastener Co. Ltd/Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, European Industrial Fasteners Institute AISBL (EIFI) [Recurso de casación

- Dumping – Reglamento de Ejecución (UE) n.º 924/2012 – Importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero originarios de la República Popular China – Reglamento (CE) n.º 1225/2009 – Artículo 2, apartados 10 y 11 – Exclusión de determinadas transacciones de exportación a efectos del cálculo del margen de dumping – Comparación ecuaníme entre el precio de exportación y el valor normal en el caso de importaciones procedentes de un país sin economía de mercado], DOUE, C, núm. 168, de 29 de mayo de 2017.
185. Asunto C-469/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 27 de abril de 2017 – FSL Holdings, Firma Léon Van Parys, Pacific Fruit Company Italy SpA/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de los plátanos en Grecia, Italia y Portugal – Coordinación en la fijación de los precios – Admisibilidad de las pruebas aportadas por las autoridades tributarias nacionales – Derecho de defensa – Cálculo del importe de la multa – Alcance del control jurisdiccional – Calificación de «acuerdo que tiene por objeto restringir la competencia»), DOUE, C, núm. 202, de 26 de junio de 2017.
186. Asunto C-516/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 27 de abril de 2017 – Akzo Nobel NV, Akzo Nobel Chemicals GmbH, Akzo Nobel Chemicals BV/Akros Chemicals Ltd, Comisión Europea (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercados europeos de los estabilizadores de estaño y de los estabilizadores térmicos ESBO/ésteres – Fijación de precios, reparto de mercados e intercambio de información comercial sensible – Imputabilidad a la sociedad matriz del comportamiento infractor de las filiales – Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Artículo 25, apartado 1 – Prescripción en materia de imposición de sanciones a las filiales – Efectos sobre la situación jurídica de la sociedad matriz), DOUE, C, núm. 202, de 26 de junio de 2017.
187. Asunto C-239/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 4 de mayo de 2017 – RFA International, LP/Comisión Europea (Recurso de casación – Dumping – Importación de ferrosilicio originario de Rusia – Desestimación de solicitudes de devolución de derechos antidumping pagados), DOUE, C, núm. 213, de 3 de julio de 2017.
188. Asunto T-480/15: Sentencia del Tribunal General de 16 de mayo de 2017 – Agraria Polska y otros/Comisión («Competencia – Práctica colusoria – Abuso de posición dominante – Mercado de la distribución de productos fitosanitarios – Decisión de desestimación de una denuncia – Supuesta conducta contraria a la competencia de fabricantes y distribuidores – Acción concertada o coordinada, por parte de los fabricantes y distribuidores, de presentación de denuncias ante las autoridades administrativas y penales – Denuncia de supuestas infracciones de la normativa aplicable por importadores paralelos – Inspecciones administrativas posteriormente efectuadas por las autoridades administrativas – Imposición de sanciones administrativas y penales por

- parte de las autoridades nacionales a los importadores paralelos – Equiparación de la presentación de denuncias por los fabricantes y distribuidores con las acciones temerarias o con los abusos de procedimientos administrativos – Falta de interés de la Unión – Derecho a la tutela judicial efectiva», DOUE, C, núm. 221, de 10 de julio de 2017.
189. Asunto C-54/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia) el 1 de febrero de 2017 – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/Wind Telecomunicazioni SpA, DOUE, C, núm. 239, de 24 de julio de 2017.
190. Asunto C-55/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia) el 1 de febrero de 2017 – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/Vodafone Omnitel NV, DOUE, C, núm. 239, de 24 de julio de 2017.
191. Asunto T-442/12: Sentencia del Tribunal General de 1 de junio de 2017 – Changmao Biochemical Engineering/Consejo [«Dumping – Importaciones de ácido tartárico originario de China – Modificación del derecho antidumping definitivo – Reconsideración provisional parcial – Estatuto de empresa que opera en condiciones de economía de mercado – Costes de los principales insumos que reflejen sustancialmente los valores del mercado – Modificación de las circunstancias – Obligación de motivación – Plazo para adoptar una decisión sobre el estatuto de empresa que opera en condiciones de economía de mercado – Derecho de defensa – Artículo 20, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 1225/2009»], DOUE, C, núm. 239, de 24 de julio de 2017.
192. Asunto T-152/16: Auto del Tribunal General de 26 de junio de 2017 – Megasol Energie/Comisión [«Recurso de anulación – Dumping – Subvenciones – Importaciones de módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y sus componentes esenciales (células) expedidos de Malasia y de Taiwán – Extensión a dichas importaciones de los derechos antidumping y compensatorio definitivos instituidos sobre las importaciones de módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y sus componentes esenciales (células) originarios o procedentes de China – Inexistencia de interés en ejercitar la acción – Inadmisibilidad»], DOUE, C, núm. 269, de 14 de agosto de 2017.
193. Asunto C-349/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 15 de junio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg Brussel – Bélgica) – T. KUP SAS/Belgische Staat [Procedimiento prejudicial – Dumping – Reglamento (CE) n.º 1472/2006 – Importaciones de determinado calzado con parte superior de cuero originario de China y Vietnam – Validez del Reglamento de Ejecución (UE) n.º 1294/2009 – Procedimiento de reconsideración de medidas antidumping que expiran – Importadores no vinculados – Muestreo – Interés de la Unión Europea], DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.

194. **Asunto T-67/14: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2017 – Viraj Profiles/Consejo («Dumping – Importaciones de determinados alambres de acero inoxidable originarios de la India – Determinación del coste de producción – Gastos de venta, generales y administrativos – Obligación de motivación – Perjuicio – Relación de causalidad – Denuncia – Inicio de la investigación – Error manifiesto de apreciación»)**, DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
195. **Asunto C-180/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 6 de julio de 2017 – Toshiba Corporation/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los proyectos relativos a conmutadores con aislamiento de gas – Decisión adoptada por la Comisión Europea a raíz de la anulación parcial por el Tribunal General de la Unión Europea de la decisión inicial – Modificación de las multas – Derecho de defensa – No adopción de un nuevo pliego de cargos – Igualdad de trato – Empresa conjunta – Cálculo del importe inicial – Grado de contribución en la infracción – Fuerza de cosa juzgada)**, DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
196. **Asunto C-393/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van beroep te Antwerpen (Bélgica) el 30 de junio de 2017 – Openbaar Ministerie/Freddy Lucien Magdalena Kirschstein, Thierry Frans Adeline Kirschstein**, DOUE, C, núm. 300, de 11 de septiembre de 2017.

#### DERECHO DE FAMILIA

197. **Asunto C-283/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 9 de febrero de 2017 [petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (England and Wales), Family Division (Reino Unido)] – M. S./P. S. [Procedimiento prejudicial – Reglamento (CE) n.º 4/2009 – Artículo 41, apartado 1 – Reconocimiento y ejecución de las resoluciones y cooperación en materia de obligaciones de alimentos – Ejecución de una resolución en un Estado miembro – Presentación de la solicitud directamente a la autoridad competente del Estado miembro de ejecución – Legislación nacional que obliga a acudir a la autoridad central del Estado miembro de ejecución]**, DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
198. **Asunto C-499/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de febrero de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Vilniaus miesto apylinkės teismas – Lituania) – W, V/X (Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia en materia de responsabilidad parental – Reglamento (CE) n.º 2201/2003 – Artículos 8 a 15 – Competencia en materia de obligaciones de alimentos – Reglamento (CE) n.º 4/2009 – Artículo 3, letra d) – Resoluciones opuestas dictadas por órganos jurisdiccionales de Estados miembros diferentes – Menor de edad que reside habitualmente en el Estado miembro de residencia de la madre – Competencia de los órganos jurisdiccionales**

nales del Estado miembro de residencia del padre para modificar una resolución previamente adoptada por ellos, y que ha adquirido firmeza, sobre la residencia del menor, las obligaciones de alimentos y el régimen de visitas – Inexistencia), DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.

199. Asunto C-83/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 15 de febrero de 2017 – KP, representada por su madre/LO, DOUE, C, núm. 168, de 29 de mayo de 2017.
200. Asunto C-111/17 PPU: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 8 de junio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Monomeles Protodikeio Athinon – Grecia) – OL/PQ [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental – Sustracción internacional de menores – Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 – Reglamento (CE) n.º 2201/2003 – Artículo 11 – Demanda de restitución – Concepto de «residencia habitual» de un lactante – Menor nacido por voluntad de sus padres en un Estado miembro distinto de aquel en el que éstos tenían su residencia habitual – Permanencia continua del menor durante los primeros meses de vida en el Estado miembro en el que ha nacido – Decisión de la madre de no regresar al Estado miembro en el que se encontraba la residencia habitual de la pareja], DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.
201. Asunto C-67/17: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 14 de junio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Rayonen sad Varna – Bulgaria) – Todor Iliev/Blagovesta Ilieva [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) n.º 1215/2012 – Artículo 1, apartado 2, letra a) – Ámbito de aplicación – Materias excluidas – Regímenes matrimoniales – Disolución del matrimonio – Liquidación de un bien adquirido durante el matrimonio], DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.
202. Asunto C-214/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 25 de abril de 2017 – Alexander Mölk/Valentina Mölk, DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.

#### DERECHO DE SOCIEDADES

203. Asunto C-53/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék (Hungría) el 2 de febrero de 2017 – Bericap Záródástechnikai Cikkeket Gyártó Bt./Nemzetgazdasági Minisztérium, DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
204. Asuntos acumulados C-444/16 y C-445/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 15 de junio de 2017 (peticiones de

decisión prejudicial planteadas por la cour d'appel de Mons – Bélgica) – Immo Chiaradia SPRL (C-444/16), Docteur De Bruyne SPRL (C-445/16)/État belge (Procedimiento prejudicial – Directiva 78/660/CEE – Cuentas anuales de determinadas formas de sociedad – Principio de imagen fiel – Principio de prudencia – Sociedad emisora de una opción sobre acciones que contabiliza el precio de la cesión de dicha opción durante el ejercicio contable en que dicha opción se ejercita o al vencimiento de su período de validez), DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.

205. Asunto C-206/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 20 de julio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato – Italia) – Marco Tronchetti Provera SpA y otros/Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) (Procedimiento prejudicial – Derecho de sociedades – Directiva 2004/25/CE – Ofertas públicas de adquisición – Artículo 5, apartado 4, párrafo segundo – Posibilidad de modificar el precio de la oferta en circunstancias y según criterios claramente determinados – Normativa nacional que establece la posibilidad de que la autoridad supervisora incremente el precio de una oferta pública de adquisición en caso de colusión entre el oferente o las personas que actúen de concierto con él y uno o varios vendedores), DOUE, C, núm. 300, de 11 de septiembre de 2017.

#### DERECHO DE SUCESIONES

206. Asunto C-20/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Kammergericht Berlin (Alemania) el 18 de enero de 2017 – Vincent Pierre Oberle, DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.

#### INSOLVENCIA

207. Asunto C-250/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal de Justiça (Portugal) el 12 de mayo de 2017 – Virgílio Tarragó da Silveira/Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group, SA, DOUE, C, núm. 239, de 24 de julio de 2017.
208. Asunto C-54/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 8 de junio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Ordinario di Venezia – Italia) – Vinyls Italia SpA, en quiebra/Mediterranea di Navigazione SpA [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Procedimientos de insolvencia – Reglamento (CE) n.º 1346/2000 – Artículos 4 y 13 – Actos perjudiciales para la masa de acreedores – Condiciones en las que el acto de que se trata puede ser impugnado – Acto sujeto a la ley de un Estado miembro distinto del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia – Acto inimpugnabile sobre la base de esa ley – Reglamento (CE) n.º 593/2008 – Artículo 3, apartado 3 – Ley elegida por las partes – Localización de la totalidad de los elementos de la situación



de que se trata en el Estado de apertura – Relevancia], DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.

209. Asunto C-296/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Varhoven kasatsionen sad (Bulgaria) el 22 de mayo de 2017 – Wiermer & Trachte GmbH (en liquidación)/Zhan Oved Tadzher, DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.

#### MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

210. Asunto T-509/15: Sentencia del Tribunal General de 3 de febrero de 2017 – Kessel medintim/EUIPO – Janssen-Cilag (Premeno) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Premeno – Marca nacional denominativa anterior Pramino – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Resolución adoptada tras la anulación de una resolución anterior por el Tribunal General – Derecho a ser oído – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 86, de 20 de marzo de 2017.
211. Asunto T-696/15: Sentencia del Tribunal General de 9 de febrero de 2017 – Bodegas Vega Sicilia/EUIPO (TEMPOS VEGA SICILIA) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión TEMPOS VEGA SICILIA – Motivo de denegación absoluto – Marca de vino que contiene indicaciones geográficas – Artículo 7, apartado 1, letra j), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 86, de 20 de marzo de 2017.
212. Asunto T-16/16: Sentencia del Tribunal General de 9 de febrero de 2017 – Mast-Jägermeister/EUIPO (Vasos altos) [«Dibujos y modelos comunitarios – Solicitud de dibujos o modelos comunitarios que representan vasos altos – Concepto de «representación susceptible de reproducción» – Imprecisión de la representación por lo que respecta al alcance de la protección solicitada – Negativa a subsanar los defectos – Negativa a asignar una fecha de presentación – Artículos 36 y 46 del Reglamento (CE) n.º 6/2002 – Artículo 4, apartado 1, letra e), y artículo 10, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) n.º 2245/2002»], DOUE, C, núm. 86, de 20 de marzo de 2017.
213. Asunto T-82/16: Sentencia del Tribunal General de 9 de febrero de 2017 – International Gaming Projects/EUIPO – adp Gauselmann (TRIPLE EVOLUTION) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión TRIPLE EVOLUTION – Marca denominativa anterior de la Unión Evolution – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 86, de 20 de marzo de 2017.
214. Asunto T-106/16: Sentencia del Tribunal General de 9 de febrero de 2017 – zero/EUIPO – Hemming (ZIRO) [«Marca de la Unión

Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ZIRO – Marca figurativa anterior de la Unión zero – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 86, de 20 de marzo de 2017.

215. Asuntos acumulados T-828/14 y T-829/14: Sentencia del Tribunal General de 16 de febrero de 2017 – Antrax It/EUIPO – Vasco Group (Termosifones para radiadores)/OAMI [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujos o modelos comunitarios registrados que representan termosifones para radiadores – Dibujos o modelos anteriores – Excepción de ilegalidad – Artículo 1 quinquies del Reglamento (CE) n.º 216/96 – Artículo 41, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales – Principio de imparcialidad – Composición de la Sala de Recurso – Causa de nulidad – Falta de carácter singular – Artículo 6 y artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 6/2002 – Ejecución por la EUIPO de una sentencia anulatoria de una resolución de sus Salas de Recurso – Saturación de la técnica – Fecha de apreciación», DOUE, C, núm. 86, de 27 de marzo de 2017.
216. Asunto T-98/15: Sentencia del Tribunal General de 16 de febrero de 2017 – Tubes Radiatori/EUIPO – Antrax It (Radiadores) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario que representa un radiador – Dibujo o modelo anterior – Motivo de nulidad – Falta de carácter singular – Artículo 6 y artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 6/2002 – Ejecución por la EUIPO de una sentencia que anula una resolución de sus Salas de Recurso – Derecho a ser oído – Invitación a presentar pruebas y observaciones a raíz de una sentencia anulatoria del Tribunal General – Saturación de la técnica», DOUE, C, núm. 86, de 27 de marzo de 2017.
217. Asunto T-568/15: Sentencia del Tribunal General de 15 de febrero de 2017 – Morgese y otros/EUIPO – All Star (2 STAR) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión 2 STAR – Marca figurativa anterior de la Unión ONE STAR – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 86, de 27 de marzo de 2017.
218. Asunto T-15/16: Sentencia del Tribunal General de 14 de febrero de 2017 – Pandalis/EUIPO – LR Health & Beauty Systems (Cystus) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión Cystus – Declaración parcial de caducidad – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Falta de uso efectivo de la marca», DOUE, C, núm. 86, de 27 de marzo de 2017.
219. Asunto T-30/16: Sentencia del Tribunal General de 15 de febrero de 2017 – M. I. Industries/EUIPO – Natural Instinct (Natural Instinct Dog and Cat food as nature intended) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figura-

- tiva de la Unión Natural Instinct Dog and Cat food as nature intended – Marcas denominativas anteriores de la Unión INSTINCT y NATURE'S VARIETY – Uso efectivo de la marca anterior – Naturaleza del uso – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Regla 22, apartados 3 y 4, del Reglamento (CE) n.º 2868/95», DOUE, C, núm. 86, de 27 de marzo de 2017.
220. Asunto T-900/16: Recurso interpuesto el 21 de diciembre de 2016 – Casual Dreams/EUIPO – López Fernández (Dayaday), DOUE, C, núm. 86, de 27 de marzo de 2017.
221. Asunto T-41/17: Recurso interpuesto el 24 de enero de 2017 – Lotte/EUIPO – Nestlé Schöller (Representación de un koala), DOUE, C, núm. 86, de 27 de marzo de 2017.
222. Asunto T-43/17: Recurso interpuesto el 24 de enero de 2017 – No limits/EUIPO – Morellato (NO LIMITS), DOUE, C, núm. 86, de 27 de marzo de 2017.
223. Asunto T-44/17: Recurso interpuesto el 23 de enero de 2017 – Camomilla/EUIPO – CMT (CAMOMILLA), DOUE, C, núm. 86, de 27 de marzo de 2017.
224. Asunto T-47/17: Recurso interpuesto el 26 de enero de 2017 – Yotrio Group/EUIPO (Colocación de un aro verde en un pie de apoyo), DOUE, C, núm. 86, de 27 de marzo de 2017.
225. Asunto T-63/17: Recurso interpuesto el 1 de febrero de 2017 – Grupo Orenes/EUIPO – Akamon Entertainment Millenium (Bingo VIVA! Slots), DOUE, C, núm. 86, de 27 de marzo de 2017.
226. Asunto T-351/14: Sentencia del Tribunal General de 17 de febrero de 2017 – Construlink/EUIPO – Wit-Software (GATEWIT) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión GATEWIT – Marca figurativa anterior de la Unión wit software – Denominación social nacional anterior Wit-Software, Consultoría e Software para a Internet Móvel, SA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 4, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
227. Asunto T-726/14: Sentencia del Tribunal General de 17 de febrero de 2017 – Novar/EUIPO [Responsabilidad extracontractual – Prueba de la existencia, de la validez y del alcance de la protección de la marca anterior – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Resolución por la que se desestima la oposición por falta de prueba del derecho anterior – Regla 19, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) n.º 2868/95 – Revisión de la resolución – Artículo 62, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Perjuicio derivado del pago de honorarios de abogado – Relación de causalidad], DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.

228. Asunto T-811/14: Sentencia del Tribunal General de 17 de febrero de 2017 – Unilever/EUIPO – Technopharma (Fair & Lovely) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Fair & Lovely – Marcas nacionales y del Benelux denominativas anteriores FAIR & LOVELY – Resolución sobre el recurso – Artículo 64, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Derecho a ser oído – Artículo 75, segunda frase, del Reglamento n.º 207/2009 – Suspensión del procedimiento administrativo – Regla 20, apartado 7, letra c), y regla 50, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 2868/95 – Confianza legítima – Desviación de poder – Errores manifiestos de apreciación»], DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
229. Asunto T-71/15: Sentencia del Tribunal General de 16 de febrero de 2017 – Jaguar Land Rover/EUIPO – Nissan Jidosha (Land Glider) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Land Glider – Marcas de la Unión y nacionales denominativas y figurativas anteriores LAND ROVER – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
230. Asunto T-513/15: Sentencia del Tribunal General de 16 de febrero de 2017 – Gruppe Nymphenburg Consult/EUIPO (Limbic® Map) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Limbic® Map – Falta de carácter descriptivo – Motivo de denegación absoluto – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
231. Asunto T-516/15: Sentencia del Tribunal General de 16 de febrero de 2017 – Gruppe Nymphenburg Consult/EUIPO (Limbic® Types) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Limbic® Types – Falta de carácter descriptivo – Motivo de denegación absoluto – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
232. Asunto T-517/15: Sentencia del Tribunal General de 16 de febrero de 2017 – Gruppe Nymphenburg Consult/EUIPO (Limbic® Sales) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Limbic® Sales – Falta de carácter descriptivo – Motivo de denegación absoluto – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
233. Asunto T-18/16: Sentencia del Tribunal General de 16 de febrero de 2017 – DMC/EUIPO – Etike' International (De Giusti ORGOGLIO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión De Giusti ORGOGLIO – Marca denominativa anterior de la Unión ORGOGLIO – Motivo de denegación relativo – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.

234. Asunto T-50/17: Recurso interpuesto el 30 de enero de 2017 – Mackevision Medien Design/EUIPO (TO CREATE REALITY), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
235. Asunto T-60/17: Recurso interpuesto el 31 de enero de 2017 – Safe Skies/EUIPO – Travel Sentry (TSA LOCK), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
236. Asunto T-64/17: Recurso interpuesto el 1 de febrero de 2017 – Lions Gate Entertainment/EUIPO (DIRTY DANCING), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
237. Asunto T-67/17: Recurso interpuesto el 1 de febrero de 2017 – Italytrade/EUIPO – Tpresso (tèspresso), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
238. Asunto T-68/17: Recurso interpuesto el 1 de febrero de 2017 – Italytrade/EUIPO – Tpresso (teaespreso), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
239. Asunto T-69/17: Recurso interpuesto el 3 de febrero de 2017 – Constantin Film Produktion/EUIPO (Fack Ju Göhte), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
240. Asunto T-70/17: Recurso interpuesto el 31 de enero de 2017 – TenneT Holding/EUIPO – Ngrid Intellectual Property (NorthSea-Grid), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
241. Asunto T-72/17: Recurso interpuesto el 3 de febrero de 2017 – Schmid/EUIPO – Landeskammer für Land- und Forstwirtschaft in Steiermark (Steirisches Kürbiskernöl), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
242. Asunto T-78/17: Recurso interpuesto el 30 de enero de 2017 – Jumbo Africa/EUIPO – ProSiebenSat.1 Licensing (JUMBO), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
243. Asunto T-87/17: Recurso interpuesto el 8 de febrero de 2017 – Kuka Systems/EUIPO (Matrix light), DOUE, C, núm. 104, de 3 de abril de 2017.
244. Asunto C-577/14 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de febrero de 2017 – Brandconcern BV/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 51, apartado 2 – Marca denominativa LAMBRETTA – Uso efectivo de la marca – Solicitud de caducidad – Declaración parcial de caducidad – Comunicación n.º 2/12 del Presidente de la EUIPO – Limitación en el tiempo de una sentencia del Tribunal de Justicia], DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.
245. Asunto T-369/15: Sentencia del Tribunal General de 17 de febrero de 2017 – Hernández Zamora/EUIPO – Rosen Tantau (Paloma)

- [«**Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Soli-  
citud de marca denominativa de la Unión Paloma – Marca figurati-  
va anterior de la Unión Paloma – Motivo de denegación relativo –  
Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, del Reglamento (CE)  
n.º 207/2009**»], DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.
246. **Asunto T-596/15: Sentencia del Tribunal General de 17 de febrero de 2017 – Batmore Capital/EUIPO – Univers Poche (POCKETBOOK)** [«**Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Regis-  
tro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca  
figurativa POCKETBOOK – Marcas nacionales figurativas anterior-  
es POCKET – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión  
– Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009**»], DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.
247. **Asunto T-71/17: Recurso interpuesto el 26 de enero de 2017 – France.com/EUIPO – France (FRANCE.com)**, DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.
248. **Asunto T-80/17: Recurso interpuesto el 6 de febrero de 2017 – Steiniger/EUIPO – ista Deutschland (IST)**, DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.
249. **Asunto T-89/17: Recurso interpuesto el 7 de febrero de 2017 – Erwin Müller/EUIPO – Novus Tablet Technology Finland (NOVUS)**, DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.
250. **Asunto T-94/17: Recurso interpuesto el 13 de febrero de 2017 – ACTC/EUIPO – Taiga (tigha)**, DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.
251. **Asunto T-95/17: Recurso interpuesto el 13 de febrero de 2017 – King.com/EUIPO – TeamLava (Pantallas de visualización e iconos)**, DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.
252. **Asunto T-96/17: Recurso interpuesto el 13 de febrero de 2017 – King.com/EUIPO – TeamLava (Iconos animados)**, DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.
253. **Asunto T-97/17: Recurso interpuesto el 16 de febrero de 2017 – Franmax/EUIPO – R. Seelig & Hille (her- bea)**, DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.
254. **Asunto T-908/16: Auto del Tribunal General de 7 de febrero de 2017 – Starbucks (HK)/EUIPO – Now Wireless (nowwireless)**, DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.
255. **Asunto C-655/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 2 de marzo de 2017 – Panrico, S. A./Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), HDN Development Corp.** [Recurso de casación – **Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) n.º 40/94 – Artículo 52 – Artículo 8, apartados 1, letra b), y 5 – Marca figurativa que incluye los elementos denominativos «krispy kreme doughnuts» – Marcas**

- denominativas y figurativas, nacionales e internacional, que incluyen los elementos «donut», «donuts» y «doghnuts» – Soli-citud de nulidad – Desestimación], DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.
256. Asunto C-587/16 P: Recurso de casación interpuesto el 18 de noviembre de 2016 por Skylotec GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 13 de septiembre de 2016 en el asunto T-146/15, hyphen GmbH/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.
257. Asunto C-44/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Hamburg (Alemania) el 27 de enero de 2017 – The Scotch Whisky Association y The Registered Office/Michael Klotz, DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.
258. Asunto T-766/15: Sentencia del Tribunal General de 28 de febrero de 2017 – Labeyrie/EUIPO – Delpeyrat (Representación de peces dorados sobre fondo azul) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión que representa peces dorados sobre fondo azul – Declaración de caducidad – Uso efectivo de la marca – Artículo 15, apartado 1, letra a), y artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Forma que difiere en elementos que no alteran el carácter distintivo»], DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.
259. Asunto T-767/15: Sentencia del Tribunal General de 28 de febrero de 2017 – Labeyrie/EUIPO – Delpeyrat (Representación de peces claros sobre fondo oscuro) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión que representa peces claros sobre fondo oscuro – Declaración de caducidad – Uso efectivo de la marca – Artículo 15, apartado 1, letra a), y artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Forma que difiere en elementos que no alteran el carácter distintivo»], DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.
260. Asunto T-333/14: Auto del Tribunal General de 14 de febrero de 2017 – Helbrecht/EUIPO – Lenci Calzature (SportEyes) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Anulación de la marca figurativa anterior que sirve de fundamento a la resolución impugnada – Sobreseimiento»], DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.
261. Asunto T-714/16: Auto del Tribunal General de 9 de febrero de 2017 – Asolo/EUIPO – Red Bull (FLÜGEL) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de anulación – Revocación de la decisión impugnada – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.
262. Asunto T-74/17: Recurso interpuesto el 6 de febrero de 2017 – Danjaq/EUIPO – Formosan (Shaken, not stirred), DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.

263. Asunto T-82/17: Recurso interpuesto el 7 de febrero de 2017 – PepsiCo/EUIPO – Intersnack Group (Exxtra Deep), DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.
264. Asunto T-83/17: Recurso interpuesto el 8 de febrero de 2017 – Heineken Romania/EUIPO – Lénárd (Csíki Sör), DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.
265. Asunto T-90/17: Recurso interpuesto el 13 de febrero de 2017 – Gelinova Group/EUIPO – Cloetta Italia (galatea...è naturale), DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.
266. Asunto T-103/17: Recurso interpuesto el 17 de febrero de 2017 – Recordati Orphan Drugs/EUIPO – Laboratorios Normon (NORMOSANG), DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.
267. Asunto T-109/17: Recurso interpuesto el 21 de febrero de 2017 – FCA US/EUIPO – Busbridge (VIPER), DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.
268. Asunto T-122/17: Recurso interpuesto el 22 de febrero de 2017 – Devin/EUIPO – Haskovo (DEVIN), DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.
269. Asunto T-622/14: Sentencia del Tribunal General de 7 de marzo de 2017 – Lauritzen Holding/EUIPO – DK Company (IWEAR) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión IWEAR – Marca denominativa anterior de la Unión INWEAR – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 129, de 24 de abril de 2017.
270. Asunto T-741/14: Sentencia del Tribunal General de 14 de marzo de 2017 – Hersill/EUIPO – KCI Licensing (VACUP) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión VACUP – Marcas denominativas anteriores de la Unión MINIVAC y V. A. C. – Falta de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 129, de 24 de abril de 2017.
271. Asunto T-276/15: Sentencia del Tribunal General de 14 de marzo de 2017 – Edison/EUIPO – Eolus Vind (e) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 129, de 24 de abril de 2017.
272. Asunto T-504/15: Sentencia del Tribunal General de 8 de marzo de 2017 – Raffaello Gutti/EUIPO – Transformados del Sur (CAMISERÍA LA ESPAÑOLA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Europea CAMISERÍA LA ESPAÑOLA – Marca nacional



figurativa anterior que representa dos banderas cruzadas – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 129, de 24 de abril de 2017.

273. Asunto T-23/16: Sentencia del Tribunal General de 8 de marzo de 2017 – Biernacka-Hoba/EUIPO – Formata Bogusław Hoba (Formata) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad absoluta – Marca figurativa de la Unión Formata – Causa de nulidad absoluta – Inexistencia de mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Causa de nulidad relativa – Riesgo de confusión – Artículo 53, apartado 1, letra a), y artículo 8, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 129, de 24 de abril de 2017.
274. Asunto T-104/16: Sentencia del Tribunal General de 9 de marzo de 2017 – Puma/EUIPO (FOREVER FASTER) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa FOREVER FASTER – Marca constituida por un eslogan publicitario – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Igualdad de trato – Principio de buena administración», DOUE, C, núm. 129, de 24 de abril de 2017.
275. Asunto T-308/16: Sentencia del Tribunal General de 9 de marzo de 2017 – Marsh/EUIPO (ClaimsExcellence) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión ClaimsExcellence – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 129, de 24 de abril de 2017.
276. Asunto T-400/16: Sentencia del Tribunal General de 9 de marzo de 2017 – Maximum Play/EUIPO (MAXPLAY) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión MAXPLAY – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 129, de 24 de abril de 2017.
277. Asunto T-104/17: Recurso interpuesto el 15 de febrero de 2017 – Apple/EUIPO – Apo International (apo), DOUE, C, núm. 129, de 24 de abril de 2017.
278. Asunto T-112/17: Recurso interpuesto el 17 de febrero de 2017 – Pelikan/EUIPO – NBA Properties (NEW ORLEANS PELICANS), DOUE, C, núm. 129, de 24 de abril de 2017.
279. Asunto T-136/17: Recurso interpuesto el 2 de marzo de 2017 – Cotecnica/EUIPO – Mignini & Petrini (cotecnica MAXIMA), DOUE, C, núm. 129, de 24 de abril de 2017.
280. Asunto T-138/17: Recurso interpuesto el 28 de febrero de 2017 – Prim/EUIPO – Primed Halberstadt Medizintechnik GmbH (PRIMED), DOUE, C, núm. 129, de 24 de abril de 2017.

281. Asunto T-150/17: Recurso interpuesto el 8 de marzo de 2017 – Asolo/EUIPO – Red Bull (FLÜGEL), DOUE, C, núm. 129, de 24 de abril de 2017.
282. Asunto T-151/17: Recurso interpuesto el 8 de marzo de 2017 – Marriott Worldwide/EUIPO – Graf (Representación de un toro alado), DOUE, C, núm. 129, de 24 de abril de 2017.
283. Asunto T-157/17: Recurso interpuesto el 10 de marzo de 2017 – Cristalfarma/EUIPO – Novartis (ILLUMINA), DOUE, C, núm. 129, de 24 de abril de 2017.
284. Asunto T-165/17: Recurso interpuesto el 10 de marzo de 2017 – Emcur/EUIPO – Emcure Pharmaceuticals (EMCURE), DOUE, C, núm. 129, de 24 de abril de 2017.
285. Asunto T-132/15: Sentencia del Tribunal General de 14 de marzo de 2017 – IR/EUIPO – Pirelli Tyre (popchron) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión popchron – Falta de uso efectivo de la marca – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
286. Asunto T-239/15: Sentencia del Tribunal General de 23 de marzo de 2017 – Cryo-Save/EUIPO – MedSkin Solutions Dr. Suwelack (Cryo-Save) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión Cryo-Save – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Uso efectivo de la marca – Carga de la prueba – Declaración de caducidad»], DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
287. Asunto T-336/15: Sentencia del Tribunal General de 22 de marzo de 2017 – Windrush Aka/EUIPO – Dammers (The Specials) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión The Specials – Uso efectivo – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Consentimiento del titular de la marca – Artículo 15, apartado 2, del Reglamento n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
288. Asunto T-473/15: Sentencia del Tribunal General de 16 de marzo de 2017 – Capella/EUIPO – Abus (APUS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión APUS – Marca nacional denominativa anterior ABUS – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Riesgo de confusión – Limitaciones sucesivas de la solicitud de registro ante la Sala de Recurso – Artículo 43, apartado 1, del Reglamento n.º 207/2009 – Competencia de la Sala de Recurso – Artículo 64, apartado 1, del Reglamento n.º 207/2009 – Derecho a ser oído – Artículo 75, segunda frase, del Reglamento n.º 207/2009 – Regla 13, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 2868/95»], DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.

289. Asunto T-495/15: Sentencia del Tribunal General de 16 de marzo de 2017 – Sociedad agraria de transformación n.º 9982 Montecitrus/EUIPO – Spanish Oranges (MOUNTAIN CITRUS SPAIN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión MOUNTAIN CITRUS SPAIN – Marca figurativa anterior de la Unión monte-Citrus – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Identidad de los productos – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
290. Asunto T-174/16: Sentencia del Tribunal General de 14 de marzo de 2017 – Wessel-Werk/EUIPO – Wolf PVG (Boquillas para aspiradoras) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una boquilla de aspiradora – Dibujo o modelo comunitario anterior – Causa de nulidad – Carácter singular – Usuario informado – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 6/2002»], DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
291. Asunto T-175/16: Sentencia del Tribunal General de 14 de marzo de 2017 – Wessel-Werk/EUIPO – Wolf PVG (Boquillas para aspiradoras) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una boquilla de aspiradora – Dibujo o modelo comunitario anterior – Causa de nulidad – Carácter singular – Usuario informado – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 6/2002»], DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
292. Asunto T-216/16: Sentencia del Tribunal General de 23 de marzo de 2017 – Vignerons de la Méditerranée/EUIPO – Bodegas Grupo Yllera (LE VAL FRANCE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión LE VAL FRANCE – Marca denominativa anterior de la Unión VIÑA DEL VAL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
293. Asunto T-425/16: Sentencia del Tribunal General de 22 de marzo de 2017 – Hoffmann/EUIPO (Genius) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Genius – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
294. Asunto T-430/16: Sentencia del Tribunal General de 22 de marzo de 2017 – Intercontinental Exchange Holdings/EUIPO (BRENT INDEX) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión BRENT INDEX – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.

295. Asunto T-323/13: Auto del Tribunal General de 9 de marzo de 2017 – Pure Fishing/EUIPO – Łabowicz (NANOFIL) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión NANOFIL – Nulidad de la marca figurativa anterior de la Unión NANO – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
296. Asunto T-747/14: Auto del Tribunal General de 8 de marzo de 2017 – Merck/EUIPO – Société des produits Nestlé (HEALTHPRESSO) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
297. Asunto T-21/16: Auto del Tribunal General de 14 de marzo de 2017 – Karl Conzelmann/EUIPO (LIKE IT) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de registro de la marca denominativa LIKE IT – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
298. Asunto T-164/17: Recurso interpuesto el 14 de marzo de 2017 – Apple and Pear Australia y Star Fruits Diffusion/EUIPO – Pink Lady America (WILD PINK), DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
299. Asunto T-171/17: Recurso interpuesto el 17 de marzo de 2017 – M & K/EUIPO – Genfoot (KIMIKA), DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
300. Asunto T-176/17: Recurso interpuesto el 13 de marzo de 2017 – Sequel Naturals/EUIPO – Fernandes (VeGa one), DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
301. Asunto T-178/17: Recurso interpuesto el 21 de marzo de 2017 – W&O medical esthetics/EUIPO – Fidia farmaceutici (HYALSTYLE), DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
302. Asunto T-179/17: Recurso interpuesto el 17 de marzo de 2017 – Laboratoire Nuxe/EUIPO – Camille y Tariot (NYOUX), DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
303. Asunto C-26/17 P: Recurso de casación interpuesto el 19 de enero de 2017 por Birkenstock Sales GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) dictada el 9 de noviembre de 2016 en el asunto T-579/14, Birkenstock Sales GmbH/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), DOUE, C, núm. 151, de 15 de mayo de 2017.
304. Asunto C-32/17 P: Recurso de casación interpuesto el 23 de enero de 2017 por Apcoa Parking Holdings GmbH contra el auto del Tribunal General (Sala Séptima) dictado el 8 de noviembre de 2016 en los asuntos acumulados T-268/15 y T-272/15, Apcoa Parking Holdings GmbH/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), DOUE, C, núm. 151, de 15 de mayo de 2017.

305. Asunto C-75/17 P: Recurso de casación interpuesto el 9 de febrero de 2017 por Fiesta Hotels & Resorts, S. L. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 30 de noviembre 2016 en el asunto T-217/15, Fiesta Hotels & Resorts/EUIPO – Residencial Palladium (Palladium Palace Ibiza Resort & Spa), DOUE, C, núm. 151, de 15 de mayo de 2017.
306. Asunto T-387/15: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2017 – J & Joy/EUIPO – Joy-Sportswear (J AND JOY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Marca denominativa de la Unión J AND JOY – Marca nacional figurativa anterior joy SPORTSWEAR – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Similitud entre los productos – Similitud entre los signos – Criterios de apreciación – Marca compuesta – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 151, de 15 de mayo de 2017.
307. Asunto T-388/15: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2017 – J & Joy/EUIPO – Joy-Sportswear (JN-JOY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Marca denominativa de la Unión JN-JOY – Marca nacional figurativa anterior joy SPORTSWEAR – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Similitud entre los productos – Similitud entre los signos – Criterios de apreciación – Marca compuesta – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 151, de 15 de mayo de 2017.
308. Asunto T-389/15: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2017 – J & Joy/EUIPO – Joy-Sportswear (J&JOY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Marca figurativa de la Unión J&JOY – Marca nacional figurativa anterior joy SPORTSWEAR – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Similitud de los productos – Similitud entre los signos – Criterios de valoración – Marca compuesta – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 151, de 15 de mayo de 2017.
309. Asunto T-538/15: Sentencia del Tribunal General de 28 de marzo de 2017 – Regent University/EUIPO – Regent’s College (REGENT UNIVERSITY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión REGENT UNIVERSITY – Marca nacional figurativa anterior REGENT’S COLLEGE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 151, de 15 de mayo de 2017.
310. Asunto T-638/15: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2017 – Alcohol Countermeasure Systems (International)/EUIPO – Lion Laboratories (ALCOLOCK) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión ALCOLOCK – Marca denominativa del Reino Unido ALCOLOCK – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apar-

- tado 1, letras a) y b), y artículo 53, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Uso efectivo de la marca anterior»], DOUE, C, núm. 151, de 15 de mayo de 2017.
311. Asunto T-209/16: Sentencia del Tribunal General de 30 de marzo de 2017 – Apax Partners UK/EUIPO – Apax Partners Midmarket (APAX PARTNERS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Solicitud de marca denominativa de la Unión APAX PARTNERS – Marca internacional denominativa anterior APAX – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 151, de 15 de mayo de 2017.
312. Asunto T-215/16: Sentencia del Tribunal General de 3 de abril de 2017 – Cop/EUIPO – Conexa (AMPHIBIAN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa AMPHIBIAN – Motivos de denegación absolutos – Carácter distintivo – Falta de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 151, de 15 de mayo de 2017.
313. Asunto T-195/17: Recurso interpuesto el 27 de marzo de 2017 – CeramTec/EUIPO – C5 Medical Werks (Shade of pink), DOUE, C, núm. 151, de 15 de mayo de 2017.
314. Asunto C-686/16 P: Recurso de casación interpuesto el 28 de diciembre de 2016 por Meissen Keramik GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 18 de octubre de 2016 en el asunto T-776/15, Meissen Keramik GmbH/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
315. Asunto C-95/17 P: Recurso de casación interpuesto el 22 de febrero de 2017 por la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea contra la sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) dictada el 15 de diciembre de 2016 en el asunto T-112/13, Mondelez UK Holdings & Services Ltd/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
316. Asunto C-129/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van beroep te Brussel (Bélgica) el 13 de marzo de 2017 – Mitsubishi Shoji Kaisha Ltd, Mitsubishi Caterpillar Forklift Europe BV/Duma Forklifts NV, G. S. International BVBA, DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
317. Asunto T-367/15: Sentencia del Tribunal General de 5 de abril de 2017 – Renfe-Operadora/EUIPO (AVE) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión AVE – Nulidad parcial – Recurso interpuesto ante la Sala de Recurso en una lengua distinta de la lengua de procedimiento – Inadmisibilidad del recurso interpuesto ante la Sala de Recurso

- Petición de restitutio in integrum – Deber de diligencia»), DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
318. Asunto T-594/15: Sentencia del Tribunal General de 6 de abril de 2017 – Metabolic Balance Holding/EUIPO (Metabolic Balance) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Metabolic Balance – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
319. Asunto T-621/15: Sentencia del Tribunal General de 5 de abril de 2017 – Tractel Greifzug/EUIPO – Shenxi Machinery (Forma de un cabestrante accionado por un motor) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca tridimensional de la Unión – Forma de un cabestrante accionado por un motor – Motivo de denegación absoluto – Signo constituido exclusivamente por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico – Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
320. Asunto T-39/16: Sentencia del Tribunal General de 6 de abril de 2017 – Nanu-Nana Joachim Hoepf/EUIPO – Fink (NANA FINK) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa NANA FINK – Marca denominativa anterior de la Unión NANA – Inexistencia de similitud entre los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Amplitud del examen que debe efectuar la Sala de Recurso – Obligación de pronunciarse sobre la totalidad del recurso»], DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
321. Asunto T-49/16: Sentencia del Tribunal General de 6 de abril de 2017 – Azanta/EUIPO – Novartis (NIMORAL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión NIMORAL – Marca denominativa anterior de la Unión NEORAL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
322. Asunto T-178/16: Sentencia del Tribunal General de 6 de abril de 2017 – Policolor/EUIPO – CWS-Lackfabrik Conrad W. Schmidt (Policolor) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Policolor – Marca figurativa anterior de la Unión ProfiColor – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
323. Asunto T-219/16: Sentencia del Tribunal General de 6 de abril de 2017 – Aldi/EUIPO (ViSAGE) [«Marca de la Unión Europea – Soli-

ciudad de marca figurativa de la Unión ViSAGE – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.

324. Asunto T-291/16: Sentencia del Tribunal General de 5 de abril de 2017 – Anta (China)/EUIPO (Representación de dos líneas que forman un ángulo agudo) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa dos líneas que forman un ángulo agudo – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
325. Asunto T-407/16: Auto del Tribunal General de 18 de enero de 2017 – Banco Popular Español/EUIPO – Pledgeling (p) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
326. Asunto T-186/17: Recurso interpuesto el 23 de marzo de 2017 – Unipreus/EUIPO – Wallapop (wallapop), DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
327. Asunto T-187/17: Recurso interpuesto el 21 de marzo de 2017 – Bernard Krone Holding/EUIPO (Mega Liner), DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
328. Asunto T-188/17: Recurso interpuesto el 21 de marzo de 2017 – Bernard Krone Holding/EUIPO (Coil Liner), DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
329. Asunto T-194/17: Recurso interpuesto el 27 de marzo de 2017 – CeramTec/EUIPO – C5 Medical Werks (Representación de una rótula), DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
330. Asunto T-205/17: Recurso interpuesto el 4 de abril de 2017 – SSP Europe/EUIPO (SECURE DATA SPACE), DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
331. Asunto T-210/17: Recurso interpuesto el 6 de abril de 2017 – International Gaming Projects/EUIPO – Zitro IP (TRIPLE TURBO), DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
332. Asunto C-598/14 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 5 de abril de 2017 – Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea/Gilbert Szajner, Forge de Laguiole [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 8, apartado 4 – Artículo 65, apartados 1 y 2 – Marca denominativa LAGUIOLE – Solicitud de nulidad basada en un derecho anterior, adquirido en virtud del Derecho nacional – Aplicación del Derecho nacional por la EUIPO – Función del juez de la Unión], DOUE, C, núm. 168, de 29 de mayo de 2017.



333. **Asunto T-207/17: Recurso interpuesto el 5 de abril de 2017 – Sentic/EUIPO – HP Hewlett Packard Group (hp), DOUE, C, núm. 168, de 29 de mayo de 2017.**
334. **Asunto T-208/17: Recurso interpuesto el 5 de abril de 2017 – Sentic/EUIPO – HP Hewlett Packard Group (HP), DOUE, C, núm. 168, de 29 de mayo de 2017.**
335. **Asunto T-209/17: Recurso interpuesto el 4 de abril de 2017 – ZGS/EUIPO (Schülerhilfe1), DOUE, C, núm. 168, de 29 de mayo de 2017.**
336. **Asunto T-213/17: Recurso interpuesto el 5 de abril de 2017 – Romantik Hotels & Restaurants/EUIPO – Hotel Preidlhof (ROMANTIK), DOUE, C, núm. 168, de 29 de mayo de 2017.**
337. **Asunto T-215/17: Recurso interpuesto el 7 de abril de 2017 – Pear Technologies/EUIPO – Apple (PEAR), DOUE, C, núm. 168, de 29 de mayo de 2017.**
338. **Asunto C-84/17 P: Recurso de casación interpuesto el 15 de febrero de 2017 por Sociéte des produits Nestlé SA contra la sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) dictada el 15 de diciembre de 2016 en el asunto T-112/13, Mondelez UK Holdings & Services Ltd/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 178, de 6 de junio de 2017.**
339. **Asunto C-85/17 P: Recurso de casación interpuesto el 15 de febrero de 2017 por Mondelez UK Holdings & Services Ltd, anteriormente Cadbury Holdings Ltd, contra la sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) dictada el 15 de diciembre de 2016 en el asunto T-112/13, Mondelez UK Holdings & Services Ltd/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, Sociéte des produits Nestlé, DOUE, C, núm. 178, de 6 de junio de 2017.**
340. **Asunto T-488/15: Auto del Tribunal General de 28 de marzo de 2017 – LG Electronics/EUIPO – Cyrus Wellness Consulting (VIEWTY SMART) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 178, de 6 de junio de 2017.**
341. **Asunto T-489/15: Auto del Tribunal General de 28 de marzo de 2017 – LG Electronics/EUIPO – Cyrus Wellness Consulting (VIEWTY SNAP) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 178, de 6 de junio de 2017.**
342. **Asunto T-498/15: Auto del Tribunal General de 28 de marzo de 2017 – LG Electronics/EUIPO – Cyrus Wellness Consulting (Viewty) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 178, de 6 de junio de 2017.**

343. Asunto T-499/15: Auto del Tribunal General de 28 de marzo de 2017 – LG Electronics/EUIPO – Cyrus Wellness Consulting (VIEWTY SMILE) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 178, de 6 de junio de 2017.
344. Asunto T-500/15: Auto del Tribunal General de 28 de marzo de 2017 – LG Electronics/EUIPO – Cyrus Wellness Consulting (VIEWTY PRO) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 178, de 6 de junio de 2017.
345. Asunto T-534/15: Auto del Tribunal General de 28 de marzo de 2017 – LG Electronics/EUIPO – Cyrus Wellness Consulting (Viewty GT) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 178, de 6 de junio de 2017.
346. Asunto T-220/17: Recurso interpuesto el 12 de abril de 2017 – Pfalzmarkt für Obst und Gemüse/EUIPO (100 % Pfalz), DOUE, C, núm. 178, de 6 de junio de 2017.
347. Asunto T-230/17: Recurso interpuesto el 18 de abril de 2017 – Rstudio/EUIPO – Embarcadero Technologies (RSTUDIO), DOUE, C, núm. 178, de 6 de junio de 2017.
348. Asunto T-299/13: Auto del Tribunal General de 17 de marzo de 2017 – El Corte Inglés/EUIPO – AATC Trading (ALIA), DOUE, C, núm. 178, de 6 de junio de 2017.
349. Asunto T-145/16: Auto del Tribunal General de 3 de abril de 2017 – Corsini Santolaria/EUIPO – Molins Tura (biombo 13), DOUE, C, núm. 178, de 6 de junio de 2017.
350. Asunto T-709/16: Auto del Tribunal General de 21 de marzo de 2017 – La Patrouille/EUIPO – Alpha Industries (Representación de una figura con ángulos), DOUE, C, núm. 178, de 6 de junio de 2017.
351. Asunto T-710/16: Auto del Tribunal General de 21 de marzo de 2017 – La Patrouille/EUIPO – Alpha Industries (AEROBATIX), DOUE, C, núm. 178, de 6 de junio de 2017.
352. Asunto T-75/17: Auto del Tribunal General de 6 de abril de 2017 – TeamLava/EUIPO – King.com (Iconos animados), DOUE, C, núm. 178, de 6 de junio de 2017.
353. Asunto T-76/17: Auto del Tribunal General de 6 de abril de 2017 – TeamLava/EUIPO – King.com (Iconos animados), DOUE, C, núm. 178, de 6 de junio de 2017.
354. Asunto T-77/17: Auto del Tribunal General de 6 de abril de 2017 – TeamLava/EUIPO – King.com (Iconos animados), DOUE, C, núm. 178, de 6 de junio de 2017.

355. Asunto C-101/17 P: Recurso de casación interpuesto el 23 de febrero de 2017 por Verus Eood contra la sentencia del Tribunal General (Sala Novena) dictada el 7 de julio de 2016 en el asunto T-82/14, Copernicus-Trademarks/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), DOUE, C, núm. 195, de 19 de junio de 2017.
356. Asunto T-622/15: Sentencia del Tribunal General de 27 de abril de 2017 – Deere/EUIPO (EXHAUST-GARD) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión EXHAUST-GARD – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Derecho de defensa – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 195, de 19 de junio de 2017.
357. Asunto T-681/15: Sentencia del Tribunal General de 3 de mayo de 2017 – Environmental Manufacturing/EUIPO – Société Elmar Wolf (Representación de una cabeza de lobo) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa una cabeza de lobo – Marca internacional figurativa anterior Outils WOLF – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 195, de 19 de junio de 2017.
358. Asunto T-721/15: Sentencia del Tribunal General de 27 de abril de 2017 – BASF/EUIPO – Evonik Industries (DINCH) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión DINCH – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 195, de 19 de junio de 2017.
359. Asunto T-25/16: Sentencia del Tribunal General de 4 de mayo de 2017 – Haw Par/EUIPO – Cosmowell (GELENGOLD) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión GELENGOLD – Marca figurativa anterior de la Unión que representa un tigre – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Fuerza de cosa juzgada – Elevado carácter distintivo de la marca anterior adquirido por el uso – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Derecho a ser oído – Artículo 75, segunda frase, del Reglamento n.º 207/2009 – Serie de marcas»], DOUE, C, núm. 195, de 19 de junio de 2017.
360. Asunto T-36/16: Sentencia del Tribunal General de 3 de mayo de 2017 – Enercon/EUIPO – Gamesa Eólica (Tonos del color verde) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca de la Unión que consiste en tonos del color verde – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo

- 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 195, de 19 de junio de 2017.
361. Asunto T-97/16: Sentencia del Tribunal General de 4 de mayo de 2017 – Kasztantowicz/EUIPO – Gbb Group (GEOTEK) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión GEOTEK – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Regla 40, apartado 5, del Reglamento (CE) n.º 2868/95 – Prueba del uso efectivo de la marca – Extemporaneidad – Regla 61, apartados 2 y 3, y regla 65, apartado 1, del Reglamento n.º 2868/95 – Notificación del plazo fijado al titular mediante telefax – Ausencia de circunstancias que puedan cuestionar el informe de transmisión facilitado por la EUIPO – Artículo 78 del Reglamento n.º 207/2009 – Regla 57 del Reglamento n.º 2868/95 – Solicitud de audiencia de testigos – Margen de apreciación de la EUIPO», DOUE, C, núm. 195, de 19 de junio de 2017.
362. Asunto T-132/16: Sentencia del Tribunal General de 5 de mayo de 2017 – PayPal/EUIPO – Hub Culture (VENMO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión VENMO – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 195, de 19 de junio de 2017.
363. Asunto T-224/16: Sentencia del Tribunal General de 5 de mayo de 2017 – Messe Friedrichshafen/EUIPO – El Corte Inglés (Out Door) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Marca figurativa de la Unión Out Door – Marca denominativa anterior de la Unión OUTDOOR PRO – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 76 del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 195, de 19 de junio de 2017.
364. Asunto T-381/16: Auto del Tribunal General de 17 de marzo de 2017 – Düll/EUIPO – Cognitect (DaToMo) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de anulación – Retirada de la solicitud de caducidad – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 195, de 19 de junio de 2017.
365. Asunto T-159/17: Recurso interpuesto el 10 de marzo de 2017 – Claro Sol Cleaning/EUIPO – Solemo (Claro Sol Facility Services desde 1972), DOUE, C, núm. 195, de 19 de junio de 2017.
366. Asunto T-234/17: Recurso interpuesto el 19 de abril de 2017 – Siberian Vodka/EUIPO – Friedr. Schwarze (DIAMOND ICE), DOUE, C, núm. 195, de 19 de junio de 2017.
367. Asunto T-235/17: Recurso interpuesto el 20 de abril de 2017 – Dometic Sweden/EUIPO (MOBILE LIVING MADE EASY), DOUE, C, núm. 195, de 19 de junio de 2017.

368. Asunto T-238/17: Recurso interpuesto el 25 de abril de 2017 – Gugler/EUIPO – Gugler France (GUGLER), DOUE, C, núm. 195, de 19 de junio de 2017.
369. Asunto T-246/17: Recurso interpuesto el 24 de abril de 2017 – Lackmann Fleisch- und Feinkostfabrik/EUIPO (Национальный Продукт), DOUE, C, núm. 195, de 19 de junio de 2017.
370. Asunto T-250/17: Recurso interpuesto el 24 de abril de 2017 – avanti/EUIPO (avanti), DOUE, C, núm. 195, de 19 de junio de 2017.
371. Asunto T-251/17: Recurso interpuesto el 28 de abril de 2017 – Robert Bosch/EUIPO (Simply. Connected.), DOUE, C, núm. 195, de 19 de junio de 2017.
372. Asunto T-252/17: Recurso interpuesto el 28 de abril de 2017 – Robert Bosch/EUIPO (Simply. Connected.), DOUE, C, núm. 195, de 19 de junio de 2017.
373. Asunto T-253/17: Recurso interpuesto el 28 de abril de 2017 – Der Grüne Punkt/EUIPO – Halston Properties (Representación de un círculo con dos flechas), DOUE, C, núm. 195, de 19 de junio de 2017.
374. Asunto T-680/15: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2017 – Les Éclaires/EUIPO – L'éclaireur International (L'ECLAIREUR) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión L'ECLAIREUR – Uso efectivo de la marca – Artículo 15, apartado 1, artículo 51, apartado 1, letra a), y artículo 76, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Regla 22, apartado 6, del Reglamento (CE) n.º 2868/95 – Supuesta divergencia en relación con la parte C, sección 6, de las Directrices relativas al Examen ante la EUIPO»], DOUE, C, núm. 202, de 26 de junio de 2017.
375. Asunto T-262/16: Sentencia del Tribunal General de 5 de mayo de 2017 – Globo Media/EUIPO – Globo Comunicação e Participações (GLOBO MEDIA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión GLOBO MEDIA – Marca nacional figurativa anterior TV GLOBO PORTUGAL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 202, de 26 de junio de 2017.
376. Asunto T-76/16: Auto del Tribunal General de 1 de marzo de 2017 – Ikos/EUIPO (AEGYPTISCHE ERDE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión AEGYPTISCHE ERDE – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Denegación de la solicitud – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Recurso en parte manifiestamente inadmisibles y en parte manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 202, de 26 de junio de 2017.

377. Asunto T-223/17: Recurso interpuesto el 18 de abril de 2017 – Adapta Color/EUIPO – Coatings Foreign IP (ADAPTA POWDER COATINGS), DOUE, C, núm. 202, de 26 de junio de 2017.
378. Asunto T-224/17: Recurso interpuesto el 19 de abril de 2017 – Adapta Color/EUIPO – Coatings Foreign IP (Bio proof ADAPTA), DOUE, C, núm. 202, de 26 de junio de 2017.
379. Asunto T-225/17: Recurso interpuesto el 19 de abril de 2017 – Adapta Color/EUIPO – Coatings Foreign IP (Bio proof ADAPTA), DOUE, C, núm. 202, de 26 de junio de 2017.
380. Asunto T-226/17: Recurso interpuesto el 19 de abril de 2017 – Adapta Color/EUIPO – Coatings Foreign IP (Rustproof System ADAPTA), DOUE, C, núm. 202, de 26 de junio de 2017.
381. Asunto T-265/17: Recurso interpuesto el 5 de mayo de 2017 – ExpressVPN/EUIPO (ESPRESSVPN), DOUE, C, núm. 202, de 26 de junio de 2017.
382. Asunto T-266/17: Recurso interpuesto el 9 de mayo de 2017 – Kwizda Holding/EUIPO – Dermapharm (UROAKUT), DOUE, C, núm. 202, de 26 de junio de 2017.
383. Asunto T-744/16: Auto del Tribunal General de 3 de mayo de 2017 – Generis – Farmacéutica/EUIPO – Corpak MedSystems (CORGRIP), DOUE, C, núm. 202, de 26 de junio de 2017.
384. Asunto T-47/17: Auto del Tribunal General de 8 de marzo de 2017 – Yotrio Group/EUIPO (Colocación de un aro verde en un pie de apoyo), DOUE, C, núm. 202, de 26 de junio de 2017.
385. Asunto C-71/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 4 de mayo de 2017 Comercializadora Eloro, S. A./Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Zumex Group, S. A. [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Solicitud de registro de una marca figurativa que incluye el elemento denominativo «ZUMEX» – Oposición del titular de la marca denominativa JUMEX – Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 15, apartado 1, párrafo segundo, letra b), y artículo 42, apartado 2 – Prueba de uso – Uso en la Unión Europea – Artículo 76, apartado 2 – Pruebas complementarias del uso aportadas extemporáneamente ante la Sala de Recurso – Facultad de apreciación de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO)], DOUE, C, núm. 202, de 26 de junio de 2017.
386. Asunto C-417/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 4 de mayo de 2017 – August Storck KG/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 7, apartado 1, letra b) – Motivos de denegación absolutos – Marca figurativa – Representación de un paquete de forma cuadrada blanco y azul – Carácter distintivo), DOUE, C, núm. 202, de 26 de junio de 2017.

387. **Asunto C-417/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 4 de mayo de 2017 – August Storck KG/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 7, apartado 1, letra b) – Motivos de denegación absolutos – Marca figurativa – Representación de un paquete de forma cuadrada blanco y azul – Carácter distintivo), DOUE, C, núm. 213, de 3 de julio de 2017.**
388. **Asunto C-86/17 P: Recurso de casación interpuesto el 16 de febrero de 2017 por Redpur GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) dictada el 15 de diciembre de 2016 en el asunto T-227/15, Redpur GmbH/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), DOUE, C, núm. 213, de 3 de julio de 2017.**
389. **Asunto T-159/16: Sentencia del Tribunal General de 16 de mayo de 2017 – Metronia/EUIPO – Zitro IP (TRIPLE O NADA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión TRIPLE O NADA – Marca figurativa anterior de la Unión TRIPLE BINGO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 213, de 3 de julio de 2017.**
390. **Asunto T-276/17: Recurso interpuesto el 8 de mayo de 2017 – Ogrodnik/EUIPO – Aviaro Tropical (Tropical), DOUE, C, núm. 213, de 3 de julio de 2017.**
391. **Asunto T-278/17: Recurso interpuesto el 10 de mayo de 2017 – Bank of New York Mellon/EUIPO – Nixen Partners (NEXEN), DOUE, C, núm. 213, de 3 de julio de 2017.**
392. **Asunto T-279/17: Recurso interpuesto el 11 de mayo de 2017 – Hermann Bock/EUIPO (Push and Ready), DOUE, C, núm. 213, de 3 de julio de 2017.**
393. **Asunto T-287/17: Recurso interpuesto el 8 de mayo de 2017 – Swemac Innovation/EUIPO – Swemac Medical Appliances (SWE-MAC), DOUE, C, núm. 213, de 3 de julio de 2017.**
394. **Asunto T-85/15: Sentencia del Tribunal General de 16 de mayo de 2017 – AW/EUIPO – Pharma Mar (YLOELIS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión YLOELIS – Marca denominativa anterior de la Unión YONDELIS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 221, de 10 de julio de 2017.**
395. **Asunto T-223/15: Sentencia del Tribunal General de 15 de mayo de 2017 – Morton’s of Chicago/EUIPO – Mortons the Restaurant (MORTON’S) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión MORTON’S – Marques**

nacionales no registradas anteriores MORTON'S, MORTONS, MORTON'S CLUB, MORTONS CLUB, MORTON'S THE RESTAURANT, MORTONS RESTAURANT y M MORTON'S – Motivo de denegación relativo – Declaración de nulidad – Artículo 8, apartado 4, y artículo 53, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 221, de 10 de julio de 2017.

396. Asunto T-107/16: Sentencia del Tribunal General de 16 de mayo de 2017 – Airhole Facemasks/EUIPO – *sindustrysurf* (AIR HOLE FACE MASKS YOU IDIOT) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión AIR HOLE FACE MASKS YOU IDIOT – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Facultad de reforma», DOUE, C, núm. 221, de 10 de julio de 2017.
397. Asunto T-163/16: Sentencia del Tribunal General de 18 de mayo de 2017 – Reisswolf/EUIPO (*secret.service.*) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión *secret.service.* – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Examen de oficio de los hechos – Artículo 76 del Reglamento n.º 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 221, de 10 de julio de 2017.
398. Asunto T-218/16: Sentencia del Tribunal General de 16 de mayo de 2017 – Mühlbauer Technology/EUIPO (*Magicrown*) [«Marca de la Unión Europea – Solitud de marca denominativa de la Unión *Magicrown* – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 221, de 10 de julio de 2017.
399. Asunto T-355/16: Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2017 – *adp Gauselmann*/EUIPO (*MULTI FRUITS*) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión *MULTI FRUITS* – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 221, de 10 de julio de 2017.
400. Asunto T-372/16: Sentencia del Tribunal General de 11 de mayo de 2017 – *Bammer*/EUIPO – *mydays* (*MÄNNERSPIELPLATZ*) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión *MÄNNERSPIELPLATZ* – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículos 52, apartado 1, letra a), y 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 221, de 10 de julio de 2017.
401. Asunto T-375/16: Sentencia del Tribunal General de 18 de mayo de 2017 – *Sabre* *GLBL*/EUIPO (*INSTASITE*) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión *INSTASITE* – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 221, de 10 de julio de 2017.



402. Asunto T-472/16: Sentencia del Tribunal General de 16 de mayo de 2017 – Marsh/EUIPO (LegalPro) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión LegalPro – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 221, de 10 de julio de 2017.
403. Asunto T-260/17: Recurso interpuesto el 3 de mayo de 2017 – Bank of New York Mellon/EUIPO – Nixen Partners (NEXEN PULSE), DOUE, C, núm. 221, de 10 de julio de 2017.
404. Asunto T-261/17: Recurso interpuesto el 5 de mayo de 2017 – Bayer/EUIPO – UNI – Pharma (SALOSPIR), DOUE, C, núm. 221, de 10 de julio de 2017.
405. Asunto T-264/17: Recurso interpuesto el 4 de mayo de 2017 – Uponor Innovation/EUIPO – Swep International (SMATRIX), DOUE, C, núm. 221, de 10 de julio de 2017.
406. Asunto T-274/17: Recurso interpuesto el 10 de mayo de 2017 – Monster Energy/EUIPO – Bösel (MONSTER DIP), DOUE, C, núm. 221, de 10 de julio de 2017.
407. Asunto C-10/17 P: Recurso de casación interpuesto el 11 de enero de 2017 por Polo Club contra el auto del Tribunal General (Sala Novena) dictado el 10 de noviembre de 2016 en el asunto T-67/15: Polo Club/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 221, de 17 de julio de 2017.
408. Asunto C-50/17 P: Recurso de casación interpuesto el 31 de enero de 2017 por Universidad Internacional de la Rioja, S. A. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) dictada el 1 de diciembre de 2016 en el asunto T-561/15, Universidad Internacional de la Rioja/EUIPO – Universidad de la Rioja (Universidad Internacional de la Rioja UNIR), DOUE, C, núm. 221, de 17 de julio de 2017.
409. Asunto T-637/15: Sentencia del Tribunal General de 31 de mayo de 2017 – Alma-The Soul of Italian Wine/EUIPO – Miguel Torres (SOTTO IL SOLE ITALIANO SOTTO il SOLE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión SOTTO IL SOLE ITALIANO SOTTO il SOLE – Marca denominativa anterior de la Unión VIÑA SOL – Motivo de denegación relativo – Menoscabo del carácter distintivo – Falta de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 231, de 17 de julio de 2017.
410. Asunto T-164/16: Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2017 – Piper Verlag/EUIPO (THE TRAVEL EPISODES) («Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión THE TRAVEL EPISODES – Motivo de denegación absoluto – Solicitud de modificación – Acto que no puede ser adoptado por la Sala de Recurso – Incumplimiento de los requisi-

tos de forma – Inadmisibilidad»), DOUE, C, núm. 231, de 17 de julio de 2017.

411. Asunto T-285/16: Auto del Tribunal General de 15 de mayo de 2017 – Dominator International/EUIPO (DREAMLINE) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa DREAMLINE – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento n.º 207/2009 – Artículo 7, apartado 2, del Reglamento n.º 207/2009 – Recurso en parte manifiestamente inadmisibile y en parte manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno – Artículo 126 del Reglamento de Procedimiento»], DOUE, C, núm. 231, de 17 de julio de 2017.
412. Asunto T-785/16: Auto del Tribunal General de 16 de mayo de 2017 – BSH Electrodomésticos España/EUIPO – DKSH International (Ufesa) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Ufesa – Solución amistosa – Adquisición por la recurrente de la marca solicitada – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 231, de 17 de julio de 2017.
413. Asunto T-288/17: Recurso interpuesto el 15 de mayo de 2017 – Sky/EUIPO – Parrot Drones (Parrot SKYCONTROLLER), DOUE, C, núm. 231, de 17 de julio de 2017.
414. Asunto T-299/17: Recurso interpuesto el 16 de mayo de 2017 – Sata/EUIPO – Zhejiang Rongpeng Air Tools (1000), DOUE, C, núm. 231, de 17 de julio de 2017.
415. Asunto T-300/17: Recurso interpuesto el 17 de mayo de 2017 – Sata/EUIPO – Zhejiang Rongpeng Air Tools (3000), DOUE, C, núm. 231, de 17 de julio de 2017.
416. Asunto T-301/17: Recurso interpuesto el 17 de mayo de 2017 – Sata/EUIPO – Zhejiang Rongpeng Air Tools (2000), DOUE, C, núm. 231, de 17 de julio de 2017.
417. Asunto T-302/17: Recurso interpuesto el 18 de mayo de 2017 – Sata/EUIPO – Zhejiang Rongpeng Air Tools (6000), DOUE, C, núm. 231, de 17 de julio de 2017.
418. Asunto T-303/17: Recurso interpuesto el 18 de mayo de 2017 – Sata/EUIPO – Zhejiang Rongpeng Air Tools (4000), DOUE, C, núm. 231, de 17 de julio de 2017.
419. Asunto T-304/17: Recurso interpuesto el 18 de mayo de 2017 – Sata/EUIPO – Zhejiang Rongpeng Air Tools (5000), DOUE, C, núm. 231, de 17 de julio de 2017.
420. Asunto T-305/17: Recurso interpuesto el 17 de mayo de 2017 – Red Bull/EUIPO (Representación de un paralelogramo compues-

- to de dos campos en colores diferentes), DOUE, C, núm. 231, de 17 de julio de 2017.
421. Asunto T-307/17: Recurso interpuesto el 18 de mayo de 2017 – adidas/EUIPO – Shoe Branding Europe (Representación de tres tiras paralelas), DOUE, C, núm. 231, de 17 de julio de 2017.
422. Asunto T-310/17: Recurso interpuesto el 15 de mayo de 2017 – Lion’s Head Global Partners/EUIPO – Lion Capital (LION’S HEAD global partners), DOUE, C, núm. 231, de 17 de julio de 2017.
423. Asunto T-313/17: Recurso interpuesto el 22 de mayo de 2017 – Wajos/EUIPO (Forma de una botella), DOUE, C, núm. 231, de 17 de julio de 2017.
424. Asunto T-314/17: Recurso interpuesto el 23 de mayo de 2017 – Nosio/EUIPO (MEZZA), DOUE, C, núm. 231, de 17 de julio de 2017.
425. Asunto T-757/15: Auto del Tribunal General de 3 de mayo de 2017 – Facebook/EUIPO – Brand IP Licensing (lovebook), DOUE, C, núm. 231, de 17 de julio de 2017.
426. Asunto T-95/17: Auto del Tribunal General de 5 de mayo de 2017 – King.com/EUIPO – TeamLava (Pantallas de visualización e iconos), DOUE, C, núm. 231, de 17 de julio de 2017.
427. Asunto C-421/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de mayo de 2017 – Yoshida Metal Industry Co. Ltd/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Pi-Design AG, Bodum France SAS, Bodum Logistics A/S [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Registro de signos constituidos por una superficie con lunares negros – Declaración de nulidad – Reglamento (CE) n.º 40/94 – Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii) – Artículo 51, apartado 3], DOUE, C, núm. 239, de 24 de julio de 2017.
428. Asunto C-437/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 17 de mayo de 2017 – Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea/Deluxe Entertainment Services Group Inc. (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Marca figurativa que incluye el elemento denominativo «deluxe» – Denegación del registro por el examinador), DOUE, C, núm. 239, de 24 de julio de 2017.
429. Asunto C-617/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 18 de mayo de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf – Alemania) – Hummel Holding A/S/Nike Inc., Nike Retail B. V. [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual o industrial – Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Marca de la Unión Europea – Artículo 97, apartado 1 – Competencia judicial internacional – Acción por violación de marca ejercitada contra una sociedad establecida en un tercer Estado – Filial de segundo grado establecida en el territorio

- del Estado miembro del órgano jurisdiccional que conoce del asunto – Concepto de «establecimiento»], DOUE, C, núm. 239, de 24 de julio de 2017.
430. Asunto C-162/17 P: Recurso de casación interpuesto el 30 de marzo de 2017 por la República de Polonia contra la sentencia del Tribunal General (Sala Novena) dictada el 19 de enero de 2017 en el asunto T-701/15, *Stock Polska/EUIPO – Lass & Steffen (LUBELSKA)*, DOUE, C, núm. 239, de 24 de julio de 2017.
431. Asunto T-341/13 RENV: Sentencia del Tribunal General de 8 de junio de 2017 – *Groupe Léa Nature/EUIPO – Debonair Trading Internacional (SO’BiO étic)* [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión SO’BiO étic – Marcas de la Unión y nacional denominativas anteriores SO...? – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Perjuicio para la notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 239, de 24 de julio de 2017.
432. Asunto T-6/16: Sentencia del Tribunal General de 8 de junio de 2017 – *AWG/EUIPO – Takko (Southern Territory 23o48’25’’S)* [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Southern Territory 23o48’25’’S – Marca denominativa anterior de la Unión SOUTHERN – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 239, de 24 de julio de 2017.
433. Asunto T-294/16: Sentencia del Tribunal General de 8 de junio de 2017 – *Kaane American International Tobacco/EUIPO – Global Tobacco (GOLD MOUNT)* [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión GOLD MOUNT – Falta de uso efectivo de la marca – Inexistencia de causa justificativa de la falta de uso – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 239, de 24 de julio de 2017.
434. Asunto T-221/17: Recurso interpuesto el 15 de abril de 2017 – *Mémora Servicios Funerarios/EUIPO – Chatenoud (MEMORAME)*, DOUE, C, núm. 239, de 24 de julio de 2017.
435. Asunto T-296/17: Recurso interpuesto el 15 de mayo de 2017 – *Buck-Chemie/EUIPO (Representación de mecanismos de descarga de agua para inodoros)*, DOUE, C, núm. 239, de 24 de julio de 2017.
436. Asunto T-339/17: Recurso interpuesto el 31 de mayo de 2017 – *Shenzhen Jiayz Photo Industrial/EUIPO – Seven (sevenoak)*, DOUE, C, núm. 239, de 24 de julio de 2017.
437. Asunto T-346/17: Recurso interpuesto el 31 de mayo de 2017 – *Hotelbeds Spain/EUIPO – Guidigo Europe (Guidego what to do next)*, DOUE, C, núm. 239, de 24 de julio de 2017.

438. Asunto T-355/17: Recurso interpuesto el 2 de junio de 2017 – Daico International/EUIPO – American Franchise Marketing (RoB), DOUE, C, núm. 239, de 24 de julio de 2017.
439. Asunto T-356/17: Recurso interpuesto el 2 de junio de 2017 – Daico International/EUIPO – American Franchise Marketing (RoB), DOUE, C, núm. 239, de 24 de julio de 2017.
440. Asunto C-689/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de junio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf – Alemania) – V. F. Gözze Frottierweberei GmbH, Wolfgang Gözze/Verein Bremer Baumwollbörse [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículos 9 y 15 – Solicitud de registro del signo flor de algodón presentada por una asociación – Registro como marca individual – Concesión de licencias de uso de dicha marca a los fabricantes de tejidos de algodón afiliados a esa asociación – Solicitud de nulidad o de caducidad – Concepto de «uso efectivo» – Función esencial de indicación de origen], DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.
441. Asunto C-687/16 P: Recurso de casación interpuesto el 30 de diciembre de 2016 por Capella EOOD contra la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) dictada el 12 de mayo de 2016 en el asunto T-750/14, Ivo-Kermartin GmbH/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.
442. Asunto C-23/17 P: Recurso de casación interpuesto el 18 de enero de 2017 por For Tune sp. z o.o. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Primera) dictada el 8 de noviembre de 2016 en el asunto T-579/15, For Tune sp. z o.o./Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.
443. Asunto T-9/15: Sentencia del Tribunal General de 13 de junio de 2017 – Ball Beverage Packaging Europe/EUIPO – Crown Hellas Can (Latas) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa tres latas – Dibujo o modelo anterior – Causa de nulidad – Carácter singular – Diferente impresión general – Artículo 6 y artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 6/2002 – Conjunto de productos que constituye un objeto unitario – Alcance de la descripción del dibujo o modelo comunitario registrado – Obligación de motivación – Sucesión procesal»], DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.
444. Asunto T-457/15: Sentencia del Tribunal General de 15 de junio de 2017 – Fakro/EUIPO – Saint Gobain Cristalería (climaVera) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión climaVera – Marca denominativa anterior de la Unión CLIMAVER DECO – Motivo

- de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.
445. Asunto T-95/16: Sentencia del Tribunal General de 14 de junio de 2017 – Aydin/EUIPO – Kaporal Groupe (ROYAL & CAPORAL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión ROYAL & CAPORAL – Marca denominativa anterior de la Unión KAPORAL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.
446. Asunto T-258/16: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2017 – Mediterranean Premium Spirits/EUIPO – G-Star Raw (GINRAW) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión GINRAW – Marcas denominativas anteriores de la Unión RAW – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009 – Pruebas presentadas por primera vez ante el Tribunal – Obligación de motivación», DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.
447. Asunto T-326/16: Sentencia del Tribunal General de 8 de junio de 2017 – Bundesverband Deutsche Tafel/EUIPO – Tiertafel Deutschland (Tafel) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Tafel – Ejecución por la EUIPO de una sentencia que anula una resolución de sus Salas de Recurso – Motivo de denegación absoluto – Artículo 52, apartado 1, letra a), y artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Carácter descriptivo – Artículo 65, apartado 6, del Reglamento n.º 207/2009 – Resolución adoptada tras la anulación de una resolución anterior por el Tribunal General», DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.
448. Asunto T-659/16: Sentencia del Tribunal General de 14 de junio de 2017 – LG Electronics/EUIPO (Second Display) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Second Display – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.
449. Asunto T-354/17: Recurso interpuesto el 6 de junio de 2017 – Genomic Health/EUIPO (ONCOTYPE DX GENOMIC PROSTATE SCORE), DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.
450. Asunto T-359/17: Recurso interpuesto el 7 de junio de 2017 – Aldi Supermarkets/EUIPO – Aldi Einkauf (ALDI), DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.
451. Asunto T-362/17: Recurso interpuesto el 6 de junio de 2017 – NCL/EUIPO (FEEL FREE), DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.

452. Asunto T-364/17: Recurso interpuesto el 5 de junio de 2017 – Bielawski/EUIPO (HOUSE OF CARS), DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.
453. Asunto T-367/17: Recurso interpuesto el 9 de junio de 2017 – Linak/EUIPO – ChangZhou Kaidi Electrical (Forma de una columna elevadora de funcionamiento eléctrico), DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.
454. Asunto T-368/17: Recurso interpuesto el 9 de junio de 2017 – Linak/EUIPO – ChangZhou Kaidi Electrical (Forma de una columna elevadora de funcionamiento eléctrico), DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.
455. Asunto T-13/15: Sentencia del Tribunal General de 27 de junio de 2017 – Deutsche Post/EUIPO – Media Logistik (PostModern) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión PostModern – Marca nacional denominativa anterior POST y marca denominativa anterior de la Unión Deutsche Post – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Elementos probatorios presentados por primera vez ante el Tribunal General»], DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
456. Asunto T-541/15: Sentencia del Tribunal General de 20 de junio de 2017 – Industrie Aeronautiche Reggiane/EUIPO – Audi (NSU) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión NSU – Marca nacional denominativa anterior NSU – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
457. Asunto T-580/15: Sentencia del Tribunal General de 27 de junio de 2017 – Flamagas/EUIPO – MatMind (CLIPPER) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca tridimensional de la Unión – Forma de encendedor con una aleta lateral, que contiene el elemento denominativo CLIPPER – Forma necesaria para obtener el resultado técnico – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), y letra e), inciso ii), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Falta de descripción de la marca en la solicitud de registro»], DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
458. Asunto T-632/15: Sentencia del Tribunal General de 21 de junio de 2017 – Tillotts Pharma/EUIPO – Ferring (OCTASA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión OCTASA – Marcas alemana y del Benelux denominativas anteriores PENTASA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.

459. Asunto T-699/15: Sentencia del Tribunal General de 21 de junio de 2017 – City Train/EUIPO (CityTrain) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión CityTrain – Plazo para recurrir – Caso fortuito – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
460. Asunto T-20/16: Sentencia del Tribunal General de 21 de junio de 2017 – M/S. Indeutsch International/EUIPO – Crafts Americana Group (Representación de cuñas repetidas entre dos líneas paralelas) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión que consiste en cuñas repetidas entre dos líneas paralelas – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Examen de la marca como está registrada»], DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
461. Asunto T-235/16: Sentencia del Tribunal General de 21 de junio de 2017 – GP Joule PV/EUIPO – Green Power Technologies (GPTech) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión GPTech – Marcas denominativas anteriores de la Unión GP JOULE – No presentación ante la División de Oposición de las pruebas de su derecho a presentar oposición – Presentación de pruebas por primera vez ante la Sala de Recurso – Falta de toma en consideración – Facultad de apreciación de la Sala de Recurso – Circunstancias que se oponen a que se tengan en cuenta pruebas nuevas o adicionales – Artículo 76, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Regla 17, apartado 4, Regla 19, apartado 2, Regla 20, apartado 1, y Regla 50, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 2868/95»], DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
462. Asunto T-236/16: Sentencia del Tribunal General de 22 de junio de 2017 – Biogena Naturprodukte/EUIPO (ZUM wohl) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión ZUM wohl – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Remisión al escrito presentado ante la Sala de Recurso que se reproduce en el escrito de interposición de recurso ante el Tribunal – Pruebas que acompañan la solicitud de celebración de una vista oral»], DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
463. Asunto T-286/16: Sentencia del Tribunal General de 21 de junio de 2017 – Kneidinger/EUIPO Topseat International (tapa de inodoro) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa la tapa de un inodoro – Dibujo o modelo comunitario anterior – Causa de nulidad – Carácter singular – Artículo 6 del Reglamento (CE) n.º 6/2002»], DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
464. Asunto T-327/16: Sentencia del Tribunal General de 27 de junio de 2017 – Aldi Einkauf/EUIPO – Fratelli Polli (ANTICO CASA-



- LE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión ANTICO CASALE – Motivos de denegación absolutos – Artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 7, apartado 1, letras b), c) y g), y artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
465. Asunto T-685/16: Sentencia del Tribunal General de 27 de junio de 2017 – Jiménez Gasalla/EUIPO (B2B SOLUTIONS) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión SOLUTIONS – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
466. Asunto T-856/16: Sentencia del Tribunal General de 21 de junio de 2017 – Rare Hospitality International/EUIPO (LONGHORN STEAKHOUSE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión LONGHORN STEAKHOUSE – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Igualdad de trato y principio de buena administración»], DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
467. Asunto T-372/17: Recurso interpuesto el 12 de junio de 2017 – Louis Vuitton Malletier/EUIPO – Bee Fee Group (LV POWER ENERGY DRINK), DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
468. Asunto T-373/17: Recurso interpuesto el 9 de junio de 2017 – Louis Vuitton Malletier/EUIPO – Fulia Trading (LV BET ZAKŁADY BUKMACHERSKIE), DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
469. Asunto T-374/17: Recurso interpuesto el 13 de junio de 2017 – Cuervo y Sobrinos1882/EUIPO – A. Salgado Nespereira (Cuervo y Sobrinos LA HABANA 1882), DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
470. Asunto T-375/17: Recurso interpuesto el 5 de junio de 2017 – Fenyses/EUIPO (Blue), DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
471. Asunto T-378/17: Recurso interpuesto el 8 de junio de 2017 – La Zaragozana/EUIPO – Heineken Italia (CERVISIA), DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
472. Asunto T-379/17: Recurso interpuesto el 20 de junio de 2017 – Tengelmann Warenhandelsgesellschaft/EUIPO – C & C IP (T), DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
473. Asunto T-386/17: Recurso interpuesto el 23 de junio de 2017 – Lackmann Fleisch- und Feinkostfabrik/EUIPO (Лидер), DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.

474. Asunto T-387/17: Recurso interpuesto el 20 de junio de 2017 – Triggerball/EUIPO (Forma de un objeto similar a una pelota con cantos), DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
475. Asunto T-115/16: Auto del Tribunal General de 13 de junio de 2017 – Sandvik Intellectual Property/EUIPO – Adveo Group International (ADVEON), DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
476. Asunto T-83/17: Auto del Tribunal General de 14 de junio de 2017 – Heineken Romania/EUIPO – Lénárd (Csíki Sör), DOUE, C, núm. 256, de 7 de agosto de 2017.
477. Asunto C-22/17 P: Recurso de casación interpuesto el 16 de enero de 2017 por Neonart svetlobni in reklamni napisi Krevh d.o.o. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 14 de noviembre de 2016 en el asunto T-221/16, Neonart svetlobni in reklamni napisi Krevh/EUIPO (NEONART), DOUE, C, núm. 269, de 14 de agosto de 2017.
478. Asunto T-179/16: Auto del Tribunal General de 26 de junio de 2017 – L’Oréal/EUIPO – Guinot (MASTER SMOKY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MASTER SMOKY – Marca nacional figurativa anterior MASTERS COLORS PARIS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno – Artículo 126 del Reglamento de Procedimiento»], DOUE, C, núm. 269, de 14 de agosto de 2017.
479. Asunto T-180/16: Auto del Tribunal General de 26 de junio de 2017 – L’Oréal/EUIPO – Guinot (MASTER SHAPE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MASTER SHAPE – Marca nacional figurativa anterior MASTERS COLORS PARIS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno – Artículo 126 del Reglamento de Procedimiento»], DOUE, C, núm. 269, de 14 de agosto de 2017.
480. Asunto T-181/16: Auto del Tribunal General de 26 de junio de 2017 – L’Oréal/EUIPO – Guinot (MASTER PRECISE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MASTER PRECISE – Marca nacional figurativa anterior MASTERS COLORS PARIS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno – Artículo 126 del Reglamento de Procedimiento»], DOUE, C, núm. 269, de 14 de agosto de 2017.
481. Asunto T-182/16: Auto del Tribunal General de 26 de junio de 2017 – L’Oréal/EUIPO – Guinot (MASTER DUO) [«Marca de la

- Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MASTER DUO – Marca nacional figurativa anterior MASTERS COLORS PARIS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno – Artículo 126 del Reglamento de Procedimiento», DOUE, C, núm. 269, de 14 de agosto de 2017.
482. Asunto T-183/16: Auto del Tribunal General de 26 de junio de 2017 – L'Oréal/EUIPO – Guinot (MASTER DRAMA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MASTER DRAMA – Marca nacional figurativa anterior MASTERS COLORS PARIS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno – Artículo 126 del Reglamento de Procedimiento», DOUE, C, núm. 269, de 14 de agosto de 2017.
483. Asunto T-346/16: Auto del Tribunal General de 20 de junio de 2017 – CSL Behring/EUIPO – Vivatrex (Vivatrex) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Vivatrex – Caducidad de la marca de la Unión anterior – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 269, de 14 de agosto de 2017.
484. Asunto T-657/16: Auto del Tribunal General de 14 de junio de 2017 – Márquez Alentà/EUIPO – Fiesta Hotels & Resorts (Representación de una hormiga) («Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa una hormiga – Revocación de la resolución impugnada – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 269, de 14 de agosto de 2017.
485. Asunto T-401/17: Recurso interpuesto el 27 de junio de 2017 – Tengelmann Warenhandelsgesellschaft/EUIPO – C & C IP (T), DOUE, C, núm. 269, de 14 de agosto de 2017.
486. Asunto C-662/16 P: Recurso de casación interpuesto el 21 de diciembre de 2016 por Laboratoire de la mer contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 18 de octubre de 2016 en el asunto T-109/16, Laboratoire de la mer/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
487. Asunto C-37/17 P: Recurso de casación interpuesto el 24 de enero de 2017 por Rudolf Keil contra la sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) dictada el 15 de diciembre de 2016 en el asunto T-330/15, Rudolf Keil/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
488. Asunto T-343/14: Sentencia del Tribunal General de 29 de junio de 2017 – Cipriani/EUIPO – Hotel Cipriani (CIPRIANI) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominati-

va de la Unión CIPRIANI – Inexistencia de mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – No vulneración del derecho al nombre de una persona célebre – Artículo 53, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.

489. Asunto T-287/15: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2017 – Tayto Group/EUIPO – MIP Metro (real) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa real de la Unión – Uso efectivo – Forma que difiere en elementos que no modifican el carácter distintivo – Artículo 15, apartado 1, párrafo segundo, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Uso de la marca por un tercero – Artículo 15, apartado 2, del Reglamento n.º 207/2009 – Prueba del uso efectivo – Artículo 15, apartado 1, y artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 207/2009 – Obligación de motivación», DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
490. Asunto T-333/15: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2017 – Josel/EUIPO – Nationale-Nederlanden Nederland (NN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa NN – Marca denominativa nacional anterior NN – Motivo de denegación relativo – Falta de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 15, apartado 1, segundo párrafo, letra a), y artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Forma que difiere en elementos que alteran el carácter distintivo», DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
491. Asunto T-623/15: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2017 – Lidl Stiftung/EUIPO (JEDE FLASCHE ZÄHLT!) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión JEDE FLASCHE ZÄHLT! – Marca constituida por un eslogan publicitario – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
492. Asunto T-3/16: Sentencia del Tribunal General de 5 de julio de 2017 – Allstate Insurance/EUIPO (DRIVEWISE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión DRIVEWISE – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y apartado 2 del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
493. Asunto T-81/16: Sentencia del Tribunal General de 4 de julio de 2017 – Pirelli Tyre/EUIPO (Posición de dos franjas curvadas en el flanco de un neumático) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca de la Unión que representa dos franjas curvadas de desarrollo circunferencial situadas en el flanco de un neumático – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009

- Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento n.º 207/2009 – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009 – Artículo 76 del Reglamento n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
494. Asunto T-90/16: Sentencia del Tribunal General de 4 de julio de 2017 – Murphy/EUIPO – Nike Innovate (Reloj electrónico de pulsera) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un reloj electrónico de pulsera – Dibujo o modelo comunitario anterior – Causa de nulidad – Carácter singular – Impresión general diferente – Artículo 6 y artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 6/2002 – Obligación de motivación – Artículo 62 del Reglamento n.º 6/2002»], DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
495. Asunto T-306/16: Sentencia del Tribunal General de 5 de julio de 2017 – Gamet/EUIPO – «Metal-Bud II» Robert Gubała (Picaporte) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un picaporte – Dibujo o modelo anterior – Motivo de nulidad – Falta de carácter singular – Grado de libertad del autor – Falta de impresión global diferente – Artículo 6 y artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 6/2002 – Pruebas presentadas en apoyo de la oposición una vez finalizado el plazo señalado – Presentación de pruebas por primera vez ante la Sala de Recurso – Facultad de apreciación de la Sala de Recurso – Artículo 63 del Reglamento n.º 6/2002»], DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
496. Asunto T-359/16: Sentencia del Tribunal General de 7 de julio de 2017 – Axel Springer/EUIPO – Stiftung Warentest (TestBild) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión TestBild – Marcas nacionales figurativas anteriores test – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los productos y servicios – Similitud entre los signos – Carácter distintivo intrínseco – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
497. Asunto T-406/16: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2017 – Dogg Label/EUIPO – Chemoul (JAPRAG) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión JAPRAG – Marca nacional figurativa anterior JAPAN-RAG – Motivo de denegación relativo – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
498. Asuntos acumulados T-427/16 a T-429/16: Sentencia del Tribunal General de 29 de junio de 2017 – Martín Osete/EUIPO – Rey (AN IDEAL WIFE Y OTROS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marcas denominativas de la Unión AN IDEAL WIFE, AN IDEAL LOVER y AN IDEAL HUSBAND – Falta de uso efectivo de las marcas – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Inexistencia de causa

justificativa de la falta de uso»], DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.

499. Asunto T-448/16: Sentencia del Tribunal General de 29 de junio de 2017 – Mr. Kebab/EUIPO – Mister Kebap (Mr. KEBAB) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Mr. KEBAB – Marca española figurativa anterior MISTER KEBAP – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
500. Asunto T-470/16: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2017 – X-cen-tek/EUIPO (Representación de un triángulo) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa un triángulo – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
501. Asunto T-479/16: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2017 – Colgate-Palmolive/EUIPO (AROMASENSATIONS) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión AROMASENSATIONS – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
502. Asunto T-402/17: Recurso interpuesto el 27 de junio de 2017 – Vienna International Hotelmanagement/EUIPO (Vienna House), DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
503. Asunto T-403/17: Recurso interpuesto el 27 de junio de 2017 – Vienna International Hotelmanagement/EUIPO (VIENNA HOUSE), DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
504. Asunto T-416/17: Recurso interpuesto el 3 de julio de 2017 – Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi/EUIPO – Papouis Dairies (fino), DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
505. Asunto T-417/17: Recurso interpuesto el 3 de julio de 2017 – Cyprus/EUIPO – Papouis Dairies (fino Cyprus Halloumi Cheese), DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
506. Asunto T-418/17: Recurso interpuesto el 4 de julio de 2017 – Eduard Meier/EUIPO – Calzaturificio Elisabet (Safari Club), DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
507. Asunto T-419/17: Recurso interpuesto el 4 de julio de 2017 – Mendes/EUIPO – Actial Farmaceutica (VSL#3), DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.

508. Asunto T-426/17: Recurso interpuesto el 5 de julio de 2017 – Item Industrietechnik/EUIPO (EFUSE), DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
509. Asunto T-427/17: Recurso interpuesto el 5 de julio de 2017 – Item Industrietechnik/EUIPO (EFUSE), DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
510. Asunto T-428/17: Recurso interpuesto el 11 de julio de 2017 Alpine Welten Die Bergführer/EUIPO (ALPINEWELTEN Die Bergführer), DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
511. Asunto T-778/15: Auto del Tribunal General de 29 de junio de 2017 – It Works/EUIPO – KESA Holdings Luxembourg (IT it WORKS), DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
512. Asunto C-139/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 6 de julio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Burgos) – Juan Moreno Marín, Maria Almudena Benavente Cardaba, Rodrigo Moreno Benavente/Abadía Retuerta, S. A. [Procedimiento prejudicial – Marcas – Directiva 2008/95/CE – Artículo 3, apartado 1, letra c) – Marca denominativa nacional La Milla de Oro – Causas de denegación de registro o de nulidad – Signos de procedencia geográfica], DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
513. Asunto C-86/17 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 7 de junio de 2017 – Redpur GmbH/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Redwell Manufaktur GmbH (Recurso de casación – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de registro de la marca denominativa Redpur – Denegación de la solicitud de registro), DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
514. Asunto T-55/15: Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2017 – Certified Angus Beef/EUIPO – Certified Australian Angus Beef (CERTIFIED AUSTRALIAN ANGUS BEEF) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa CERTIFIED AUSTRALIAN ANGUS BEEF – Marcas figurativa y denominativa anteriores notoriamente conocidas SINCE 1978 CERTIFIED ANGUS BEEF BRAND y CERTIFIED ANGUS BEEF BRAND – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
515. Asunto T-521/15: Sentencia del Tribunal General de 20 de julio de 2017 – Diesel/EUIPO – Sprinter megacentros del deporte (Representación de una línea curva y angular) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa una línea curva y angular – Marca figurativa anterior de la Unión que representa la letra mayúscula «D» – Moti-

vo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.

516. Asunto T-612/15: Sentencia del Tribunal General de 20 de julio de 2017 – Basic Net/EUIPO (Representación de tres franjas verticales) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa tres franjas verticales – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
517. Asunto T-634/15: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2017 – Frinsa del Noroeste/EUIPO – Frigoríficos Unidos (Frinsa LA CONSERVERA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Frinsa LA CONSERVERA – Marca figurativa anterior de la Unión FRIUSA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
518. Asunto T-45/16: Sentencia del Tribunal General de 18 de julio de 2017 – Alfonso Egüed/EUIPO – Jackson Family Farms (BYRON) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión BYRON – Marca anterior no registrada BYRON – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Régimen de la acción de common law por usurpación de denominación (action for passing off) – «Goodwill» – Prueba de la adquisición y de la permanencia del derecho anterior», DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
519. Asunto T-57/16: Sentencia del Tribunal General de 18 de julio de 2017 – Chanel/EUIPO – Jing Zhou y Golden Rose 999 (Ornamento) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un ornamento – Dibujo o modelo anterior – Motivo de nulidad – Falta de carácter singular – Producto de que se trata – Grado de libertad del autor – Inexistencia de impresión general distinta – Artículo 6 y artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 6/2002», DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
520. Asunto T-57/16: Sentencia del Tribunal General de 18 de julio de 2017 – Chanel/EUIPO – Jing Zhou y Golden Rose 999 (Ornamento) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un ornamento – Dibujo o modelo anterior – Motivo de nulidad – Falta de carácter singular – Producto de que se trata – Grado de libertad del autor – Inexistencia de impresión general distinta – Artículo 6



y artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 6/2002», DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.

521. Asunto T-150/16: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2017 – Ecolab USA/EUIPO (ECOLAB) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa ECOLAB – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Igualdad de trato – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
522. Asunto T-189/16: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2017 – Migros-Genossenschafts-Bund/EUIPO – Luigi Lavazza (CREMESPRESSO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión CREMESPRESSO – Marca internacional denominativa anterior CREMESSO – Elemento alusivo – Interdependencia de los criterios – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
523. Asunto T-194/16: Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2017 – Klassisk investment/EUIPO (CLASSIC FINE FOODS) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa CLASSIC FINE FOODS – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
524. Asunto T-214/16: Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2017 – Sata/EUIPO (4600) [«Marca de la Unión Europea – Signo constituido exclusivamente por cifras – Solicitud de marca denominativa de la Unión 4600 – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
525. Asunto T-223/16: Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2017 – Massive Bionics/EUIPO – Apple (DriCloud) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión DriCloud – Marcas internacionales denominativas anteriores ICLOUD – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Presentación de pruebas fuera de plazo – Artículo 76, apartado 2, del Reglamento n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
526. Asunto T-243/16: Sentencia del Tribunal General de 18 de julio de 2017 – Freddo/EUIPO – Freddo Freddo (Freggo) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de registro de la

marca figurativa de la Unión freggo – Marca figurativa anterior de la Unión TENTAZIONE FREDDO FREDDO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.

527. Asunto T-389/16: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2017 – AIA/EUIPO – Casa Montorsi (MONTORSI F. & F.) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión MONTORSI F. & F. – Marca nacional denominativa anterior Casa Montorsi – Causa de nulidad relativa – Riesgo de confusión – Artículo 53, apartado 1, letra a), y artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Acuerdo de coexistencia de las marcas – Alcance – Artículo 53, apartado 3, del Reglamento n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
528. Asunto T-395/16: Sentencia del Tribunal General de 20 de julio de 2017 – Windfinder R&L/EUIPO (Windfinder) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Windfinder – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter descriptivo – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Neologismo – Relación insuficientemente directa y concreta con determinados productos y servicios contemplados por la solicitud de marca – Facultad de modificación», DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
529. Asunto T-432/16: Sentencia del Tribunal General de 19 de julio de 2017 – Lackmann Fleisch- und Feinkostfabrik/EUIPO (медведь) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión медведь – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
530. Asunto T-650/16: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2017 – LG Electronics/EUIPO (QD) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión QD – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009», DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
531. Asunto T-649/14: Auto del Tribunal General de 10 de julio de 2017 – NTS Energie- und Transportsysteme/EUIPO – Schütz (X-Windwerk) («Marca de la Unión Europea – Designación de un nuevo representante – Inacción de la recurrente – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
532. Asunto T-396/15: Auto del Tribunal General de 30 de marzo de 2017 – Herm. Sprenger/EUIPO – web2get (Forma de un estribo articulado) («Marca de la Unión Europea – Solicitud de nulidad – Retirada de la solicitud de nulidad – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.

533. Asunto T-43/17: Auto del Tribunal General de 10 de julio de 2017 – No Limits/EUIPO – Morellato (NO LIMITS) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión NO LIMITS – Revocación de la decisión impugnada – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
534. Asunto T-435/17: Recurso interpuesto el 30 de marzo de 2017 – Grendene/EUIPO – Hipanema (HIPANEMA), DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
535. Asunto T-444/17: Recurso interpuesto el 12 de julio de 2017 – CompuGroup Medical/EUIPO – Medion (life coins), DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.
536. Asunto T-309/16: Sentencia del Tribunal General de 20 de julio de 2017 – Cafés Pont/EUIPO – Giordano Vini (Art’s Cafè) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión Art’s Cafè – Uso efectivo de la marca – Artículo 15, apartado 1, y artículo 51, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»], DOUE, C, núm. 293, de 4 de septiembre de 2017.
537. Asunto T-780/16: Sentencia del Tribunal General de 20 de julio de 2017 – Mediaexpert/EUIPO – Mediaexpert (mediaexpert) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión mediaexpert – Marca nacional denominativa anterior mediaexpert – Motivo de denegación relativo – Artículo 53, apartado 1, letra a), y artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Prueba de la existencia, validez y alcance de la protección de la marca anterior – Certificado de registro de la marca anterior – Traducción – Reglas 37 a 39 y regla 98, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 2868/95 – Confianza legítima»), DOUE, C, núm. 293, de 4 de septiembre de 2017.
538. Asunto T-86/15: Auto del Tribunal General de 17 de julio de 2017 – Aston Martin Lagonda/EUIPO (Representación de una rejilla colocada delante de un vehículo a motor), DOUE, C, núm. 293, de 4 de septiembre de 2017.
539. Asunto T-88/15: Auto del Tribunal General de 17 de julio de 2017 – Aston Martin Lagonda/EUIPO (Representación de una rejilla colocada delante de un vehículo a motor), DOUE, C, núm. 293, de 4 de septiembre de 2017.
540. Asunto C-93/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de julio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Alicante) – Ornuá Co-operative Ltd, anteriormente The Irish Dairy Board Co-operative Ltd/Tindale & Stanton Ltd España, S. L. [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual e industrial – Marca de la Unión Europea – Carácter unitario – Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 9, apartado 1, letras b) y c) – Protección uniforme del derecho conferido por la marca de la Unión contra los riesgos de confusión y los

perjuicios para el renombre – Coexistencia pacífica de esta marca con una marca nacional utilizada por un tercero en una parte de la Unión Europea – Inexistencia de coexistencia pacífica en otras partes de la Unión – Percepción del consumidor medio – Diferencias de percepción eventualmente existentes en distintas partes de la Unión], DOUE, C, núm. 300, de 11 de septiembre de 2017.

541. Asunto C-194/17 P: Recurso de casación interpuesto el 14 de abril de 2017 por Georgios Pandalis contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 14 de febrero de 2017 en el asunto T-15/16, Georgios Pandalis/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 300, de 11 de septiembre de 2017.
542. Asunto C-217/17 P: Recurso de casación interpuesto el 25 de abril de 2017 por Mast-Jägermeister SE contra la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) dictada el 9 de febrero de 2017 en el asunto T-16/16, Mast-Jägermeister SE/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 300, de 11 de septiembre de 2017.
543. Asunto T-519/15: Auto del Tribunal General de 13 de julio de 2017 – myToys.de/EUIPO – Laboratorios Indas (myBaby) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión myBaby – Marcas denominativa y figurativa de la Unión y nacional denominativa anteriores MAYBABY, May BaBy y MAY BABY – Recurso accesorio – Artículo 8, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 216/96 – Decisión meramente confirmatoria – Inadmisibilidad»], DOUE, C, núm. 300, de 11 de septiembre de 2017.
544. Asunto T-437/17: Recurso interpuesto el 14 de julio de 2017 – Oy Karl Fazer/EUIPO – Kraft Foods Belgium Intellectual Property (MIGNON), DOUE, C, núm. 300, de 11 de septiembre de 2017.
545. Asunto T-448/17: Recurso interpuesto el 18 de julio de 2017 – Sevenfriday/EUIPO – Seven (SEVENFRIDAY), DOUE, C, núm. 300, de 11 de septiembre de 2017.
546. Asunto T-449/17: Recurso interpuesto el 18 de julio de 2017 – Sevenfriday/EUIPO – Seven (SEVENFRIDAY), DOUE, C, núm. 300, de 11 de septiembre de 2017.
547. Asunto T-457/17: Recurso interpuesto el 19 de julio de 2017 – Medisana/EUIPO (happy life), DOUE, C, núm. 300, de 11 de septiembre de 2017.
548. Asunto T-460/17: Recurso interpuesto el 20 de julio de 2017 – Bopp/EUIPO (Representación de un octógono equilátero), DOUE, C, núm. 300, de 11 de septiembre de 2017.
549. Asunto T-748/15: Auto del Tribunal General de 18 de julio de 2017 – Gauff/EUIPO –H. P. Gauff Ingenieure (Gauff), DOUE, C, núm. 300, de 11 de septiembre de 2017.

- 550. Asunto T-278/17: Auto del Tribunal General de 7 de julio de 2017 – Bank of New York Mellon/EUIPO – Nixen Partners (NEXEN), DOUE, C, núm. 300, de 11 de septiembre de 2017.**

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

- 551. Asunto C-379/16 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 24 de noviembre de 2016 – European Dynamics Luxembourg SA, European Dynamics Belgium SA, Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) (Recurso de casación – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Contratos públicos de servicios – Desarrollo de programas y servicios de mantenimiento – Interpretación errónea de las alegaciones y desnaturalización de los elementos de prueba presentados por la otra parte en el procedimiento ante el Tribunal General), DOUE, C, núm. 86, de 20 de marzo de 2017.**
- 552. Asunto C-564/16 P: Recurso de casación interpuesto el 7 de noviembre de 2016 por la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) contra la sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) dictada el 9 de septiembre de 2016 en el asunto T-159/15, Puma SE/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), DOUE, C, núm. 86, de 20 de marzo de 2017.**
- 553. Asunto C-634/16 P: Recurso de casación interpuesto el 7 de diciembre de 2016 por la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 28 de septiembre de 2016 en el asunto T-476/15, European Food SA/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 86, de 20 de marzo de 2017.**
- 554. Asunto C-644/16: Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos) el 15 de diciembre de 2016 – Synthon BV/Astellas Pharma Inc., DOUE, C, núm. 86, de 20 de marzo de 2017.**
- 555. Asunto C-342/16 P: Recurso de casación interpuesto el 17 de junio de 2016 por Novomatic AG contra la sentencia del Tribunal General (Sala Primera) dictada el 19 de abril de 2016 en el asunto T-326/14, Novomatic/EUIPO – Granini France (HOT JOKER), DOUE, C, núm. 95, de 27 de marzo de 2017.**
- 556. Asunto C-371/16 P: Recurso de casación interpuesto el 4 de julio de 2016 por L'Oréal SA contra la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) dictada el 28 de abril de 2016 en el asunto T-144/15: L'Oréal/EUIPO – THERALAB (VICHY LABORATOIRES V IDÉALIA), DOUE, C, núm. 95, de 27 de marzo de 2017.**

557. Asunto C-401/16 P: Recurso de casación interpuesto el 15 de julio de 2016 por Market Watch Franchise & Consulting Inc. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) dictada el 13 de mayo de 2016 en el asunto T-62/15, Market Watch/EUIPO – El CORTE INGLÉS (MITOCHRON), DOUE, C, núm. 95, de 27 de marzo de 2017.
558. Asunto C-402/16 P: Recurso de casación interpuesto el 15 de julio de 2016 por Market Watch Franchise & Consulting Inc. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) dictada el 13 de mayo de 2016 en el asunto T-312/15, Market Watch/EUIPO – GLAXO GROUP (MITOCHRON), DOUE, C, núm. 95, de 27 de marzo de 2017.
559. Asunto C-440/16 P: Recurso de casación interpuesto el 4 de agosto de 2016 por Staywell Hospitality Group Pty Ltd contra la sentencia del Tribunal General (Sala Novena) dictada el 2 de junio de 2016 en los asuntos T-510/14 y T-536/14, STAYWELL HOSPITALITY GROUP Y SHERATON INTERNATIONAL IP/EUIPO – SHERATON INTERNATIONAL IP Y STAYWELL HOSPITALITY GROUP (PARK REGIS), DOUE, C, núm. 95, de 27 de marzo de 2017.
560. Asunto C-641/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 16 de febrero de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Handelsgericht Wien – Austria) – Verwertungsgesellschaft Rundfunk GmbH/Hettegger Hotel Edelweiss GmbH (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Directiva 2006/115/CE – Artículo 8, apartado 3 – Derecho exclusivo de los organismos de radiodifusión – Comunicación al público – Lugares accesibles al público a cambio del pago de una cantidad en concepto de entrada – Comunicación de emisiones mediante aparatos de televisión instalados en las habitaciones de hotel), DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.
561. Asunto C-501/16 P: Recurso de casación interpuesto el 22 de septiembre de 2016 por Monster Energy Company contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 14 de julio de 2016 en el asunto T-429/15, Monster Energy/EUIPO – MAD CATZ INTERACTIVE (MAD CATZ), DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.
562. Asunto C-502/16 P: Recurso de casación interpuesto el 22 de septiembre de 2016 por Monster Energy Company contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 14 de julio de 2016 en el asunto T-567/15, Monster Energy/EUIPO – MAD CATZ INTERACTIVE (REPRESENTACIÓN DE UN CUADRADO NEGRO CON CUATRO RAYAS BLANCAS), DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.
563. Asunto C-275/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 1 de marzo de 2017 [petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) – Reino

Unido] – ITV Broadcasting Limited, ITV2 Limited, ITV Digital Channels Limited, Channel Four Television Corp., 4 Ventures Limited, Channel 5 Broadcasting Limited, ITV Studios Limited/TVCatchup Limited, TVCatchup (UK) Limited, Media Resources Limited (Procedimiento prejudicial – Directiva 2001/29/CE – Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información – Artículo 9 – Acceso al cable por parte de los servicios de radiodifusión – Concepto de «cable» – Retransmisión por un tercero a través de Internet de las emisiones de emisoras comerciales de televisión – «Live streaming»), DOUE, C, núm. 121, de 18 de abril de 2017.

564. Asunto C-576/16 P: Recurso de casación interpuesto el 14 de noviembre de 2016 por TVR Italia Srl contra el auto del Tribunal General (Sala Cuarta) dictado el 9 de septiembre de 2016 en el asunto T-277/16, TVR Italia/EUIPO – TVR Automotive (TVR ITALIA), DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
565. Asunto C-674/16 P: Recurso de casación interpuesto el 29 de diciembre de 2016 por Guccio Gucci SpA contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 11 de octubre de 2016 en el asunto T-753/15, Guccio Gucci SpA/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
566. Asunto C-675/16 P: Recurso de casación interpuesto el 29 de diciembre de 2016 por Guccio Gucci SpA contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 11 de octubre de 2016 en el asunto T-461/15, Guccio Gucci SpA/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
567. Asunto C-678/16 P: Recurso de casación interpuesto el 29 de diciembre de 2016 por Monster Energy Company contra la sentencia del Tribunal General (Sala Novena) dictada el 20 de octubre de 2016 en el asunto T-407/15, Monster Energy Company/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.
568. Asunto C-138/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 16 de marzo de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Handelsgericht Wien – Austria) – Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger registrierte Genossenschaft mbH (AKM)/Zürs.net Betriebs GmbH [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información – Directiva 2001/29/CE – Derecho de comunicación al público de obras – Artículo 3, apartado 1 – Excepciones y limitaciones – Artículo 5, apartado 3, letra o) – Difusión de programas de televisión mediante una red de cable local – Normativa nacional que establece excepciones para las instalaciones que permiten el acceso a un máximo de quinientos usuarios abonados y para la retransmisión de programas de la radiodifusión pública en el territorio nacional], DOUE, C, núm. 151, de 15 de mayo de 2017.

569. Asunto C-121/17: Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (Chancery Division) (Reino Unido) el 8 de marzo de 2017 – Teva UK Ltd, Accord Healthcare Ltd, Lupin Ltd, Lupin (Europe) Ltd, Generics (UK) Ltd (que opera con el nombre comercial de «Mylan»)/Gilead Sciences Inc., DOUE, C, núm. 151, de 15 de mayo de 2017.
570. Asunto C-527/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 26 de abril de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Midden-Nederland, Países Bajos) – Stichting Brein/Jack Frederik Wullems, que también actúa bajo el nombre de Filmspeler «Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual e industrial – Directiva 2001/29/CE – Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Artículo 3, apartado 1 – Comunicación al público – Concepto – Venta de un reproductor multimedia – Extensiones (add-ons) – Publicación de obras sin autorización del titular – Acceso a sitios de Internet de difusión en flujo continuo (streaming) – Artículo 5, apartados 1 y 5 – Derecho de reproducción – Excepciones y limitaciones – Uso lícito», DOUE, C, núm. 195, de 19 de junio de 2017.
571. Asunto C-176/16 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 6 de abril de 2017 – Proforec Srl/Comisión Europea (Recurso de casación – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Registro de las denominaciones de origen protegidas y de las indicaciones geográficas protegidas – Reglamento (UE) n.º 1151/2012 – Registro del nombre «Focaccia di Recco col formaggio (IPG)» – Inexistencia de interés en ejercitar la acción), DOUE, C, núm. 202, de 26 de junio de 2017.
572. Asunto C-625/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 8 de junio de 2017 – Schniga GmbH/Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales, Brookfield New Zealand Ltd, Alearis SNC [Recurso de casación – Protección comunitaria de las obtenciones vegetales – Solicitud de protección comunitaria – Variedad de manzana «Gala Schnitzer» – Examen técnico – Directrices de examen formuladas por el Consejo de Administración de la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales (OCVV) – Reglamento (CE) n.º 1239/95 – Artículo 23, apartado 1 – Facultades del Presidente de la OCVV – Inserción de un carácter distintivo tras el examen técnico – Estabilidad del carácter en dos ciclos de cultivo], DOUE, C, núm. 249, de 31 de julio de 2017.
573. Asunto C-610/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de junio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – Stichting Brein/Ziggo BV, XS4ALL Internet BV (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual e industrial – Directiva 2001/29/CE – Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines – Artículo 3, apartado 1 – Comunicación al público – Concepto – Plataforma de intercambio en



**línea – Intercambio de ficheros protegidos sin autorización del titular), DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.**

- 574. Asunto T-767/14: Sentencia del Tribunal General de 13 DE JULIO DE 2017 – Boomkwekerij van Rijn-de Bruyn/OCVV – Artevos (Oksana) [«Obtenciones vegetales – Protección comunitaria de obtención vegetal – Solicitud de protección comunitaria de obtención vegetal para la variedad de peras Oksana – Oposiciones – Desestimación de la solicitud por la Sala de Recurso de la OCVV – Artículo 10 del Reglamento (CE) n.º 2100/94 – Novedad de la variedad candidata – Inexistencia de prueba»], DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.**
- 575. Asunto C-367/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundespatentgerichts (Alemania) el 13 de junio de 2017 – S/EA y otros, DOUE, C, núm. 293, de 4 de septiembre de 2017.**

#### PROTECCIÓN DE DATOS

- 576. Asunto C-398/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 9 de marzo de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione – Italia) – Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce/Salvatore Manni [Procedimiento prejudicial – Datos personales – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de estos datos – Directiva 95/46/CE – Artículo 6, apartado 1, letra e) – Datos sujetos a publicidad en el registro de sociedades – Directiva 68/151/CEE – Artículo 3 – Liquidación de la sociedad afectada – Limitación del acceso de terceros a estos datos], DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.**

#### RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

- 577. Asunto T-40/15: Sentencia del Tribunal General de 17 de febrero de 2017 – ASPLA y Armando Álvarez/Unión Europea («Responsabilidad extracontractual – Precisión de la demanda – Prescripción – Admisibilidad – Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales – Plazo razonable de enjuiciamiento – Perjuicio material – Intereses correspondientes al importe de la multa no pagada – Gastos de garantía bancaria – Relación de causalidad»), DOUE, C, núm. 112, de 10 de abril de 2017.**
- 578. Asunto T-163/17: Recurso interpuesto el 14 de marzo de 2017 – Consorzio di Garanzia dell’Olio Extra Vergine di Oliva di Qualità/Comisión, DOUE, C, núm. 129, de 24 de abril de 2017.**
- 579. Asunto C-80/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal de Justiça (Portugal) el 14 de febrero de 2017 – Fundo de Garantia Automóvel/Alina Antónia Destapado Pão Mole Juliana, Cristiana Micaela Caetano Juliana, DOUE, C, núm. 144, de 8 de mayo de 2017.**

580. Asunto C-122/17: Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (Irlanda) el 9 de marzo de 2017 – David Smith/Patrick Meade, Philip Meade, FBD Insurance plc, Ireland, Attorney General, DOUE, C, núm. 151, de 15 de mayo de 2017.
581. Asunto C-138/17 P: Recurso de casación interpuesto el 17 de marzo de 2017 por la Unión Europea, representada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera ampliada) dictada el 10 de enero de 2017 en el asunto T-577/14, Gascogne Sack Deutschland y Gascogne/Unión Europea, DOUE, C, núm. 151, de 15 de mayo de 2017.
582. Asunto C-146/17 P: Recurso de casación interpuesto el 22 de marzo de 2017 por Gascogne Sack Deutschland GmbH y Gascogne S. A. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera ampliada) dictada el 10 de enero de 2017 en el asunto T-577/14, Gascogne Sack Deutschland y Gascogne/Unión Europea, DOUE, C, núm. 151, de 15 de mayo de 2017.
583. Asunto C-150/17 P: Recurso de casación interpuesto el 24 de marzo de 2017 por la Unión Europea, representada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera ampliada) dictada el 1 de febrero de 2017 en el asunto T-479/14, Kendrion/Unión Europea, DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
584. Asunto C-174/17 P: Recurso de casación interpuesto el 5 de abril de 2017 por Unión Europea, representada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera ampliada) dictada el 17 de febrero de 2017 en el asunto T-40/15, ASPLA y Armando Álvarez/Unión Europea, DOUE, C, núm. 161, de 22 de mayo de 2017.
585. Asunto C-337/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 4 de abril de 2017 – Defensor del Pueblo Europeo/Claire Staellen (Recurso de casación – Responsabilidad extracontractual de la Unión Europea – Tramitación por el Defensor del Pueblo Europeo de una reclamación relativa a la gestión de una lista de aptitud resultante de una oposición general – Incumplimiento de la obligación de diligencia – Concepto de infracción «suficientemente caracterizada» de una norma de Derecho de la Unión – Daño moral – Pérdida de confianza en la figura del Defensor del Pueblo Europeo), DOUE, C, núm. 168, de 29 de mayo de 2017.
586. Asunto C-106/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Szczecinie (Polonia) el 28 de febrero de 2017 – Paweł Hofsoe/LVM Landwirtschaftlicher Versicherungsverein Münster a. G., DOUE, C, núm. 202, de 26 de junio de 2017.
587. Asuntos acumulados T-425/15, T-426/15 y T-428/15: Sentencia del Tribunal General de 4 de mayo de 2017 – Schröder/OCVV – Hansson (SEIMORA) («Obtenciones vegetales – Solicitud de anulación de la protección comunitaria de las obtenciones vegetales

otorgada a la variedad SEIMORA – Solicitud de nulidad de la protección comunitaria de las obtenciones vegetales otorgada a la variedad SEIMORA – Solicitud de protección comunitaria de las obtenciones vegetales para la variedad SUMOST 02 – Composición de la Sala de Recurso de la OCVV – Principio de imparcialidad»), DOUE, C, núm. 202, de 26 de junio de 2017.

588. Asunto T-673/15: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2017 – Guardian Europe/Unión Europea («Responsabilidad extracontractual – Representación de la Unión – Prescripción – Cancelación de los efectos jurídicos de una resolución que ha adquirido firmeza – Precisión de la demanda – Admisibilidad – Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales – Plazo razonable de enjuiciamiento – Igualdad de trato – Perjuicio material – Pérdidas sufridas – Lucro cesante – Daño moral – Relación de causalidad»), DOUE, C, núm. 239, de 24 de julio de 2017.
589. Asunto C-587/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de junio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas – Lituania) – Lietuvos Respublikos transporto priemonių draudikų biuras/Gintaras Dockevičius, Jurgita Dockevičienė (Procedimiento prejudicial – Seguro de responsabilidad civil del automóvil – Accidente ocurrido en 2006 entre vehículos que tienen su estacionamiento habitual en Estados miembros distintos – Reglamento general del Consejo de Oficinas nacionales de seguros de los Estados miembros – Incompetencia del Tribunal de Justicia – Directiva 2009/103/CE – Inaplicabilidad *ratione temporis* – Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE y 2000/26/CE – Inaplicabilidad *ratione materiae* – Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Inaplicabilidad – Inexistencia de aplicación del Derecho de la Unión), DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
590. Asunto C-621/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 21 de junio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – N. W., L. W., C. W./Sanofi Pasteur MSD SNC, Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine, Carpimko (Procedimiento prejudicial – Directiva 85/374/CEE – Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos – Artículo 4 – Laboratorios farmacéuticos – Vacunación contra la hepatitis B – Esclerosis múltiple – Prueba del defecto de la vacuna y de la relación de causalidad entre el defecto y el daño sufrido – Carga de la prueba – Medios de prueba – Falta de consenso científico – Indicios sólidos, concretos y concordantes cuya apreciación incumbe al juez que conoce del fondo del asunto – Procedencia – Requisitos), DOUE, C, núm. 277, de 21 de agosto de 2017.
591. Asunto C-363/17 P: Recurso de casación interpuesto el 13 de junio de 2017 por Equipolymers Srl, M&G Polimeri Italia SpA y Novapet SA contra la sentencia del Tribunal General (Sala Primera) dictada el 5 de abril de 2017 en el asunto T-422/13, Committee of Polyethylene Terephthalate (PET) Manufacturers in Europe

(CPME) y otros/Consejo de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 283, de 28 de agosto de 2017.

592. Asunto C-368/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 13 de julio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Højesteret – Dinamarca) – Assens Havn/Navigators Management (UK) Limited [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) n.º 44/2001 – Competencia en materia de seguros – Normativa nacional que establece, en determinadas circunstancias, el derecho del perjudicado a ejercitar una acción judicial directamente contra el asegurador del responsable de un accidente – Acuerdo atributivo de competencia celebrado entre el asegurador y el autor del daño], DOUE, C, núm. 293, de 4 de septiembre de 2017.
593. Asunto C-340/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 20 de julio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft – KABEG/Mutuelles du Mans assurances – MMA IARD SA [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) n.º 44/2001 – Artículo 9, apartado 1 – Artículo 11, apartado 2 – Competencia judicial en materia de seguros – Acción directa de la persona perjudicada contra el asegurador – Acción del empleador de la persona perjudicada, un organismo público subrogado ex lege en los derechos de su trabajador, contra el asegurador del vehículo implicado – Subrogación], DOUE, C, núm. 300, de 11 de septiembre de 2017.



# BIBLIOGRAFÍA

## Revistas Extranjeras

**Remedios ARANDA RODRÍGUEZ (Universidad Carlos III de Madrid); María del Rosario DÍAZ ROMERO (Universidad Autónoma de Madrid), Alfredo FERRANTE (Universidad Alberto Hurtado [Chile]); Martín GARCÍA-RIPOLL (Universidad de Murcia); Sebastián LÓPEZ MAZA (Universidad Autónoma de Madrid); Alma M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN (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

ACHILLE, D.: «Metodo dell'interpretazione contrattuale e diritto effettivo», *RDC*, 2017, núm. 1, pp. 155-186.

Reflexiones sobre los métodos de interpretación en el ámbito contractual y su aplicación en la práctica según la causa del contrato, a propósito de la sentenza della Cass. N. 22343 del 22 ottobre 2014. (*M. R. D. R.*)

AFFERNI, G.: «Il diritto e l'economia: Ritorno al futuro», *CI*, 2017, núm. 1, pp. 38-47.

El artículo versa sobre la obra de *Guido Calabresi* titulada *The Future of Law and Economics*. En dicha monografía el autor profundiza en las diferencias existentes entre el método del Análisis Económico del Derecho y el método del Derecho y Economía (*Law & Economics*). En el primero de los métodos citados el derecho es un mero objeto de estudio de la economía. Las dos disciplinas no se encuentran en un plano de igualdad sino que la economía prevalece sobre el derecho. Por tanto, si la norma jurídica objeto de estudio no es coherente con el modelo económico del que se parte, el estudioso del Análisis Económico del Derecho llega de modo inmediato a la conclusión de que aquella norma debe ser reformada en cuanto se manifiesta ineficiente. Por el contrario, en el método del Derecho y Economía las ciencias jurídicas no constituyen un simple objeto de estudio, sino que se hallan en un plano de igualdad respecto a la economía. Así, si la norma jurídica no guarda corres-

pondencia con el modelo económico inicial, el estudio de este segundo método es llamado a modificar o ampliar el propio modelo económico antes de concluir la ineficiencia de la norma y aconsejar su reforma. Desde esta segunda perspectiva la complejidad del derecho contribuye a enriquecer los diferentes modelos económicos. (*Alma R. G.*)

ALPA, G.: «Giudici e legislatori», *CI*, 2017, núm. 1, pp. 1-10.

El artículo aborda el discutido valor de la jurisprudencia como fuente del derecho: en concreto se centra, por una parte, en las manipulaciones sobre los textos legales fruto de la aplicación de las técnicas interpretativas y creativas de la jurisprudencia y, por otra parte, en el diálogo complicado existente en la actualidad entre el legislador y el juez. (*Alma R. G.*)

BALESTRA, L.: «Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto», *RDC*, 2017, núm. 3, pp. 541-558.

Reflexiones sobre el principio que prohíbe el abuso del derecho y sus efectos en la práctica, especialmente en el ámbito tributario. (*M. R. D. R.*)

CAZZETTA, G.: «Abuso del diritto e forma di unità del giuridico», *RDC*, 2017, núm. 3, pp. 559-581.

El problema del abuso del derecho ante la crisis del Derecho Civil y la unidad del sistema jurídico italiano, en las sentencias judiciales. (*M. R. D. R.*)

GRONDONA, M.: «La lezione metodologica di *Guido Calabresi*», *CI*, 2017, núm. 1, pp. 48-56.

Este artículo versa sobre la obra de *Guido Calabresi* titulada *The Future of Law and Economics*, en la que este último estudia las diferencias existentes entre el método del Análisis Económico del Derecho y el método del Derecho y Economía (*Law & Economics*). El autor del presente artículo señala que dicha monografía ofrece una profunda lección sobre el método jurídico, tema que entre los civilistas italianos se encuentra en un momento de intenso debate por una serie de motivos, en particular, por la función progresivamente asumida por la jurisprudencia en el marco de las fuentes del derecho; función que conduce a plantearse también hoy en día el valor jurídico de las propias tesis doctrinales. (*Alma R. G.*)

## DERECHO DE LA PERSONA

BOUJEKA, A.: «La condition de durabilité dans la définition du handicap en droit de l' Union européenne», *RDS*, 2017, núm. 19, pp. 1101-1106.

Las reformas sobre discapacidad en el Derecho europeo han provocado la existencia de nuevos requisitos para su determinación. En este trabajo se estudia la duración como requisito conceptual. (*R. A. R.*)

FINOCCHIARO, G.: «Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati», *NLCC*, 2017, núm. 1, pp. 1-18.

Reflexión sobre el Reglamento UE 2016/679 y sus novedades, sobre protección de datos y derecho a la intimidad. Equilibrio de intereses y principios y criterios de razonabilidad, responsabilidad y riesgo. (*M. R. D. R.*)

DI LANDRO, A.: «La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli. Riflessioni sulla l. 22 giugno 2016, n. 112, in favore delle persone con disabilità grave», *NLCC*, 2017, núm. 1, pp. 47-77.

Reflexión sobre la ley 112/16 sobre medidas de tutela de personas con discapacidad grave y privadas del apoyo familiar: contratos de fiducia, medidas fiscales, fondos de asistencia, etc. (*M. R. D. R.*)

FIORAVANTI, C.: «Sul cognome della prole: nel perdurante silenzio del legislatore parlano le corti», *NLCC*, 2017, núm. 3, pp. 626-652.

Comentario a la sentencia Corte cost. 21 diciembre 2016 n. 286, sobre el régimen de los apellidos de los hijos en el derecho italiano, en especial sobre la posibilidad del cambio y posibles reformas. (*M. R. D. R.*)

GALLOUX, JHC/GAUMONT-PRAT, H.: «Droits et libertés corporels», *RDS*, 2017, núm. 14, pp. 781-792.

Crónica jurisprudencial sobre los derechos y libertades corporales en Francia. (*R. A. R.*)

GRANIERI, M.: «Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel Regl. UE 2016/679», *NLCC*, 2017, núm. 1, pp. 165-190.

Observaciones sobre la diferencia entre datos personales privados y de interés público y su tratamiento respecto del derecho de propiedad intelectual. (*M. R. D. R.*)

IURILLI, C.: «L'amministrazione di sostegno: poteri e funzioni in tema di giochi, scommesse e ludopatia», *DFP*, 2017, núm. 1, pp. 221-248.

El artículo se enmarca dentro de las formas de tutela adoptadas por los modernos sistemas jurídicos, en concreto, aborda la figura denominada «amministrazione di sostegno», que es una medida de apoyo para aquellas personas que, por efecto de una enfermedad o de una disminución física o psíquica, se encuentran en la imposibilidad de defender sus propios intereses. En particular, se estudia el citado instrumento como remedio a la ludopatía. (*Alma R. G.*)

MANTELERO, A.: «Responsabilità e rischio nel reg. UE 2016/679», *NLCC*, 2017, núm. 1, pp. 144-164.

Reflexión sobre el Reglamento UE 2016/679, de protección de datos personales, en especial sobre la noción, gestión y mitigación del riesgo. (*M. R. D. R.*)

MERCAT-BRUNS, M. J.: «Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline en droit privé», *RD*, 2017, núm. 5, pp. 224-230.

El principio de igualdad y no discriminación ha tenido una gran atención en los últimos años dados los acontecimientos sociales e internacionales ocurridos. Por ello, la autora analiza este derecho como el núcleo de una nueva rama dentro del Derecho privado. (*R. A. R.*)

MUSIO, A.: «La tolleranza nel diritto civile», *CI*, 2017, núm. 2, pp. 403-431.

Artículo que profundiza en los orígenes históricos y filosóficos del principio de tolerancia y su reconocimiento jurídico a nivel internacional y cons-



titucional. En concreto, estudia las manifestaciones de tal principio existentes en el Derecho Civil (un ejemplo claro es su juego tanto en las inmisiones en las relaciones de vecindad como en las relaciones familiares). Por último, se ocupa de la aplicación del principio de tolerancia por la jurisprudencia. (*Alma R. G.*)

PETERKA, N: «Seul le mandat de protection future mis à exécution prend fin par le placement en curatelle de la personne protégée», *SJ*, 2017, núm. 9, pp. 352-354.

Problemas de extinción de mandatos de autotutela previstos por la propia persona incapaz y su sustitución por la curatela. (*R. A. R.*)

PIRAINO, F.: «Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel Regl. UE 2016/679», *NLCC*, 2017, núm. 2, pp. 369-409.

Reflexión sobre la evolución, aplicación y efectos de la normativa de circulación de datos personales y los derechos de tutela de la persona. (*M. R. D. R.*)

RICCI, A.: «Sulla “funzione sociale” del diritto alla protezione dei dati personali», *CI*, 2017, núm. 2, pp. 586-612.

Artículo que pretende la reconstrucción de la afirmación de la función social y, por consiguiente, del carácter no absoluto del derecho a la protección de los datos personales ahora introducido por el Reglamento General sobre Protección de Datos Personales del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobado el 27 de abril de 2016. El autor del citado artículo pone de manifiesto el interés de esta nueva concepción del derecho a la protección de datos tan diferente de la concepción tradicional del ordenamiento italiano. (*Alma R. G.*)

THIENE, A.: «Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel Regl. UE 2016/679», *NLCC*, 2017, núm. 2, pp. 410-444.

Observaciones sobre el equilibrio de intereses entre la protección de datos personales como derecho de la personalidad y las exigencias del mercado. Medios de tutela y resarcimiento por tratamiento ilícito de los datos personales. (*M. R. D. R.*)

## PERSONA JURÍDICA

FUSARO, A.: «Le organizzazioni a scopo non lucrativo nella *Law and Economics*», *CI*, 2017, núm. 1, pp. 57-66.

Las organizaciones sin ánimo de lucro han sido siempre el centro de un rico debate jurídico, económico y sociológico. El presente artículo versa sobre las instituciones *non profit* basadas en el altruismo y la beneficencia, estudiadas en la obra de *Guido Calabresi* titulada *The Future of Law and Economics*. Este último se plantea, tomando como punto de partida la afirmación sostenida por muchos economistas, si el comportamiento altruista es un modo eficiente de obtención de alguna ventaja; en particular, si las instituciones *non profit* prestan bienes o servicios con los mismos costes que las entidades que poseen un fin egoísta. (*Alma R. G.*)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ACHILLE, D.: «Metodo dell'interpretazione contrattuale e diritto effettivo», *RDC*, 2017, núm. 1, pp. 155-186.

Reflexiones sobre los métodos de interpretación en el ámbito contractual y su aplicación en la práctica según la causa del contrato, a propósito de la sentenza della Cass. N. 22343 del 22 ottobre 2014. (*M. R. D. R.*)

ALBANESE, A.: «Le polizze *linked* tra assicurazione sulla vita e prodotti finanziari», *NGCC*, 2016, núm. 12, pp. 1569-1578.

Comentario a la sentencia del tribunal de Apelación de Milán, que aborda la figura de las pólizas *unit linked* e *index linked*, ubicadas entre el contrato de seguro de vida y los productos financieros. En el contrato de seguro de vida el riesgo del cumplimiento es asumido por la compañía aseguradora, mientras que en las pólizas *unit linked* e *index linked* está a cargo del asegurado. Los tribunales han sostenido, en relación con los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la ley de 28 de diciembre de 2005 n. 262 y del decreto legislativo de 29 de diciembre de 2006 n. 303, que la compañía aseguradora tiene un deber de comportarse de acuerdo con la buena fe durante los tratos preliminares (artículo 1337 del Código Civil) y que, por tanto, a las citadas pólizas, en cuanto tienen un mayor componente financiero y una más débil composición de carácter asegurador, se les ha de aplicar la normativa existente en materia de intermediación financiera. (*Alma R. G.*)

ANTIPPAS, J.: «Regards comparatistes internes sur la cession conventionnelle de contrat», *RTDC*, 2017, núm. 1, pp. 43-75.

A pesar del reconocimiento de la cesión del contrato como figura jurídica en la ordenanza de 2016, los problemas jurídicos sobre la figura no han desaparecido. En el Derecho público, se ha utilizado mucho, pero no así en el Derecho privado. En este estudio se ve la interconexión entre los estudios de Derecho público y privado sobre la figura. (*R. A. R.*)

ANZANI, G.: «Illeciti tra familiari e adattamento della responsabilità civile: “la responsabilità da ingiustizia in una relazione qualificata”», *DFP*, 2017, núm. 2, pp. 597-621.

La reciente admisión jurisprudencial de los ilícitos entre miembros de una familia, de los que deriva el resarcimiento tanto de los daños patrimoniales como de los no patrimoniales causados, ha quebrado la tradicional exclusión en el ordenamiento italiano de la responsabilidad aquiliana del ámbito de la familia. (*Alma R. G.*)

ASTONE, A.: «Il danno tanatologico (una controversa ricostruzione)», *DFP*, 2017, núm. 1, pp. 191-220.

El artículo aborda la problemática del resarcimiento del daño por la pérdida de la vida y la cuantificación de dicho daño. En particular, se plantea, primero, las razones por las que en la actualidad no se considera que el hecho de la muerte por acto ilícito de un tercero sea un daño moral indemnizable y, segundo, si los herederos podrían estar legitimados para reclamar el resarcimiento del daño tanatológico. (*Alma R. G.*)

BASCOULERGUE, A.: «Réparation d'un préjudice de perte de chance et condamnation in solidum», *SJ*, 2017, núm. 18, pp. 855-857.

Pérdida de oportunidad y daños producidos. Reparación del daño con una condena *in solidum*. (R. A. R.)

BATTELLI, E.: «*Interpretatio contra proferentem* e trasparenza contrattuale», *CI*, 2017, núm. 1, pp. 194-232.

Artículo que versa sobre la regla de la *interpretatio contra proferentem*, en concreto, sobre la *ratio* de la norma y los límites de su aplicabilidad. Igualmente analiza el principio del «*clare loqui*» y el principio de transparencia de las cláusulas contractuales en relación con la protección del contratante más débil. (Alma R. G.)

BONARDI, I./ALIX, M.P.: «L'assurance dommages-ouvrages et ses tourments: rien ne sert de courir, il faut partir á temps», *RDI*, 2017, núm. 7, pp. 332-338.

Dentro del contrato de obra uno de los elementos más importantes es el seguro de responsabilidad y daños en la construcción. En este estudio se analizan los aspectos más controvertidos de la figura. (R. A. R.)

BONNEAU, T.: «Les clauses indexant le montant du prêt sur le Franc suisse sont-elles faire l'objet d'une mise en garde?», *SJ*, 2017, núm. 19-20, pp. 918-923.

Los graves problemas planteados sobre los contratos de préstamos y el carácter abusivo de las cláusulas sobre el tipo de interés y su cálculo no se han apreciado en el ámbito del Derecho suizo. El autor analiza aquí el tema. (R. A. R.)

BORGHETTI, JS.: «Le délai de prescription applicable aux recours entre producteurs coresponsable du dommage causé par le défaut de sécurité d'un produit», *SJ*, 2017, núm. 17, pp. 805-807.

El cómputo del plazo de prescripción aplicable al productor responsable de los daños causados por un producto defectuoso. (R. A. R.)

— «Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile: présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017», *RDS*, 2017, núm. 14, pp. 770-777.

En materia de responsabilidad civil se tiende a una reforma acorde con los intentos normativos europeos de una normativa común. Aquí se analiza el proyecto de reforma de 13 de marzo de 2017. (R. A. R.)

BOUQUET, V./FOUASSIER, E.: «Le projet de réforme de la responsabilité civile et les produits de santé», *RDS*, 2017, núm. 15, pp. 834-839.

La reforma del derecho de daños no sólo afecta a la responsabilidad civil, sino también a otros aspectos como a los productos relativos a la salud. Los autores de este estudio analizan la situación normativa con la nueva reforma. (R. A. R.)

CALVO, R.: «La decontrattualizzazione della responsabilità sanitaria», *NLCC*, 2017, núm. 3, pp. 453-479.

Reflexión sobre la responsabilidad sanitaria como obligación de medios y de resultado y los medios de prueba tras la producción del daño. La *ratio* del artículo 2236 del Codice Civile. (M. R. D. R.)

CARMODY TILLEY, C.: «Tort Law Inside Out», *Yale L. J.*, 2017, vol. 126, núm. 5 (marzo), pp. 1320-1406.

La autora, mediante una relectura del *Restatement of Tort*, intenta cambiar el enfoque del análisis del derecho de daños. Afirma la necesidad de realizar un examen introspectivo, huyendo de la visión clásica que ha sostenido que éste se ocupa principalmente de la asignación eficiente de los recursos o de la justicia moral (perspectiva externa analizada hasta ahora). Para la autora, en cambio, es la comunidad la que llega a ser su núcleo principal, su razón de ser. En este sentido, el Derecho de daños sería un vehículo mediante el cual la comunidad reexamina y comunica permanentemente sus valores, alentando a los individuos a coordinar sus relaciones privadas. La moralidad y la asignación eficiente de los recursos son manifestaciones complementarias del propósito más amplio y principal: construir una comunidad. (A. F.)

CARVAL, S.: «Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile», *SJ*, 2017, núm. 15, pp. 706-707.

Actualmente Francia está inmersa en la reforma de la responsabilidad civil o derecho de daños. El proyecto es objeto de numerosos estudios, entre ellos éste. (R. A. R.)

CERDONIO, G.: «Responsabilità per fatto degli ausiliari e incarico contrattuale diretto al medico. Il dubbio ruolo della casa di cura privata», *RDC*, 2017, núm. 2, pp. 489-507.

Observaciones sobre la aplicación de la normativa de responsabilidad sanitaria respecto de las obligaciones de los auxiliares médicos. (M. R. D. R.)

CHARBONNEAU, C.: «De la reception par lots dans les contrats des louage d'ouvrage», *RDIm*, 2017, núm. 5, pp. 224-228.

Problema de la recepción de la obra cuando se realiza en distintas fases. (R. A. R.)

CHONÉ-GRIMALDI, AS.: «Le projet de réforme de la responsabilité civile: observations article par article», *GP*, 2017, núm. 23, pp. 18 y ss.

Estudio de la autora junto con otros colegas del proyecto de reforma de responsabilidad civil en Francia. (R. A. R.)

COCUCCIO, M.: «Responsabilità patrimoniale, tutela della persona e patrimoni separati», *DFP*, 2017, núm. 2, pp. 503-519.

Artículo que profundiza en la figura de la responsabilidad patrimonial como garantía del acreedor y en la figura de los patrimonios separados en cuanto garantía del deudor. (Alma R. G.)

DI LANDRO, A.: «La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli. Riflessioni sulla l. 22 giugno 2016, n. 112, in favore delle persone con disabilità grave», *NLCC*, 2017, núm. 1, pp. 47-77.

Reflexión sobre la ley 112/16 sobre medidas de tutela de personas con discapacidad grave y privadas del apoyo familiar: contratos de fiducia, medidas fiscales, fondos de asistencia, etc. (*M. R. D. R.*)

DI SABATO, D.: «Gli *smart contracts*: robot che gestiscono il rischio contrattuale», *CI*, 2017, núm. 2, pp. 378-402.

Artículo dedicado al uso de los denominados *smart contracts*: contratos que vienen traducidos en programas informáticos y que, a través de estos, se autoejecutan. Por otra parte, también se ocupa de la urgencia de la promulgación de una normativa civil sobre robótica y, a raíz de ello, analiza la resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017. (*Alma R. G.*)

DONAL, N.: «Rights, Damage and Loss», *Oxford J. Legal Stud.*, 2017, vol. 33, núm. 2 (summer), pp. 255-275.

Daño y pérdida son dos términos diferentes: el derecho a no sufrir pérdida es conceptualmente imposible de definir; el concepto de daño es un componente necesario para forjar una concepción plausible de la negligencia basada en los derechos. Éstos son algunos argumentos del autor que, en su trabajo, interrelaciona los conceptos de derechos, pérdida y daños, a partir del patrón de la negligencia. (*A. F.*)

FAUVARQUE-COSSON, B.: «Première influence de la réforme du droit des contrats: À propos de la nullité - relative ou absolue - du mandat de l'agent immobilier», *RDS*, 2017, núm. 14, pp. 793-799.

La aplicación de la nueva normativa sobre el contrato de mandato inmobiliario trae importantes diferencias con la situación anterior sobre las consecuencias de la nulidad del contrato. El autor lo analiza en este estudio. (*R. A. R.*)

FRENDA, D.: «Adempimento o risarcimento in forma specifica», *RDC*, 2017, núm. 1, pp. 276-309.

Reflexiones sobre el cumplimiento, resarcimiento y ejecución en forma específica en el ámbito de la responsabilidad contractual y los medios de cuantificación del daño. (*M. R. D. R.*)

KARILA, JP.: «Faute dolosive du constructeur permettant à la victime de s'affranchir de la forclusion décennale: violation délibérée du constructeur, même sans intention de nuire, par dissimulation ou fraude, de ses obligations contractuelles», *SJ*, 2017, núm. 16, pp. 760-761.

Dolo en el constructor de una obra y los problemas para la víctima. La acción decenal. (*R. A. R.*)

KÖTZ, H.: «Deliktshaftung für selbständige Unternehmer», *ZEuP*, núm. 2, 2017, pp. 283-309.

El artículo de este auténtico especialista en responsabilidad civil discute las normas sobre responsabilidad extracontractual cuando un empresario contrata a personal independiente. ¿Cómo distinguen los sistemas legales europeos entre contratantes independientes y empleados? ¿Bajo qué condiciones es el empresario responsable de los daños causados por contratantes independientes? ¿Deberían ser cambiadas las reglas actualmente vigentes o sustituidas por un sistema de responsabilidad empresarial en todo caso? (*M. G.-R.*)

LARDEUX, G.: «Le droit à la preuve: tentative de systématisation», *RTDC*, 2017, núm. 1, pp. 1-26.

El derecho a la prueba como derecho de todo litigante en un procedimiento para su defensa ha presentado numerosas cuestiones recientemente. Básicamente en lo relativo a su choque con el derecho a la intimidad, cuando se trata de secretos profesionales. El autor ante este conflicto se plantea la posibilidad de una sistematización, al menos provisional, para su mantenimiento. (*R. A. R.*)

LASSERRE CAPDEVILLE, J.: «Absence d'obligation d'information du banquier à l'égard du donneur d'aval», *GP*, 2017, núm. 21, pp. 14 y ss.

Tras los problemas contractuales de cláusulas abusivas y la necesidad de información en los contratos de préstamos, el autor analiza la no obligatoriedad de información del banco frente al avalista por no responder como el prestatario. (*R. A. R.*)

LEUSCHNER, L.: «Grenzen der Vertragsfreiheit im Rechtsvergleich. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Grenzen der Vertragsfreiheit am Beispiel haftungsbeschränkender Vertragsklauseln im deutschen, französischen, englischen, österreichischen und schweizerischen Recht», *ZEuP*, núm. 2, 2017, pp. 335-372.

Estudio comparado sobre la libertad contractual, tomando como ejemplo las cláusulas contractuales que limitan la responsabilidad en los derechos alemán, francés, inglés, austriaco y suizo, dando especial importancia a la contratación entre empresas. El autor pone de manifiesto que la legislación europea y la interna de los Estados da gran relevancia a la contratación entre empresarios y consumidores, pero apenas a la contratación entre empresas, menos aún en el ámbito internacional. (*M. G.-R.*)

LONGOBUCCO, F.: «Mutamenti convenzionali del regime legale dell'inadempimento: profili sistematici e ricostruttivi», *CI*, 2017, núm. 1, pp. 170-193.

Artículo que estudia la cláusula contractual de exoneración y de limitación de la responsabilidad civil: control constitucional y juego de la autonomía de la voluntad de las partes. (*Alma R. G.*)

LUCIFERO, N.: «La responsabilità per le informazioni al consumatore di alimenti tra regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi», *CI*, 2017, núm. 2, pp. 466-502.

Artículo que se ocupa de la estructura del mercado de los productos alimentarios y de la tutela del consumidor a partir de instrumentos jurídicos privados y públicos. Analiza tanto la información que se proporciona al consumidor en este sector teniendo en cuenta objetivos de seguridad, deberes de información y lealtad comercial, como la responsabilidad del empresario derivada de tal información. Termina concluyendo que la prevención y la precaución se presentan como las reglas del ordenamiento más adecuadas para el ámbito alimenticio. (*Alma R. G.*)

MANTELERO, A.: «Responsabilità e rischio nel reg. UE 20167679», *NLCC*, 2017, núm. 1, pp. 144-164.

Reflexión sobre el Reglamento UE 2016/679, de protección de datos personales, en especial sobre la noción, gestión y mitigación del riesgo. (M. R. D. R.)

MARTENS, S. A. E.: «Methodenfragen und die Behandlung von Grundlagens-törungen im Europäischen Privatrecht», *ZEuP*, núm. 3, 2017, pp. 600-624.

Interesante trabajo sobre la causa o el fundamento del negocio. En primer lugar, el autor se ocupa de cuestiones de método, poniendo de manifiesto que, aunque se suele decir que el Derecho anglosajón es inductivo y el continental deductivo, esto no es del todo cierto. Pues las normas del Derecho continental se basan en la casuística de las fuentes romanas, redescubierta en la Edad Media.

El autor aplica ese método casuístico a la teoría de la base del negocio, refiriéndose al origen de la cláusula *rebus sic stantibus* y a su desarrollo posterior por BARTOLO y BALDO. Sin embargo, más tarde, fue criticada por ALCIATO, que acercó este problema al del error en el contrato. Por su parte, LESIUS entendió que existía un fundamento común al error en el fundamento negocial y al cambio en el fundamento del negocio, que era lo que llamó una *conditio tacita*, lo que permitía una revocación del negocio. También en Derecho inglés se habla de condición implícita en los casos de error y frustración del contrato. Finalmente, con la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, de 2002, el § 313 BGB introdujo la teoría del fundamento del negocio. (M. G.-R.)

MAZEAUD, D.: «Relativité de la faute contractuelle, le retour ?», *RDS*, 2017, núm. 18, pp. 1036-1039.

La reforma de la responsabilidad civil en Francia trae importantes cuestiones. Una de ellas es la relativa a la culpa contractual ¿Debe tener carácter relativo como en el pasado? (R. A. R.)

— «Le régime de l'action en responsabilité extracontractuelle du tiers victime: la résistance se précise», *GP*, 2017, núm. 24, pp. 14 y ss.

Estudio a propósito de las decisiones jurisprudenciales de la Corte de casación civil, sección tercera, en correspondencia con la corte de casación mercantil y la sección primera de la casación civil. (R. A. R.)

NEYRET, L.: «La consécration du préjudice écologique dans le code civil», *RDS*, 2017, núm. 17, pp. 924-930.

El daño mediambiental o ecológico siempre ha estado fuera del Código civil, dada su novedad en el Derecho privado. No obstante, con la inminente reforma se ha previsto su inclusión. En este estudio se analiza este fenómeno. (R. A. R.)

OLIVIERO, F.: «La revocatoria semplificata degli atti gratuiti: profili problematici (dl. N. 83/15; d.l. n. 59/16)», *NLCC*, 2016, núm. 6, pp. 1181-1232.

Análisis de los decretos legislativos sobre medidas para evitar el cumplimiento de actos gratuitos: acción pauliana y acción revocatoria de actos gratuitos. Análisis del artículo 2929 bis CC y de las situaciones del deudor, acreedor y tercer adquirente de bienes enajenados en situación de indisponibilidad por ser objetos debidos en actos gratuitos. Medidas protectoras para el acreedor. (M. R. D. R.)

PAISANT, G.: «La Cour de cassation refuse au locataire d'un bail d'habitation le bénéfice de la courte prescription du Code de la consommation», *SJ*, 2017, núm. 10, pp. 415-417.

Estudio de la sentencia de casación civil negando la consideración de consumidor al titular de un arrendamiento de habitación. (*R. A. R.*)

— «La directive 1999/44 CE sur le garanties dans les ventes de biens de consommation vise aussi l'intermédiaire professionnel qui se donne les apparences du vendeur», *SJ*, 2017, núm. 5, pp. 207-210.

Extensión de los sujetos afectados en la Directiva de garantía de venta de bienes de consumo, no sólo al vendedor, sino también al intermediario profesional considerado como tal también. (*R. A. R.*)

PERTEK, J.: «La prestation de services ne permet pas aux avocats d'empiéter une activité légitimement réservée aux notaires», *SJ*, 2017, núm. 16, pp. 774-777.

Imposibilidad de intromisión en los servicios jurídicos del notario por parte de los abogados. Límites de la actividad de uno y otro como prestación de servicios. (*R. A. R.*)

POILLOT, E.: «Le contrôle de la transparence matérielle des clauses portant sur l'objet du contrat: une nouvelle arme en matière de lutte contre les clauses abusives», *RDS*, 2017, núm. 19, pp. 1096-1101.

Durante años estamos asistiendo, en los contratos bancarios, a la aparición de una gran cantidad de cláusulas abusivas. El autor analiza aquí el tema de la transparencia material, y su control para detectar estas cláusulas en el contrato. (*R. A. R.*)

PONZANELLI, G.: «*Medical malpractice*: La legge Bianco-Gelli», *CI*, 2017, núm. 2, pp. 356-363.

Artículo que analiza la reciente intervención del legislador italiano que fija una serie de principios y reglas nuevas en el ámbito de la responsabilidad médica a partir de los defectos que siempre han caracterizado este sector: los excesos de responsabilidad y de resarcimiento y los defectos de seguro y de *risk management*. (*Alma R. G.*)

REALI, A.: «I trust, gli atti di assegnazione di beni in trust e la Convenzione dell'Aja, parte prima: I principi generali», *RDC*, 2017, núm. 2, pp. 398-442.

Observaciones sobre la figura del *trust* en Italia y el Convenio de la Haya, con mención de su tratamiento en el *Common Law*. (*M. R. D. R.*)

REALI, A.: «I trust, gli atti di assegnazione di beni in trust e la Convenzione dell'Aja, parte seconda: Le regole giuridiche operative», *RDC*, 2017, núm. 3, pp. 608-630.

Observaciones sobre la figura del *trust* en Italia y el Convenio de la Haya, con especial referencia a la capacidad hereditaria, herederos y tutela de legitimarios. (*M. R. D. R.*)



STAMM, J.: «Die Auflösung der Drittschadensliquidation im Wege der Gesamtschuld. Ein Beitrag zur Konkretisierung der zivilrechtlichen Gefahrenbegriffe in Geflecht des Leistungsstörungsrechts», *AcP*, núm. 2, 2017, pp. 165-204.

En Derecho alemán se habla de *Drittschadensliquidation* para referirse a supuestos en que un tercero perjudicado por el incumplimiento de un contrato entre otros dos sujetos, puede pretender que la parte cumplidora ejerza la acción para reclamar los daños que ha sufrido el tercero (liquidación de los daños del tercero). Esta acción se encuentra en relación con la tipicidad que existe en materia de responsabilidad extracontractual.

Ejemplos típicos de esta situación son la representación indirecta, el negocio de comisión o la venta con traslado de la mercancía por un tercero. Así, el § 447 BGB establece que «Si el vendedor envía, a instancias del comprador, la cosa vendida a otro lugar fijado como lugar de cumplimiento, el riesgo recae sobre el comprador, en la medida en que el vendedor ha entregado la cosa al transportista o a otra persona o institución encargada de la ejecución del transporte». Si la cosa se pierde por culpa del transportista, la prestación se hace imposible para el vendedor (§ 275 BGB), y el comprador no tiene acción contra el transportista porque no existe una relación contractual con el mismo. Entonces, el comprador puede exigir al vendedor que le ceda las acciones que tiene contra el transportista (§ 285 BGB).

El TS alemán ha extendido esta figura al arrendamiento con frutos (*Pacht*) y el autor se plantea si no sería mejor conceder un crédito solidario contra el incumplidor. (*M. G.-R.*)

STEIN, A.: «The Domain of Torts», *Colum. L. Rev.*, 2017, vol. 117, n. 3 (abril), pp. 535-611.

Fascinante artículo que intenta desmontar la visión predominante en la doctrina, por la cual la responsabilidad es impulsada por los daños y no por beneficios, planteando que no se impondrá responsabilidad si el beneficio de la actividad es mayor que el daño esperado. Centrándose en el derecho norteamericano, el autor identifica dos finalidades diferentes de la responsabilidad, dependiendo si se trata del ámbito privado o público. Al operar en el primero, se buscará la equidad y la justicia correctiva, mientras que en el segundo, el sistema tiende a la seguridad y aplica reglas que minimizan el coste total de los accidentes buscando eficiencia. En el caso de beneficio público, por lo tanto, el derecho de daños adopta un enfoque estrictamente utilitario y se concentra en minimizar la suma de los costos de accidentes y costos de prevención, lo que tal vez comporta exponer a la víctima a un daño cuando el beneficio público es mayor del perjuicio provocado a ésta. En cambio, en el caso de protección de un beneficio privado se excluye el análisis costo-beneficio y se favorecen los principios de reciprocidad e igualdad, lo que implica, por parte del sistema, un desaliento en la producción de beneficios privados, aun cuando sean económicamente más valiosos que la seguridad de la víctima. (*A. F.*)

STURLÈSE, B.: «Plaidoyer pour un revirement circonscrit de la jurisprudence trentenaire sur la nullité absolue du mandat immobilier affecté d'irrégularité formelle», *SJ*, 2017, núm. 12, pp. 538-545.

Estudio jurisprudencial sobre la nulidad del mandato inmobiliario por irregularidades formales. (*R. A. R.*)

TAGLIASACCHI, E.: «Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: “looking back, thinking forward”», *CI*, 2017, núm. 1, pp. 233-255.

Con la sentencia del Tribunal italiano de Casación de 12 de julio de 2016 n. 14188, dicho tribunal ha vuelto a ocuparse de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, cuestión de gran relevancia, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, que representa sin duda uno de los grandes temas clásicos del derecho civil. Dicho pronunciamiento judicial da un giro hacia la consideración de tal clase de responsabilidad como contractual. (*Alma R. G.*)

TETARD, S.: «Les restitutions dans le nouvel article 1352-4 du code civil (ou les risques de la simplification)», *RDS*, 2017, núm. 14, pp. 777-780.

La reforma de la responsabilidad civil influye en toda la normativa anterior del código civil. En este punto, el autor analiza el tema de la restitución de los daños y los posibles riesgos de una excesiva simplificación. (*R. A. R.*)

THOMALE, CH./ZIMMERMANN, A. S.: «Der Vorrang der Leistungsbeziehung – eine rechtsrealistische und rechtsdogmatische Kritik», *AcP*, núm. 2, 2017, pp. 246-293.

El § 812 BGB establece que «Quien recibe algo sin una razón jurídica (*ohne rechtlichen Grund*) mediante la prestación de otra persona o por otro medio y a su costa, está obligado frente a él a la restitución». Si se observa, el § distingue entre la recepción mediante prestación o por otro medio. El deber de restituir mediante prestación se llama *condicio* por prestación (*Leistung*), mientras que, si el enriquecimiento se obtuvo *por otro medio*, la doctrina habla de *condicio* por intromisión (*Eingriff*; ej., ocupar la casa de otro sin contraprestación, vender un bien de otro sin autorización cuando el adquirente es de buena fe), por gastos (*Verwendung*, como cuando se hacen mejoras en una cosa que se cree propia) o de regreso (p. ej., el acreedor de la *condicio* paga la deuda de un tercero).

Cuando, en caso de conflicto, puedan entrar en juego diferentes *condiciones*, la doctrina común en Alemania es que la *condicio* por prestación es preferente a las restantes. Veamos un ejemplo (DORN, *Repetitorium Gesetzliche Schuldverhältnisse*, Merkblatt 5): El constructor B solicita del empresario H ciertos materiales de construcción para la edificación del comitente C, los que H entrega en el lugar de edificación. Aquellos materiales son inmediatamente empleados en la construcción y, conforme al § 946 BGB, se convierten en propiedad de C. Por tanto, hay prestación en la relación B-C; no hay prestación, sino enriquecimiento *por otro medio* en la relación H-C.

Conforme a la doctrina general, el principio básico es la preferencia de la *condicio* de prestación o, dicho de otro modo, de la subsidiariedad de la *condicio* que no es de prestación. Una *condicio* que no es de prestación solo se aplica cuando el objeto del enriquecimiento no ha sido prestado al enriquecido en absoluto, por nadie. Además, según la doctrina dominante, la determinación de quién es el prestador se juzga desde la perspectiva del enriquecido (horizonte del receptor).

En el ejemplo propuesto, lo anterior significa esto: Desde el punto de vista de C, el prestador era B; se excluye, por tanto, una acción de enriquecimiento conforme al § 951 («Quien a consecuencia de los preceptos de los §§ 946 a 950 –accesión, conmixción, adjunción y especificación– sufre una

pérdida jurídica, puede exigir una satisfacción en dinero de aquel en cuyo beneficio se produce la modificación jurídica, conforme exigen los preceptos sobre devolución de un enriquecimiento injusto»).

Los autores del estudio que aquí se comenta discuten la tesis mayoritaria de que la *condicio* de prestación sea preferente. (*M. G.-R.*)

VISINTINI, G.: «Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica», *CI*, 2017, núm. 2, pp. 335-355.

Artículo sobre el régimen jurídico específico aplicable a la responsabilidad precontractual y sobre la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. En particular, se centra en el estudio del giro que ha dado el Tribunal Supremo italiano con su sentencia de 12 de julio de 2016 n. 14188, que se ha pronunciado en contra de la tesis doctrinal mayoritaria que sostiene la naturaleza extracontractual de la responsabilidad precontractual. (*Alma R. G.*)

ZOLOMIAN, M.: «Les “cautions, avals et garanties” à l’aune de la réforme des contrats», *RD*, 2017, núm. 4, pp. 175-180.

La reforma de los contratos tras la ordenanza de 2016 ha traído importantes consecuencias y modificaciones en materia de fianzas y garantías personales. El autor analiza estos puntos en el presente estudio. (*R. A. R.*)

#### DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

AUBIN-BROUTÉ, R.J.: «La compensation collective ou le Janus de la protection des espaces agricoles», *RDI*, 2017, núm. 9, pp. 388-394.

Los daños en los terrenos agrícolas deben compensarse. Cuando son de muchas personas por agentes extraños debe realizarse una compensación colectiva. (*R. A. R.*)

AZZI, T.: «Open data et propriété intellectuelle», *RDS*, 2017, núm. 11, pp. 583-592.

Las bases de datos y las nuevas formas de publicación mediante internet han provocado novedades en el derecho de autor y en la propiedad intelectual en general. El autor analiza el tema en este trabajo. (*R. A. R.*)

BRIZZOLANI, V.: «La rinuncia alla proprietà immobiliare», *RDC*, 2017, núm. 1, pp. 187-221.

Reflexiones sobre la figura del abandono de la propiedad inmobiliaria desde el derecho histórico hasta el actual y en comparación a su tratamiento en el common law: abandono de la posesión, renuncia al derecho de propiedad en sus diferentes figuras. (*M. R. D. R.*)

CASCIONE, C. M.: «Diritto d’autore ed enti di gestione collettiva nella prospettiva dell’art. 1 Primo Protocollo Conv. eur. dir. uomo», *NGCC*, 2016, núm. 12, pp. 1606-1615.

Comentario sobre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de julio de 2016, que ha resuelto un recurso interpuesto por una asociación sin ánimo de lucro que gestiona los derechos de autor de varios

artistas, en el que se alegaba la vulneración del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del artículo 1 del Primer Protocolo adicional del convenio. El tribunal en dicha sentencia ha reiterado la legitimación activa de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual en caso de violaciones de derechos de autor. (*Alma R. G.*)

CHIANALE, A.: «L'attualità dell'ipoteca mineraria», *RDC*, 2017, núm. 1, pp. 222-275.

Vuelta a la actualidad de la hipoteca sobre concesiones de minería como garantía de créditos. Análisis de su adecuación a diferentes supuestos de explotación de recursos mineros y naturales. (*M. R. D. R.*)

CONTALDO, A./PELUSO, F.: «La riforma della disciplina giuridica dell'editoria anche alla luce delle recenti novità legislative», *NGCC*, 2016, núm. 12, pp. 589-630.

Análisis de la normativa italiana dictada recientemente relativa a la reforma de la empresa editorial y a su debatida exclusión o no de la financiación pública. (*Alma R. G.*)

CUOMO, P.: «Cotitolarità di diritti di proprietà industriale tra comunione e contratti associativi», *RDC*, 2017, núm. 1, pp. 33-66.

Problemas teóricos y prácticos en relación a la figura jurídica de cotitularidad de derechos de propiedad industrial y sus incidencias en el régimen de la empresa y de sociedades en el ámbito del derecho civil y antitrust. (*M. R. D. R.*)

DAMMAN, R.: «Clarification de la notion de "droit réel" de l'article 5 du règlement CE 1346/2000», *RDS*, 2017, núm. 15, pp. 852-860.

A propósito de la novedosa concepción del derecho real en el reglamento 1346/2000 de la Unión Europea. (*R. A. R.*)

DE VITA, F.: «La ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare: un nuovo strumento per l'effettività della tutela giurisdizionale», *NLCC*, 2017, núm. 1, pp. 78-99.

Función, modelos, ámbito de aplicación y normativa transitoria sobre la posibilidad de los jueces de realizar investigación telemática de bienes para embargar. (*M. R. D. R.*)

FARINA, M.: «Contrattazione prelliminare e produzione dell'effetto reale», *RDC*, 2017, núm. 2, pp. 508-534.

Posición de la jurisprudencia italiana respecto de los efectos jurídico reales, especialmente el traslativo, de los tratos preliminares en la negociación contractual. (*M. R. D. R.*)

FERVERS, M.: «Die Bösgläubigkeit des Besitzers im Rahmen des § 990 Abs. 1 S. 1 BGB – immer § 932 Abs. 2 BGB?», *AcP*, 2017, núm. 1, pp. 34-60.

Conforme al § 985 BGB, el dueño de una cosa puede reclamársela al poseedor. Y, de acuerdo con el § 990, si el poseedor era de buena fe responde ante el dueño como el poseedor de mala fe desde la litispendencia (§§ 987 y 989). Es decir, ha de restituir todos los provechos (*Nutzungen*) que se deriven del uso de la cosa (§ 987; conforme al § 100 «Provechos son los frutos de

una cosa o de un derecho, así como las ventajas que concede el uso de la cosa o el derecho») e indemnizar los daños que surjan de que, como consecuencia de la culpa del deudor, la cosa se deteriore, perezca o por otra razón éste no pueda restituirla (§ 989).

El autor plantea que en general apenas se ha discutido conforme a qué se mide la buena fe, por lo que el asunto requiere un estudio más pormenorizado, que es lo que pretende. Concluye afirmando que la concepción general del legislador es que la mala fe se mide siempre en el marco del § 990 conforme al § 932.2, que, a propósito de la adquisición *a non domino* de bienes muebles, establece que «El adquirente no es de buena fe cuando conoce, o desconoce por negligencia grave, que la cosa no pertenece al disponente». Sin embargo, tal concepción es falsa, a la vez que un indicio de que el legislador no ha valorado las repercusiones de las relaciones propietario-poseedor y su compatibilidad con las restantes normas del BGB. Las disposiciones de los §§ 987 y ss. no cuadran tan bien en el BGB como el legislador había supuesto. (*M. G.-R.*)

GRANIERI, M.: «Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel Regl. UE 2016/679», *NLCC*, 2017, núm. 1, pp. 165-190.

Observaciones sobre la diferencia entre datos personales privados y de interés público y su tratamiento respecto del derecho de propiedad intelectual. (*M. R. D. R.*)

HOSTIU, R.: «Le droit de délaissement du propriétaire dans le cadre des articles L. 241.1 et 241.2 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique», *RDI*, 2017, núm. 5, pp. 229-236.

La expropiación forzosa de un inmueble provoca para su titular un derecho a un plazo o moratoria. El autor analiza dicho plazo en la normativa francesa de expropiación por causa de utilidad pública. (*R. A. R.*)

LATINA, M./LE CORRE-BROLY, E.: «Le transfert de la réserve de propriété par la subrogation de l'article 1346-2, alinéa 1er, du code civil», *RDS*, 2017, núm. 16, pp. 877-880.

Estudio sobre el efecto de subrogación en caso de pago por otro en la reserva de dominio, conforme a la regulación de la ordenanza de 2016. (*R. A. R.*)

LUCAS, A./GINSBURG, J. C.: «Droit d'auteur, liberté d'expression et libre accès à l'information (étude compare de droit américain et européen)», *RIDA*, núm. 249, julio 2016, pp. 5-153.

El artículo analiza la colisión que se produce entre el derecho de autor y la libertad de expresión y el libre acceso a la información. El problema se plantea por el reconocimiento internacional y nacional de ciertos límites o excepciones a los derechos de autor (como la cita, la ilustración de la enseñanza o la parodia), que se fundamentan en estos derechos fundamentales. La cuestión es analizada desde la perspectiva del Derecho europeo y del Derecho americano, que tienen unas regulaciones muy diferentes en materia de límites. El primer apartado del estudio se refiere al modelo americano y europeo de límites, el primero basado en el llamado *fair use* o sistema abierto, y el segundo basado en una lista cerrada. El segundo apartado tiene que ver con el conflicto propiamente dicho, incluyendo un análisis jurisprudencial del tema

y cómo los tribunales han ido aplicando el principio de proporcionalidad para resolverlo. (S. L. M.)

LUMINOSO, A.: «Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva», *RDC*, 2017, núm. 1, pp. 10-32.

Teoría y cuestiones prácticas sobre la prohibición del pacto comisorio en el derecho italiano. Pacto marciano y otras vías de tutela en los procedimientos de ejecución. Flexibilidad de interpretación de estas figuras y la exigencia de validez de la dación en pago. (M. R. D. R.)

RINALDO, C.: «Usucapione e acquisto a non domino delle quote di partecipazione in società a responsabilità limitata», *RDC*, 2017, núm. 3, pp. 631-665.

Estudio de la figura de la usucapación en el ámbito de la sociedad de responsabilidad limitada: requisitos especiales respecto a la adquisición de cuotas en la empresa e inscripción registral. (M. R. D. R.)

TRAMPUZ, M.: «Oracle sur l'épuisement du droit d'auteur européen», *RIDA*, núm. 249, julio 2016, pp. 155-255.

La autora estudia la regla del agotamiento del derecho exclusivo de distribución y cómo, hasta hace unos años, se ha venido aplicando a obras fijadas en soportes tangibles. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 3 de julio de 2012 (caso *Usedsoft*), alejándose de la interpretación tradicional, aplica dicho principio al suministro en línea de programas de ordenador, afectándose así al derecho de puesta a disposición, distinto del de distribución. La autora critica duramente esta sentencia y pone de manifiesto los problemas que se plantean con este nuevo planteamiento. Se analizan cuáles son las razones políticas para aplicar la regla del agotamiento, incluida en tratados internacionales, directivas europeas y normas nacionales sobre derechos de autor. También se detiene en las cuestiones que la sentencia deja sin resolver, como la confusión entre la propiedad intelectual y la propiedad civil, o la nueva definición del concepto de «transformación del derecho de propiedad», entre otros. La autora acaba con unas conclusiones, lamentando que el TJUE no haya tenido aquí un juicio tan acertado y progresista como en otros casos. (S. L. M.)

WITT, C.-H.: «Miteigentum und gutgläubiger Erwerb», *AcP*, núm. 1, 2017, pp. 107-143.

Artículo sobre la copropiedad y su adquisición de buena fe. En primer lugar, el autor quiere dejar claro que la copropiedad típica del BGB, la regulada en los §§ 1008 a 1011, es una copropiedad por cuotas ideales y no una comunidad en mano común, como puede ser la comunidad hereditaria o la sociedad regulada por el BGB.

Si la cosa en copropiedad es inmueble, la adquisición de una cuota de buena fe se produce conforme al § 892.1 BGB, que establece que «A favor de aquel que ha adquirido mediante negocio jurídico un derecho sobre una finca, se considera el contenido del Registro como exacto, salvo que se haya inscrito una protesta (*Widerspruch*) contra la exactitud o la inexactitud sea conocida por el adquirente».

En el Derecho mobiliario también se siguen las normas de adquisición de la propiedad plena. En este sentido, establece el § 932 que «Una enajenación

realizada conforme al § 929 (es decir, acuerdo y entrega) convierte también al adquirente en propietario cuando cosa no pertenece al enajenante, salvo que aquel no sea de buena fe en el momento en que, conforme a estos preceptos, adquiriría la propiedad». (*M. G.-R.*)

## DERECHO DE FAMILIA

AL MUREDEN, E.: «Lo scioglimento dell'unione civile tra rapporto di coppia e ruolo del "genitore sociale"», *NGCC*, 2016, núm. 12, pp. 1699-1706.

Artículo sobre la ruptura de la unión civil homosexual y su diferencia con la del matrimonio. En particular, aborda las consecuencias de la crisis de la unión civil en dos ámbitos: la atribución de la vivienda familiar y el interés de los hijos a la luz de los recientes pronunciamientos judiciales que dan relevancia al concepto de «paternidad social» junto al tradicional de «paternidad biológica». (*Alma R. G.*)

ALPA, G.: «La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico», *NGCC*, 2016, núm. 12, pp. 1718-1722.

Artículo relativo a la Ley italiana n. 76 de 20 de mayo de 2016 sobre uniones civiles entre personas del mismo sexo, que es resultado, a juicio del autor, de la emancipación de las minorías y que representa la afirmación de los derechos fundamentales de estas últimas. Tal ley lleva a cabo una equiparación de derechos entre las uniones homosexuales y el matrimonio heterosexual, excepto en el derecho a adoptar. (*Alma R. G.*)

AMADIO, G.: «La crisi della convivenza», *NGCC*, 2016, núm. 12, pp. 1765-1774.

Artículo dedicado al papel de la autonomía privada parafamiliar: en particular, se ocupa del juego de la autonomía privada a la hora de regular los efectos de la crisis y la extinción de la convivencia de hecho. (*Alma R. G.*)

AMBROSI, A.: «Unioni civili e Costituzione», *NGCC*, 2016, núm. 12, pp. 1676-1687.

Artículo sobre la Ley n. 76 de 20 de mayo de 2016 reguladora de las uniones civiles entre personas del mismo sexo, que reconoce derechos y obligaciones análogos al matrimonio heterosexual excepto el derecho a adoptar. Tal ley representa, a juicio del autor del presente artículo, el cumplimiento por el legislador de un deber constitucional. (*Alma R. G.*)

AUTORINO, G.: «Le unioni civili in Europa», *NGCC*, 2016, núm. 12, pp. 1667-1675.

Artículo dedicado a la metamorfosis sufrida por la familia y a la pluralidad de los modelos familiares actuales. En particular, profundiza en algunos modelos jurídicos europeos de regulación de la convivencia entre homosexuales: el modelo francés y el sistema alemán. También estudia el tema de la adopción en el caso de convivientes con carácter general, y de parejas homosexuales en particular. (*Alma R. G.*)

BRENNER, C.: «Le nouveau divorce par consentement mutuel: retour à l'an II?», *SJ*, 2017, núm. 9, pp. 342-345.

La reciente reforma del derecho de familia en materia de divorcio, para facilitar la rapidez y abaratar los divorcios está siendo objeto de estudios en Francia. (R. A. R.)

CABBIDU, F.: «Spunti in tema di comunione legale e contratto preliminare», *NGCC*, 2016, núm. 12, pp. 1615-1623.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación italiano de 3 de junio de 2016 n. 11504 acerca de las diferentes tesis existentes en el ordenamiento italiano sobre la idoneidad de los derechos de crédito como objeto de la comunión legal de bienes entre los cónyuges. En particular, analiza la cuestión relativa al destino del crédito derivado de un contrato preliminar concluido por uno solo de los cónyuges. El tribunal concluye que no forma parte de dicha comunión legal conyugal el inmueble que, habiendo sido prometido en venta a una persona casada bajo dicho régimen, se transfiere obligatoriamente al promisorio adquirente en virtud del artículo 2932 del Código Civil a causa del incumplimiento del promitente vendedor, cuando entre el esposo adquirente y su cónyuge se ha dictado ya sentencia de separación. (Alma R. G.)

CARDACCI, G.: «Sull'efficacia -automatica, seppur «interinale» – del matrimonio tra persone dello stesso sesso nell'ordinamento giuridico italiano e sulla trascrizione del relativo certificato nell'archivio di stato civile», *DFP*, 2017, núm. 1, pp. 249-277.

El artículo se plantea la eficacia del matrimonio entre personas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico italiano a raíz de la aprobación de la ley de 20 de mayo de 2016 n. 76 en materia de reglamentación de las uniones civiles entre personas del mismo sexo y la disciplina de la convivencia, y los efectos de la inscripción del certificado de dicha unión en el registro civil. (Alma R. G.)

COCUCCIO, M.: «Parentela e successione ereditaria», *DFP*, 2017, núm. 1, pp. 115-122.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Messina de 14 de septiembre de 2016, que plantea dos problemas distintos. En primer lugar, afirma que el reconocimiento de la filiación natural por parte del progenitor que había adoptado al hijo con anterioridad, lleva consigo la caducidad automática de la adopción previa. En segundo lugar, si la sucesión se abre a los parientes más próximos, dentro del sexto grado, de la línea paterna y materna, en caso de que el hijo que se encuentra en la anterior situación descrita, fallezca sin dejar progenitores, cónyuge, hijos, hermanos, ascendientes o descendientes. (Alma R. G.)

CORDIANO, A.: «Alcune riflessioni a margine di un caso di *surrogacy* colposa. Il concetto di genitorialità sociale al banco di prova delle regole vigenti», *DFP*, 2017, núm. 2, pp. 473-502.

Artículo que estudia la hipótesis de la errónea implantación de embriones, constituidos *in vitro*, en el útero de una mujer diferente de la madre genética, y las acciones de estado que podrían interponerse a raíz de este hecho. Esta hipótesis permite adentrarse en el concepto de paternidad social frente al paradigma tradicional de la paternidad biológica de los Códigos Civiles tradicionales. Se aborda las nuevas formas de paternidad social, de



las cuales un ejemplo claro es la figura de la gestación por sustitución, prohibida en el momento actual en el ordenamiento italiano. (*Alma R. G.*)

DALIA, C.: «Lo scioglimento negoziale del contratto di convivenza: accordo risolutorio e recesso unilaterale», *DFP*, 2017, núm. 2, pp. 555-577.

Artículo que profundiza en el contrato de convivencia como nueva institución reconocida por la ley de 20 de mayo de 2016 n. 76, que requiere demostrar a todos los efectos la efectiva convivencia y la existencia de verdaderos lazos afectivos y estables como pareja. (*Alma R. G.*)

D'AVACK, L.: «La maternità surrogata: un divieto “inefficace”», *DFP*, 2017, núm. 1, pp. 139-160.

En este artículo el autor se plantea el futuro de la prohibición de la figura de la maternidad subrogada, que se deducía, de forma implícita, de la amplia prohibición de la reproducción artificial heteróloga en la Ley de 19 de febrero de 2004 n. 40 de «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita» y, por otra parte, de forma explícita, del elenco de sanciones contenidas en el artículo 12.6 de tal ley. Sin embargo, tal prohibición podría ponerse en tela de juicio a raíz de que la sentencia del tribunal constitucional italiano de 9 de abril de 2014 ha considerado inconstitucional la prohibición legal de la reproducción heteróloga en el caso de parejas heterosexuales declaradas infértiles o estériles de forma absoluta o irreversible. (*Alma R. G.*)

DE CRISTOFARO, G.: «Le unioni civili fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1-34 dell'art. 1 della l 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal dlgs. 19 gennaio 2017, n.3», *NLCC*, 2017, núm. 1, pp. 101-143.

Reflexión sobre la normativa italiana aplicable a las uniones civiles de parejas del mismo sexo y la necesidad de tener en cuenta los supuestos de filiación, residencia, apellidos, consecuencias económicas y leyes de derecho comparado similares, como la alemana, austriaca o suiza. (*M. R. D. R.*)

DI MARZIO, P.: «Figlio di due madri?», *DFP*, 2017, núm. 2, pp. 297-319.

Comentario a la sentencia de la corte de Casación italiana de 30 de septiembre de 2016 n. 19599, que señala que el procedimiento de procreación asistida entre dos mujeres ligadas por una relación sentimental, con donación de óvulos de una a la otra, no constituye una hipótesis de maternidad subrogada sino que integra una hipótesis de doble maternidad, que es asimilable a la fecundación heteróloga. Se distingue únicamente de esta última figura en que en la doble maternidad el feto está ligado a ambas mujeres desde el punto de vista biológico. (*Alma R. G.*)

EMILIOZZI, E. A.: «Relazione coniugale putativa e successione familiare», *DFP*, 2017, núm. 1, pp. 161-190.

En este artículo, ubicado dentro del régimen de ineficacia del matrimonio, se plantea la sucesión hereditaria en el supuesto del matrimonio putativo: en particular, el derecho del cónyuge supérstite de buena fe de habitar la vivienda familiar y de usar los bienes muebles que forman parte de dicha vivienda. (*Alma R. G.*)

ESPOSITO, F.: «Il mantenimento del figlio maggiorenne e la sua cessazione», *NGCC*, 2016, núm. 12, pp. 1635-1642.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación italiano de 22 de junio de 2016 n. 12952, que se plantea el fundamento y los límites temporales relativos a la obligación de mantenimiento de los progenitores respecto a los hijos que superan la treintena pero que aún no son independientes desde el punto de vista económico. Apunta, como posible solución, la aplicación de la figura del abuso del derecho a la luz de los principios de razonabilidad y autorresponsabilidad, debiendo ser la directriz en estos casos la tendencia hacia una autonomía responsable. (*Alma R. G.*)

FIORAVANTI, C.: «Sul cognome della prole: nel perdurante silenzio del legislatore parlano le corti», *NLCC*, 2017, núm. 3, pp. 626-652.

Comentario a la sentencia Corte cost. 21 dicembre 2016 n. 286, sobre el régimen de los apellidos de los hijos en el derecho italiano, en especial sobre la posibilidad del cambio y posibles reformas. (*M. R. D. R.*)

FONGARO, E.: «Effet rétroactif de la transcription d'un mariage homosexuel célébré à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013», *SJ*, 2017, núm. 6, pp. 247-250.

Francia no admitió el matrimonio del mismo sexo hasta 2016. Tras su aprobación legal se han comenzado a dar validez retroactiva a matrimonios celebrados fuera de Francia. (*R. A. R.*)

FULCHIRON, H.: «Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et "dynamique des normes": L'exemple du droit de la famille», *RTDC*, 2017, núm. 2, pp. 271-303.

El derecho no es un cuerpo aislado sino que entre sus distintas ramas normativas se va formando un cuerpo orgánico o sistema. Debido a esto, las normas se interrelacionan entre ellas. En este estudio se analiza esta peculiaridad desde el Derecho de familia. (*R. A. R.*)

GORASSINI, A.: «Convivenze di fatto e c.d. famiglia di fatto. Per una nuova definizione dello spazio topologico di settore», *RDC*, 2017, núm. 4, pp. 854-879.

Análisis de la figura de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo y la evolución del concepto de familia. (*M. R. D. R.*)

HILT, P.: «Pour une réécriture de l'article 16-11 du code civil», *RTDC*, 2017, núm. 1, pp. 27-41.

El recurso a la genética, del art. 16-11 del Código civil francés contraviene la jurisprudencia europea así como el artículo 8 de la convención europea de derechos del hombre. No obstante, es algo indispensable actualmente para el derecho de filiación. De ahí la necesidad de implantarlo. (*R. A. R.*)

LEE, SOO JEE: «A Child's Voice vs a Parent's Control: Resolving a Tension Between the Convention on the Rights of the Child and U. S. Law», *Colum. L. Rev.*, 2017, vol. 117, núm. 3 (abril), pp. 687-727.

En aras de la autonomía progresiva del menor, el art. 12 de la Convención sobre los derechos del niño mira a garantizar y a tener debidamente en cuenta sus opiniones. Sin embargo, esto podría llegar a menguar la autoridad y la toma de decisiones de los padres en los procedimientos familiares, con particular atención en el ámbito médico y psiquiátrico, en países como Estados

Unidos. Estas son las premisas destacadas en el escrito, que conducen a analizar las consecuencias que la eventual incorporación pudiera tener en el único país miembro de las Naciones Unidas que no ha ratificado el texto. Se llega a la conclusión que ésta no es una amenaza, sino una oportunidad de mejora en las relaciones paterno filiales (*A. F.*)

LEMOULAND, J.J./VIGNEAU, D.: «Droit des couples», *RDS*, 2017, núm. 19, pp. 1082-1095.

Crónica del derecho y jurisprudencia francesa de las parejas de hecho. (*R. A. R.*)

LENTI, L.: «Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione», *NGCC*, 2016, núm. 12, pp. 1707-1717.

Artículo sobre la adopción del hijo del conviviente por su compañero de hecho homosexual a la luz del artículo 44 d) de la ley de 4 de mayo de 1983 n. 184. En particular, aborda la problemática del reconocimiento de sentencias extranjeras relativas a la adopción del hijo del *partner*, con especial atención a las materias de la custodia y del derecho de visita. (*Alma R. G.*)

LIENHARD, C.: «Le nouveau divorce par consentement mutuel», *RDS*, 2017, núm. 6, pp. 307-313.

Estudio a propósito de la disolución del matrimonio por divorcio mediante el consentimiento de ambas partes. Análisis de la nueva regulación sobre el divorcio con menos trámites y más rapidez como en España. (*R. A. R.*)

MARTÍNEZ, L.: «La rilevanza del “fatto” convivenza», *NGCC*, 2016, núm. 12, pp. 1731-1735.

Artículo que profundiza en determinados aspectos relativos a la convivencia de hecho: la función de la existencia de un registro y los efectos jurídicos de la convivencia, entre otros, cuáles son los derechos mínimos que han de reconocerse a dichas parejas. (*Alma R. G.*)

MEKKI, M.: «Le divorce par consentement mutuel conventionnel à la lumière du droit commun des contrats. Et si c'était vrai.», *GP*, 2017, vol. 137, 2.º, pp. 883-893.

La reforma del divorcio en Derecho francés, ahorrando tiempo y dinero ha provocado problemas jurídicos. El autor analiza aquí la influencia de la nueva regulación en el ámbito contractual. (*R. A. R.*)

NEJAIME, D.: «The Nature of Parenthood», *Yale L. J.*, 2017, vol. 126, núm. 8 (junio), pp. 2262-2381.

En aras de la reivindicación de la plena igualdad de género y de orientación sexual, se revisita el concepto de paternidad y por ende de parentesco, destacando la función social de la primera. (*A. F.*)

NICHOLAS, P.: «Backdating marriage», *Cal. L. Rev.*, 2017, vol. 105, núm. 2, (marzo), pp. 395-441.

El autor examina los problemas más relevantes que puede haber provocado la pasada falta de reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. Al examinar este aspecto desde la vertiente estadounidense, el autor destaca que, debido a la previa imposibilidad de casarse, la mayoría de

estas relaciones tienen una duración artificial, pues jurídicamente se toma como referencia la fecha de matrimonio civil de la pareja, aunque ésta haya permanecido unida desde antes. Se observan importantes consecuencias jurídicas que pueden afectar aquellos derechos vinculados con el matrimonio y su duración, como son los beneficios de la seguridad social, los derechos de inmigración, la pensión alimenticia en caso de divorcio, entre otros. En este sentido, se aboga en favor de la retroactividad del matrimonio al ser ésta constitucionalmente necesaria para remediar los daños que se podrían generar. (A. F.)

NICOLLE, M.: «L'article 1413 du code civil et les voies d'exécution», *RDS*, 2017, núm. 11, pp. 593-598.

En caso de deudas de uno de los cónyuges durante la comunidad conyugal responden los bienes comunes. El artículo 1413 exceptúa los casos de mala fe del cónyuge deudor y el conocimiento del acreedor. El autor analiza este artículo y las vías de ejecución de los bienes por los acreedores. (R. A. R.)

PASCUCCI, L.: «La costituzione del vincolo di unione civile tra norme di legge, disciplina transitoria e assetto definitivo della materia», *NLCC*, 2017, núm. 2, pp. 219-268.

Críticas a las lagunas observadas en la regulación de las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo, y sus diferencias con el régimen matrimonial: naturaleza del acto constitutivo, registro de los actos de uniones civiles, medios de prueba, certificaciones, etc. (M. R. D. R.)

PERFETTI, U.: «Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza», *NGCC*, 2016, núm. 12, pp. 1749-1764.

Artículo dedicado al contrato típico y atípico de convivencia. Análisis, en particular, del contrato típico de convivencia regulado en la reciente ley de 20 de mayo de 2016 n. 76: cláusulas penales y condiciones, obligaciones y contribuciones, aplicación del régimen de comunión legal de bienes, nulidad del contrato y desistimiento. (Alma R. G.)

PICHARD, M.: «La commande d'enfant para son géniteur (est-elle une hypothèse de gestation pour le compte d'autrui ?)», *RDS*, 2017, núm. 20, pp. 1143-1148.

Los problemas de gestación subrogada en el Derecho francés. El encargo o mandato de hijo como gestación por cuenta de otro. Problemas jurídicos y éticos. (R. A. R.)

QUADRI, E.: «Unioni civili: disciplina del rapporto», *NGCC*, 2016, núm. 12, pp. 1688-1698.

Artículo que estudia la Ley de 20 de mayo de 2016 n. 76 sobre uniones civiles entre personas del mismo sexo, en particular, analiza la constitución y el régimen de derechos y deberes de tales uniones. Se plantea, además, si las diferencias de regulación existentes entre el matrimonio heterosexual y las uniones civiles son constitucionales a la luz del principio de igualdad. (Alma R. G.)

SAINT PERN, L. DE: «La conception génétique de la filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui ou la seule garantie de demeurer au sein de la famille d'intention», *RDS*, 2017, núm. 16, pp. 897-901.

La gestación subrogada y los problemas de concepción de la filiación como genética. ¿Familia de intención o familia por naturaleza? (*R. A. R.*)

SAVI, G.: «Figlio maggiorenne contro il padre: un titolo esecutivo formatosi nel contraddittorio coniugale non è esercitabile dal figlio», *DFP*, 2017, núm. 1, pp. 104-113.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Palermo de 14 de enero de 2016, que señala que la condena por sentencia judicial al pago de una contribución periódica mensual, a cargo del progenitor no custodio, para el mantenimiento del hijo a favor del progenitor custodio, no constituye un título invocable por el hijo que ya ha llegado a la mayoría de edad y que es económicamente independiente por la celebración de su matrimonio. (*Alma R. G.*)

SCHERPE, J.: «Rapporti patrimoniali tra coniugi e convenzioni prematrimoniali nel common law- alcuni suggerimenti pratici», *RDC*, 2017, núm. 4, pp. 920-938.

El tema de la regulación de la gestión patrimonial entre cónyuges y las capitulaciones matrimoniales en el sistema comparado del common law. Efectos del divorcio en el derecho anglosajón y derecho internacional privado inglés en materia de familia. (*M. R. D. R.*)

TASSINARI, F.: «Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76», *NGCC*, 2016, núm. 12, pp. 1736-1748.

Artículo dedicado al análisis de diferentes extremos sobre el contrato de convivencia regulado en la Ley de 20 de mayo de 2016: ámbito de aplicación, convivencia registrada y no registrada, condiciones y término del contrato, forma, oponibilidad a terceros del contrato y resolución del mismo. (*Alma R. G.*)

TROISI, C.: «Dall'adozione in casi particolari alla tutela della copia omoaffettiva», *DFP*, 2017, núm. 2, pp. 578-596.

La adopción en casos particulares, que de acuerdo con la legislación italiana de 1983 tenía carácter excepcional y quedaba restringida a los supuestos de menores en estado de abandono, ha pasado a ser objeto de interés jurídico y mediático en el momento actual a raíz del reciente debate sobre la *stepchild adoption*, es decir, la adopción del hijo biológico por la pareja homosexual del progenitor que recurre a las técnicas de reproducción asistida en el extranjero. La ley de 20 de mayo de 2016 n. 76 ha excluido la *stepchild adoption*, pero, sin embargo, el tribunal supremo italiano en su sentencia de 22 de junio de 2016 ha confirmado la validez de dicha hipótesis siguiendo la tesis iniciada por la sentencia de la corte de Apelación de Roma de 23 de diciembre de 2015. (*Alma R. G.*)

VIGLIONE, F.: «I rapporti di convivenza: esperienze europee», *NGCC*, 2016, núm. 12, pp. 1723-1730.

Artículo que profundiza en las diferentes normativas de Derecho Europeo sobre parejas de hecho, tanto en lo referente a las relaciones personales de la convivencia como a los derechos sucesorios. (*Alma R. G.*)

VIRGADAMO, P.: «Ripudio islamico e contrarietà all'ordine pubblico tra unitarietà del limite e corretta individuazione dei principi», *DFP*, 2017, núm. 2, pp. 347-363.

La sentencia del tribunal de Apelación de Roma de 12 de diciembre de 2016 se refiere al caso de un ciudadano jordano el cual, habiendo contraído matrimonio en Palestina con otra ciudadana jordana y habiéndose trasladado posteriormente a Italia y obtenido dicha nacionalidad, repudia a su mujer después de varios años. El tribunal palestino estima dicho repudio y la sentencia se inscribe en el registro civil italiano. La mujer recurre a los tribunales italianos pidiendo la cancelación de la inscripción de la sentencia extranjera de ruptura del matrimonio, alegando su contrariedad con el orden público italiano. El comentario del presente artículo, a propósito de esta sentencia, profundiza en la compatibilidad entre el repudio islámico y el orden público italiano. (*Alma R. G.*)

## DERECHO DE SUCESIONES

BARBA, V.: «Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà», *RDC*, 2017, núm. 2, pp. 319-349.

Reflexiones sobre la validez del testamento con disposiciones no patrimoniales y sobre las disposiciones esenciales o no del testamento. Revisión de algunos actos de última voluntad distintos al testamento y sus contenidos en relación a los créditos. (*M. R. D. R.*)

CERULO, A.: «L'impugnazione del testamento olografo e il deus ex machina dell'accertamento negativo. Una terza via lastricata d'incognite», *RDC*, 2017, núm. 2, pp. 423-442.

Revisión del testamento ológrafo y sus efectos tras la comprobación negativa. (*M. R. D. R.*)

CHRISTANDL, G.: «La recente riforma del diritto delle successioni in Austria: principi normativi e problemi», *RDC*, 2017, núm. 2, pp. 423-442.

Visión de derecho comparado del derecho de sucesiones en Austria. Tras la reforma de su normativa sobre el testamento y herederos legitimarios. (*M. R. D. R.*)

DROUT, G.: «L'agrément de l'héritier: de l'utilité de distinguer le titre de la finance», *RTDC*, 2017, núm. 2, pp. 305-319.

La autorización del heredero como requisito necesario para distinguir los títulos. (*R. A. R.*)

EMILIOZZI, E. A.: «Relazione coniugale putativa e successione familiare», *DFP*, 2017, núm. 1, pp. 161-190.

En este artículo, ubicado dentro del régimen de ineficacia del matrimonio, se plantea la sucesión hereditaria en el supuesto del matrimonio putativo: en particular, el derecho del cónyuge supérstite de buena fe de habitar la vivienda familiar y de usar los bienes muebles que forman parte de dicha vivienda. (*Alma R. G.*)

ERLE, B.: «Schuldenberichtigung durch den Vorerbe», *AcP*, núm. 1, 2017, pp. 1-33.

Los §§ 2100 y ss. BGB regulan la sustitución fideicomisaria. Esta se produce en la práctica sobre todo cuando los cónyuges se nombran mutuamente fiduciarios y a los hijos fideicomisarios (LANGE/KUCHINKE, *Lehrbuch des Erbrechts*, 4. Auf., Beck, München, 1995, § 28, I, 3, d, pg. 535).

El fiduciario es un verdadero heredero y frente a los acreedores responde como tal heredero. Sin embargo, en la relación interna entre fiduciario (*Vorerbe*) y fideicomisario (*Nacherbe*), los gastos se distribuyen. De acuerdo con el § 2124 BGB, el fiduciario debe hacer frente a los gastos usuales de mantenimiento de los bienes de este patrimonio separado. Los demás gastos los puede satisfacer con los bienes de la herencia.

Igualmente, según el § 2126.1, «El fiduciario no ha de soportar en la relación con el fideicomisario las cargas extraordinarias, que se consideran cargas del valor patrimonial de los bienes hereditarios». El trabajo se centra en determinar qué cargas o gastos son, en la relación interna, del fiduciario y cuáles del fideicomisario. Así, entre las cargas del fideicomisario se encuentran, a juicio del autor, las deudas del causante y las del patrimonio hereditario. (*M. G.-R.*)

LETTMAIER, S.: «Die Drittwirkung des Miterbenvorkaufsrechts», *AcP*, núm. 2, 2017, pp. 205-245.

Aunque la comunidad hereditaria es una comunidad en mano común en Derecho alemán (§ 2032.1 BGB), el § 2033 concede a cada coheredero la facultad de disponer de su posición de miembro o de su posición patrimonial en la comunidad hereditaria. Aunque esto no signifique en absoluto que pierda su condición de heredero.

Los coherederos que permanecen en la comunidad tienen la posibilidad de evitar la entrada de un comprador «extraño», que bien puede hacer fracasar la continuidad de una comunidad casi siempre familiar, bien puede dificultar la partición. Esto se puede conseguir con el derecho de retracto (*Vorkaufsrecht*) que tienen los coherederos. La autora estudia los problemas que plantea este derecho de retracto. (*M. G.-R.*)

REALI, A.: «I trust, gli atti di assegnazione di beni in trust e la Convenzione dell'Aja, parte seconda: Le regole giuridiche operative», *RDC*, 2017, núm. 3, pp. 608-630.

Observaciones sobre la figura del trust en Italia y el Convenio de la Haya, con especial referencia a la capacidad hereditaria, herederos y tutela de letituarios. (*M. R. D. R.*)

SAUVAGE, F.: «La licéité d'une clause d'exhérédation conditionnelle de nouveau mise à l'épreuve», *SJ*, 2017, núm. 7-8, pp. 305-307.

Cláusula condicional de desheredación y su licitud jurídica. Estudio sobre las nuevas prácticas hereditarias. (*R. A. R.*)

SCJIAVONE, G.: «Successione del coniuge separato e profili dell'autonomia privata», *RDC*, 2017, núm. 1, pp. 67-100.

Análisis de los derechos sucesorios en los supuestos de separación matrimonial: derechos de uso y disfrute de la vivienda familiar, supuestos de indignidad para suceder, donaciones premortem, pactos de familia. (*M. R. D. R.*)

## VARIA

AVOUT, L. D.: «La loi applicable à la cession de créance ou de contrat après l'ordonnance de 10 février 2016», *RDS*, 2017, núm. 9, pp. 457-469.

La reforma del derecho de contratos de 2016 ha motivado cambios importantes no sólo en el ámbito sustantivo sino de derecho internacional privado. En este caso se analiza la ley aplicable a los casos de cesión con un elemento internacional. (R. A. R.)

BLANDIN-OBERNESSER, A.: «La magie du verbe juridique: Réflexions sur la force du langage du droit», *RTDC*, 2017, núm. 2, pp. 321-334.

La importancia del lenguaje jurídico y su buena utilización para conocer su significado. Diferencia con el lenguaje usual. (R. A. R.)

JARASS, H. D.: «Die Bedeutung der Unionsgrundrechte unter Privaten», *ZEuP*, núm. 2, 2017, pp. 310-334.

Dentro de la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los derechos fundamentales consagrados por la legislación europea desempeñan un importante papel en los conflictos entre sujetos privados. El artículo discute con detalle los modos de producir efecto esos derechos fundamentales en el Derecho privado, y los requisitos para su ponderación, en su caso. Por último, el trabajo se enfrenta al debate entre el efecto directo e indirecto horizontal. (M. G.-R.)

MARGUÉNAUD, J.P./PERROT, X.: «Le droit animalier, de l'anecdotique au fundamental», *RDS*, 2017, núm. 18, pp. 996-1003.

La importancia del derecho de los animales a lo largo del tiempo. Desde su desconocimiento a su importancia actual como rama jurídica. (R. A. R.)

RÉGINE: «Droit et genre», *RDS*, 2017, núm. 17, pp. 935-946.

El tema del género está en todos los aspectos de la vida y es algo fundamental hoy día. Por ello, en este estudio, se analiza el derecho y su relación con el género. (R. A. R.)

VV.AA.: «La jurisprudence dans le mouvement de l'open data. Actes du colloque à la Cour de cassation 14 octobre 2016», *SJ*, 2017, núm. 9 extraordinaire.

Número especial que recoge las actas del Coloquio celebrado por la Corte de Casación francesa sobre los «open data». Problemas de jurisdicción; aplicación jurisprudencial; influencia en los datos personales; etc. (R. A. R.)

VV.AA.: «Special issue: What We Write about When We Write About Comparative Law: Pierre Legrand's Critique in Discussion», *Am. J. Comp. L.*, 2017, vol. 65, núm. 1 (julio), suplemento.

Imperdible suplemento especial de la revista dedicado a reflexionar sobre la disciplina del derecho comparado y valorar si éste debe circunscribirse dentro de los límites del derecho positivo o puede definirse como una investigación cultural. Tomado como punto de referencia al pensamiento de Legrand (pp. 1-132), se reproducen importantes contribuciones (v.gr. Gordley, pp. 133-180; Whitman, pp. 181-190; Miller, pp. 101-206; Munshi,



pp. 207-235; Zumbansen, pp. 237-255; introducidas por las reflexiones de los Profs. Werro y Dedek). (A. F.)

## DERECHO MERCANTIL

### PARTE GENERAL. EMPRESA

CARVAL, S.: «Les actions en dommages-intérêts des victimes de pratiques anticoncurrentielles», *SJ*, 2017, núm. 12, pp. 532-533.

Los problemas de competencia entre empresas y las malas prácticas generan derechos de resarcimiento e indemnización. Este aspecto es estudiado por la autora. (R. A. R.)

CATANIA, A.: «Osservazioni in tema di insegne patronimiche», *DFP*, 2017, núm. 2, pp. 376-419.

Artículo que profundiza en la denominación de las entidades colectivas, con el fin de tutelar la empresa y los derechos de la personalidad. Se trata de un comentario a la sentencia del Tribunal de *Trani* de 8 de septiembre de 2015, en la que se mantiene que el uso de un apellido como nombre comercial que reproduzca la denominación de la empresa anterior, cuando se ejercita la nueva actividad en el local antiguo, puede lesionar el derecho del antiguo empresario. Por el contrario, no se estima lesivo el uso como nombre comercial de una denominación de fantasía acompañada de la indicación del apellido y nombre propio del empresario. (*Alma R. G.*)

### DERECHO DE SOCIEDADES

BUTA, G.: «Deroghe al diritto societario comune in materia di amministrazione e controllo delle società partecipate.», *NLCC*, 2017, núm. 3, pp. 496-524.

Observaciones ante la derogación de los artículos 2409 *bis* y 2477 *c.c.*, por el D. lgs 19 agosto 2016, n. 175, de la normativa común de sociedades con participación pública, en relación al régimen de administración y órganos de control. (*M. R. D. R.*)

CUSUMANO, V.: «Le banche popolari e l'assistenza finanziaria finalizzata all'acquisto o alla sottoscrizione delle azioni: c'è un giudice a Venezia», *NGCC*, 2016, núm. 12, pp. 1650-1659.

Comentario de la sentencia del Tribunal de *Venezia* de 15 de junio de 2016, que trata sobre la aplicación de la normativa reguladora de las sociedades anónimas del código civil a las cooperativas. En particular, si las características propias de las cooperativas en general y de los bancos populares en particular son compatibles con la *ratio* que inspira el artículo 2358 del Código Civil, precepto que se ocupa de la adquisición de acciones propias por parte de las sociedades anónimas. (*Alma R. G.*)

FRIGNANI, A.: «Le società *benefit* davvero cambieranno l'economia?», *CI*, 2017, núm. 2, pp. 505-522.

Artículo que aborda la nueva figura jurídica de las sociedades *benefit* introducida en el ordenamiento jurídico italiano por la ley de 28 de diciembre de 2015 n. 208. Parece que con el favorecimiento por el legislador de sociedades con doble finalidad, de lucro y de beneficio social, se persigue un salto cualitativo en el modo de entender las empresas, de modo que podría hablarse de un cambio de paradigma económico y empresarial. (*Alma R. G.*)

SACCO GINEVRI, A.: «*Proxy Advisors*, attività riservate e conflitto di interessi», *CI*, 2017, núm. 1, pp. 115-132.

Artículo dedicado a los *Proxy Advisors*, que son empresas que llevan a cabo una labor profesional de analizar y hacer recomendaciones sobre el voto de los inversores en las asambleas. Estos intermediarios han alcanzado en el momento actual una importancia creciente en la dinámica de los mercados financieros contemporáneos. (*Alma R. G.*)

SACCOMANNO, P.: «Il contratto di rete: profili di un'indagine aperta», *CI*, 2017, núm. 2, pp. 673-700.

Artículo dedicado a las redes entre empresas como formas de organización nuevas y como instrumento de desarrollo de aquellas, introducido en Italia por el artículo 3 del decreto legislativo n. 5 de 2009, que viene motivado tanto por la situación de crisis que ha golpeado el sistema económico como por el inmovilismo del propio sistema jurídico, difícilmente adaptable a la necesidades actuales de las empresas, como por ejemplo, su necesidad de financiación. (*Alma R. G.*)

TOLA, M.: «La trasformazione "obbligatoria" delle banche popolari al vaglio di costituzionalità», *NGCC*, 2016, núm. 12, pp. 1578-1585.

Comentario sobre la decisión del *Tar Lazio* de 7 de junio de 2016 n. 10717, que se pronuncia a favor de la constitucionalidad del decreto legislativo de 24 de enero de 2015, que ha impuesto la transformación en sociedades anónimas de los bancos populares con activos consolidados superiores a ocho millones de euros, modificando así de modo significativo la estructura del sistema bancario italiano. (*Alma R. G.*)

## INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

BINDER, J.-H.: «Vom offenen zum regulierten Markt: Finanzintermediation, EU-Wirtschaftsverfassung und der Individualschutz der Kapitalanbieter», *ZEuP*, núm. 3, 2017, pp. 569-599.

La legislación sobre los mercados financieros en la Unión Europea ha sufrido cambios fundamentales en los últimos años. Tales cambios demuestran que el desarrollo de un Derecho del mercado de capitales europeo, introducido en los años 70 y 80 del pasado siglo con los objetivos de la salvaguarda del mercado y de la protección del inversor, no puede considerarse concluido. El artículo repasa el desarrollo de la regulación de los bancos y de las empresas de títulos valores e investiga, analizando los fundamentos eco-

nómicos del Derecho de la Unión, qué valor corresponde hoy día a la protección del sujeto individual. (M. G.-R.)

## CONTRATOS MERCANTILES

TADROS, A.: «L'adhésion du cessionnaire de droits sociaux aux pactes d'associés», *RD*, 2017, núm. 4, pp. 171-174.

El problema de la cesión de acciones. Los derechos del cesionario cuando existe un pacto entre los distintos socios. ¿Hay adhesión? (R. A. R.)

ALBANESE, A.: «Le polizze *linked* tra assicurazione sulla vita e prodotti finanziari», *NGCC*, 2016, núm. 12, pp. 1569-1578.

Comentario a la sentencia del tribunal de Apelación de Milán, que aborda la figura de las pólizas *unit linked* e *index linked*, ubicadas entre el contrato de seguro de vida y los productos financieros. En el contrato de seguro de vida el riesgo del cumplimiento es asumido por la compañía aseguradora, mientras que en las pólizas *unit linked* e *index linked* está a cargo del asegurado. Los tribunales han sostenido, en relación con los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la ley de 28 de diciembre de 2005 n. 262 y del decreto legislativo de 29 de diciembre de 2006 n. 303, que la compañía aseguradora tiene un deber de comportarse de acuerdo con la buena fe durante los tratos preliminares (artículo 1337 del código civil) y que, por tanto, a las citadas pólizas, en cuanto tienen un mayor componente financiero y una más débil composición de carácter asegurador, se les ha de aplicar la normativa existente en materia de intermediación financiera. (Alma R. G.)

SALANITRO, U.: «Usura e commissione di massimo scoperto: la Cassazione civile riconosce il valore vincolante del principio di simmetria», *NGCC*, 2016, núm. 12, pp. 1593-1606.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación italiano de 22 de junio de 2016 n. 12965 acerca de los presupuestos y de los remedios ante la usura bancaria. En concreto, se plantea la admisión de la aplicación de la normativa reguladora de los remedios del contrato de mutuo al contrato de apertura de crédito de cuenta corriente bancaria: se sostiene la validez de la cláusula de salvaguardia que impone a la entidad bancaria la restitución de los intereses más allá de los límites de la usura. (Alma R. G.)

## ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
CLR	California Law Review
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
GC	Giustizia Civile

GP	Gazette du Palais
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
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
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht



# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2016

**Ramón CASAS VALLÉS (UB), Antonio Ismael RUIZ ARRANZ (UAM), Ana María SANZ (Escuela Judicial), Agustín SERRANO DE HARO (Escuela Judicial), Roberto SIERRA GABARDA (Escuela Judicial), Carles VENDRELL CERVANTES (UAM)**

**STC 11/2016, de 1 de febrero.**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Ollero Tassara. Votos discrepantes de Pérez de los Cobos y Roca y concurrente de Ollero.**

**Conceptos: Aborto. Negativa judicial a entregar los restos para su incineración. Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. Libertad ideológica. Principio de igualdad. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.**

**Preceptos de referencia: Arts. 14, 16.1 y 18.1 CE. Art. 8 CEDH.**

La interpretación de las normas constitucionales reguladoras de derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 10.2 CE) plantea no pocos problemas en aquellos casos en los que, como en el presente, no existe una plena coincidencia entre los derechos recogidos en dichos instrumentos. Esta es, precisamente, una de las cuestiones que se tratan en la sentencia reseñada con ocasión del «juego» entre el derecho fundamental a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) y el derecho al respeto a la vida familiar (art. 8.1 CEDH) en un supuesto de negativa judicial a entregar, para su posterior incineración, los restos humanos de un aborto.

**1) Antecedentes del caso.**—El punto de partida de esta resolución se encuentra en la decisión adoptada por la recurrente, en fecha 4 de octubre de 2013, de someterse a una interrupción voluntaria legal del embarazo a consecuencia de las malformaciones que habían sido diagnosticadas en el feto (que al tiempo de la interrupción contaba con 22 semanas de gestación

y 362 gramos de peso). Acto seguido, la demandante interesó judicialmente, tal y como le habían indicado desde el hospital, la entrega de los restos humanos con el fin de incinerarlos. Junto a su escrito, acompañó un informe médico-forense favorable a la entrega suscrito por el Instituto Vasco de Medicina-Legal.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Éibar desestimó la solicitud con el siguiente razonamiento: (i) ante todo, entendía que la entrega del feto para su incineración requería previa inscripción en el Registro Civil; (ii) a continuación, examinó la legislación aplicable para determinar si era posible o no inscribir en el Registro Civil un feto de dichas características; (iii) a tal efecto señaló que, si bien es cierto que la legislación aplicable en materia de sanidad mortuoria permite la inscripción de fetos con esas cualidades, tanto la Ley del Registro Civil (art. 45) como el protocolo del hospital (Hospital de Mendaro, Guipúzcoa) impedían la inscripción de un feto inferior a 180 días (dichos instrumentos imponen la obligación de inscribir los fetos superiores a dicho plazo, por lo que cabía entender que se impedía la inscripción de los inferiores). Finalmente, el Juzgado reconocía que, en el pasado, en otro supuesto, sí autorizó la inscripción de un feto de menos de 180 días si bien el caso era sensiblemente distinto por cuanto la madre apeló a su condición de musulmana (religión que no permite la incineración de este tipo de restos), el feto tenía más peso y el aborto fue espontáneo.

Frente a esta resolución, la afectada interpuso recurso de reforma solicitando nuevamente la entrega apelando a la legislación mortuoria, a sus derechos a la libertad ideológica y a la intimidad familiar (arts. 16.1 y 18.1 CE) y la discriminación que suponía el hecho de negarle la entrega de unos restos similares a otros que ya fueron entregados a otra mujer por el simple hecho de que ésta última apeló a sus convicciones religiosas. Complementó su escrito con cita de casos resueltos por el TEDH (del que destaca, sobremanera, *Hadri-Vionnet c. Suiza*, 14 de febrero de 2008). Nuevamente, la solicitud fue desestimada en virtud de auto de 12 de noviembre de 2013. El Juzgado razonó que el supuesto no era equiparable a aquel en que sí autorizó la entrega, reiterando los motivos que ya se han expuesto (confesión religiosa de los padres, peso del feto y tipo de aborto). Adicionalmente, disponía el Juzgado que no podía conceder la licencia de incineración del feto sin, previamente, autorizar su inscripción. Inscripción que la Ley del Registro Civil no permite por ser inferior a 180 días. La Audiencia Provincial de Guipúzcoa confirmó estas resoluciones, por auto de 23 de diciembre de 2013, al desestimar el recurso de apelación.

**2) Alegaciones ante el Tribunal Constitucional.**—Agotada la vía jurisdiccional ordinaria, la interesada promovió demanda de amparo impugnando las anteriores resoluciones judiciales por lesionar los derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), igualdad (art. 14 CE) e intimidad familiar (art. 18.1 CE). Así, manifiesta en primer lugar que la legislación mortuoria permitía perfectamente la entrega de los restos humanos y que dicha legislación no podía ceder en beneficio de la normativa registral que, en ningún caso, habla de restos humanos. En cuanto a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), denuncia que ostentaba un legítimo derecho a dar sepultura a los restos humanos del aborto aun sin alegar ninguna convicción religiosa.

En lo que concierne a la igualdad y proscripción de la discriminación (art. 14 CE), pone de manifiesto que lo solicitado ya fue concedido por el mismo Juzgado en un caso anterior con la única diferencia de que el feto

tenía más peso, el aborto se produjo de forma espontánea y los solicitantes apelaron a su convicción religiosa. Circunstancias que, en opinión de la recurrente, no pueden justificar un trato distinto. Finalmente, en cuanto a la denuncia de lesión del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), entiende que la resolución de la Audiencia Provincial se desmarcó de la jurisprudencia del TEDH interpretadora del derecho al respeto a la vida familiar (art. 8.1 CEDH), manifestada por el caso *Hadri-Vionnet c. Suiza*, provocando de esta forma la lesión del art. 18.1 CE. Por todo ello solicita la estimación del recurso de amparo y la declaración de nulidad de las resoluciones impugnadas.

Admitida a trámite la demanda de amparo, el Ministerio Fiscal presentó escrito de alegaciones interesando su estimación. En primer lugar, aborda la pretendida lesión del principio de igualdad (art. 14 CE) desde una doble óptica: como lesión autónoma del derecho y como vulneración relacionada con los arts. 16.1 y 18.1 CE. Entiende el Ministerio Público que las resoluciones judiciales dieron suficiente justificación del cambio de criterio en relación con los casos controvertidos (el presente y el caso relativo a la pareja musulmana). Por lo tanto, descarta la lesión autónoma del derecho. Sin embargo, sí que la aprecia en relación con los arts. 16.1 y 18.1 CE ya que entiende que los órganos judiciales cercenaron la «dimensión espiritual» de la afectada. Hecho que al derivar de un proceso interno de convicción afectó, directamente, al derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE. Concluye que, a la luz de la legislación aplicable, no existe una prohibición de inscripción de criaturas abortivas sino tan solo un deber de inscribir algunas de ellas (las que superen los 180 días). Por lo tanto, interesa el otorgamiento de amparo por entender que se han vulnerado los derechos fundamentales a la libertad ideológica y de intimidad familiar.

**3) Posición del Tribunal.**—Un problema de intimidad personal y familiar.—Entrando ya en el cuerpo de la sentencia, el Tribunal Constitucional enfoca el debate desde la perspectiva del derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). Lo hace tras afirmar que no existen precedentes, en forma de sentencias del TC, sobre casos similares por lo que hay que acudir a la jurisprudencia del TEDH que sí ha resuelto asuntos análogos en sentido favorable al reconocimiento del derecho a disponer de restos humanos para su enterramiento como integrante del citado derecho al respeto a la vida familiar.

A continuación, analiza algunos de estos casos de entre los que destacan el ya mencionado *Hadri-Vionnet c. Suiza* (decisión de la Administración de proceder al enterramiento del hijo de la demandante, que nació muerto, sin comunicación a los padres) y *Maric c. Croacia*, de 12 de julio de 2014 (negativa de la Administración a entregar información a los padres acerca del lugar de enterramiento de su hijo que nació muerto).

A la vista de la doctrina del TEDH (que, según el art. 10.2 CE es criterio de interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales), el TC entiende que la pretensión de la demandante se incardina en el campo del derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE. Recuerda, a tal efecto, cuáles son las condiciones que han de concurrir para que se pueda ver afectado tal derecho fundamental (canon de control): (i) si la injerencia en el derecho contaba con cobertura legal; (ii) si era susceptible de conseguir el objetivo propuesto; (iii) si la injerencia era necesaria y (iv) si era proporcionada.



El análisis del Tribunal comienza, y se limita, a determinar si las resoluciones judiciales impugnadas gozaban de cobertura legal cuando denegaron la entrega de los restos humanos para la incineración. La diversidad de instrumentos normativos lleva al Tribunal a afirmar «*que los órganos judiciales tropezaban con la dificultad de la falta de una regulación clara en la materia.*» Analizada la legislación registral, el Tribunal entiende que el hecho de que se imponga un deber de inscribir a todos los fetos de más de 180 días (art. 45 de la Ley del Registro Civil) no implica, *a sensu contrario*, la prohibición de entregar, para su enterramiento o incineración, los restos humanos de menor tiempo de gestación. Es más, llama la atención el Tribunal acerca de la contradicción en la que incurrió el órgano de instancia dado que, en un primer momento, negó que existiera tal prohibición para, a continuación, afirmar lo contrario.

Acto seguido, el Tribunal niega la existencia de razón alguna de orden público general o sanitario que impidiera estimar la solicitud de la demandante. Hecho que se ve reforzado por el dictamen médico-forense suscrito por el Instituto de Medicina Legal del País Vasco (que se aportó en primera instancia) así como por el propio tenor literal de la normativa mortuoria estatal y autonómica (Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía sanitaria mortuoria y Decreto 202/2004, de 19 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de sanidad mortuoria de la Comunidad Autónoma del País Vasco).

Por todo ello, el Tribunal considera que las resoluciones judiciales impugnadas vulneraron el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) de la actora por no esgrimir normas que dieran cobertura jurídica suficiente a su decisión imponiendo un «sacrificio desproporcionado». Vulneración que, al haber quedado acreditada, hace innecesario emitir pronunciamiento alguno acerca del resto de lesiones alegadas (arts. 14 y 16.1 CE).

**4) Votos discrepantes.**—El pronunciamiento del Tribunal no está exento de cierta polémica. Así lo demuestra el hecho de que hasta tres integrantes de la Sala emitieron votos particulares (incluido el propio ponente) que se detallan muy brevemente.

Pérez de los Cobos discrepa del parecer mayoritario de la Sala en cuanto a la incardinación de la pretensión de la demandante dentro del derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE. Entiende el Magistrado que la Sala, erróneamente, ha ampliado el ámbito de aplicación de dicho derecho fundamental hasta el punto de, prácticamente, equipararlo con el derecho al respeto a la vida humana del art. 8 CEDH. Equiparación que de ninguna manera es posible a la luz de la jurisprudencia del TC que, en más de una ocasión, ha negado que tales derechos tengan un ámbito de protección coincidente. Recuerda que nuestra CE no prevé un derecho similar al previsto en el CEDH y que, por lo tanto, no cabe hacer una traslación automática de la doctrina del TEDH sobre al art. 8 CEDH al ámbito del art. 18.1 CE. Finalmente, niega que se haya vulnerado ninguno de los preceptos denunciados.

Ollero Tassara pone el foco en las omisiones en las que, a su juicio, incurre la sentencia. Resalta que no se hace pronunciamiento alguno acerca de la denunciada lesión de la libertad ideológica (art. 16.1 CE) de la mujer así como del principio de igualdad (art. 14) en relación con la discriminación que se habría producido entre este caso y el anteriormente comentado de la pareja musulmana. Señala que la auténtica clave del debate está en el hecho

de que a la recurrente se le negó la entrega por no haber invocado confesión religiosa alguna vulnerando así su libertad ideológica. Lamenta que el Tribunal no haya hecho consideración alguna sobre este punto dado que habría sido una buena oportunidad de resaltar el respeto a las convicciones personales. Finalmente, deja constancia de sus dudas acerca de la correcta remisión a la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 8 CEDH en la medida que el juego de este derecho y el del art. 18.1 CE no es plenamente coincidente

Finalmente, Roca Trías entiende que el error de la sentencia radica en haber dotado de un nuevo contenido constitucional al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) de forma incorrecta. Descarta la aplicabilidad de la jurisprudencia del TEDH al caso concreto por el simple hecho de que se trataba de supuestos distintos (todos los casos mencionados hacían referencia a personas, no a restos humanos). Concretamente, señala que las sentencias recaídas en los casos *Hadri-Vionnet c. Suiza y Maric c. Croacia* ampararon sendas reclamaciones por haberse infringido la normativa nacional que regulaba el derecho al respeto a la vida familiar constitucionalmente previsto en cada uno de esos Estados. En la medida en que la CE no prevé un derecho similar, no resulta razonable tomar como referencia tales casos. Es más, señala la Magistrada que la «vía» para incorporar el art. 8 CEDH a nuestro ordenamiento es, en realidad, el libre desarrollo de la personalidad del art. 10 CE. Se opone a que, como indica el Tribunal, existiera falta de claridad normativa sobre la materia. Finalmente, defiende que el verdadero problema constitucional, en caso de que lo hubiera (dado que se muestra contraria a la existencia de trascendencia constitucional), afecta al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE) en la medida en que las resoluciones impugnadas podrían ser tachadas de arbitrarias. Incluso si así se hubiera hecho, concluye afirmando que no existe vulneración alguna dado que los órganos judiciales aplicaron la normativa vigente que, además, no ha sido impugnada constitucionalmente.

**STC 13/2016, de 1 de febrero.**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Ollero Tassara.**

**Conceptos: Internamiento no voluntario por trastorno psíquico en casos de urgencia. Requisitos fase extrajudicial. Plazo de comunicación del internamiento. Documentación médica. Derecho fundamental a la libertad personal.**

**Preceptos de referencia: Art. 17.1 CE. Art. 763 LEC.**

La ejecución de una medida privativa de libertad, como es el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico, impone la observancia de una serie de garantías legales (art. 17.1 CE y 763 LEC). Garantías que se ven reforzadas en los casos en que el ingreso está rodeado por circunstancias de «urgencia». En estos supuestos, la actuación de los órganos jurisdiccionales que examinan el internamiento consumado es tan importante como la de los facultativos que, previamente, lo han ejecutado. En el caso que nos concierne se examinarán, precisamente, los extremos concretos de los deberes que corresponden a los facultativos durante la fase «extrajudicial» en los casos de internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico con carácter de urgencia.

**1) Antecedentes.**—Internamiento urgente por decisión médica.—Desde la perspectiva fáctica interesa destacar que (i) la demandante en amparo, Dña. M. S. S., fue internada en un centro para enfermos de Alzheimer de Madrid («Centro María Retuerto») con fecha 14 de febrero de 2014 a raíz de habersele diagnosticado un deterioro cognitivo progresivo con posible trastorno delirante crónico que se materializaba en el popularmente conocido como «síndrome Diógenes»; (ii) el diagnóstico fue efectuado el mismo día por un facultativo del Hospital Clínico San Carlos, sin especificarse su cualificación profesional; (iii) el internamiento fue efectuado por profesionales del SAMUR social de Madrid; (iv) no fue comunicado a los Juzgados hasta el día 17 de febrero por parte de dos trabajadoras sociales del SAMUR; (v) en fecha 18 de febrero, el Juzgado de Primera Instancia núm. 30 de Madrid (procedimiento núm. 333/2014) dictó diligencia de constancia respecto de la recepción del asunto; (vi) el mismo día, se dictó providencia acordando la práctica de diversas actuaciones señalándose a tal fin el 24 de febrero; (vii) junto con las actuaciones anteriores, también se recabó una «nota informativa» suscrita por el centro «María Retuerto» acerca de los hábitos de la afectada, un informe médico fechado el 19 de febrero de 2014 en el que se diagnostica a la paciente una demencia frontotemporal leve-moderada y un informe médico-forense fechado el 24 de febrero emitiendo una opinión favorable al internamiento.

**2) Resoluciones judiciales.**—Ratificación de la medida.—El 25 de febrero de 2014, el Juzgado de Primera Instancia núm. 30 de Madrid dictó auto ratificando la medida de internamiento involuntario al entender suficientemente acreditada la existencia de un trastorno psíquico que imposibilitaba a la afectada regirse por sí misma, así como las circunstancias de urgencia. Notificado el auto a las partes, la representación procesal de la afectada interpuso recurso de apelación el día 26 de marzo de 2014 ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésima Segunda, alegando (i) que la ratificación se fundó en un informe del SAMUR SOCIAL del que nada se desprende en términos de trastorno psíquico y (ii) que se había incumplido el plazo de 24 horas del que dispone el responsable del Centro en cuestión para comunicar la medida a los órganos jurisdiccionales (art. 763 LEC). Además, se acompañaba un informe suscrito por un Doctor en Psiquiatría que, sin embargo, fue denegado como prueba por la Audiencia Provincial. El día 22 de julio de 2014, la Audiencia desestimó el recurso de apelación al entender que las pruebas practicadas (informe social, interrogatorios y dictamen pericial) eran suficientes para acreditar la existencia de un trastorno que impedía a la afectada regirse por sí misma. Sin embargo, no efectuó pronunciamiento alguno acerca de la alegación de vulneración del plazo de 24 horas del art. 763 LEC ni siquiera cuando se interesó vía escrito de aclaración (auto de 31 de julio de 2014).

**3) Recurso de amparo y alegaciones ante el Tribunal Constitucional.**—Llegados a este punto, Dña. M. S. S. promovió demanda de amparo denunciando la vulneración de los arts. 14, 17.1 y 24.1 CE aunque en el cuerpo de la fundamentación no desarrolló posteriormente la violación del primero de los artículos. El primer motivo de amparo alude a la vulneración de los artículos 17.1 y 24.1 CE por parte de las resoluciones citadas al haberse incumplido el plazo 24 horas para comunicar el internamiento a los Juzgados (art. 763.1.pf.º 2 LEC), por ausencia de prueba de la necesidad del internamiento al no haber explorado a la afectada profesionales especializados y por

la falta de información a la afectada del internamiento y sus causas. El segundo motivo de amparo se ciñe a la vulneración del art. 24.1 CE en cuanto no se le informó, hasta el momento de la comparecencia del 24 de febrero, de su derecho a la asistencia jurídica.

Admitida a trámite la demanda de amparo, el Ayuntamiento de Madrid se personó y presentó escrito para oponerse a la demanda por entender que la medida fue adoptada con todas las garantías previstas por el ordenamiento jurídico. Finalmente, el Ministerio Fiscal también presentó alegaciones interesando la estimación del recurso de amparo. Con carácter previo, solicitó del Tribunal Constitucional que el análisis se circunscribiera tan solo al art. 17.1 CE dado que la alegación de vulneración del art. 14 CE no había sido desarrollada en el cuerpo de la demanda así como por el hecho de que, según constante jurisprudencia, la queja relativa a la infracción del art. 24.1 CE en materia de internamiento ha de reconducirse al ámbito de la libertad personal (art. 17.1 CE). En cuanto al fondo, el Ministerio Fiscal entendía que las resoluciones impugnadas incurrieran en los siguientes defectos: (i) incumplimiento del plazo de 24 horas del art. 763 LEC; (ii) incumplimiento del plazo de 72 horas para resolver sobre la ratificación ex. art. 763 LEC; (iii) incumplimiento del deber de informar a la recurrente de las razones de ingreso y de sus derechos; (iv) ausencia de juicio de necesidad y proporcionalidad de la medida de ingreso al no acompañarse un informe suscrito por profesional cualificado, unido al hecho de que la Audiencia Provincial inadmitió, como prueba, el informe psiquiátrico que había presentado la representación de la afectada.

**4) Resolución del Tribunal Constitucional.**—Incumplimiento de plazos y falta de un informe emitido por facultativo especialista.—Planteadas así las posturas de las partes, se analiza a continuación el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Con carácter preliminar, se resuelven dos cuestiones que afectan directamente a la configuración del objeto del recurso de amparo. En primer lugar, siguiendo el criterio del Ministerio Fiscal, queda fuera del debate la alegación de infracción del art. 14 CE dado que no fue debidamente desarrollada en la demanda. En segundo lugar, por razones de extemporaneidad en la alegación, se «expulsan» del debate constitucional algunas de las infracciones alegadas por la recurrente y el Ministerio Fiscal de modo que las únicas «quejas» a analizar por el Tribunal son las siguientes: (i) el incumplimiento del plazo máximo de 24 horas para la comunicación del internamiento del art. 763.1 LEC y (ii) la ausencia del presupuesto del trastorno psíquico como causa del internamiento.

A continuación, ya en cuanto al fondo de las vulneraciones que constituyen el objeto, el Tribunal recuerda la dicción literal del art. 763.1 LEC en lo que se refiere a los plazos de comunicación del internamiento, responsable de la misma y documentación a acompañar. Además, se toma como referencia la STC 141/2012, clarificadora sobre el tema, en la que se declaró que el plazo de 24 horas para comunicar los internamientos urgentes es un plazo máximo y que la interpelación debe llevarla a cabo el responsable de cada centro (y, por lo tanto, no está a cargo de quienes intervienen en momentos anteriores al internamiento como puedan ser los facultativos del SAMUR). A continuación, examina el caso concreto y concluye que el plazo de 24 de horas se incumplió flagrantemente (dado que la medida fue adoptada el 14 de febrero y no se comunicó hasta el 17 de febrero). Sin embargo, advierte que este incumplimiento no se puede reprochar a los facultativos del SAMUR,

que fueron los que efectuaron la comunicación, sino al responsable del Centro María Retuerto dado que era él el legalmente obligado.

Finalmente, el Tribunal analiza la segunda vulneración denunciada, referida a la necesaria existencia de un trastorno psíquico y un informe médico previo justificativo de la medida de internamiento. Nuevamente se acude a la doctrina recogida en la STC 141/2012 para recordar la necesidad de que el internamiento venga justificado por un profesional especializado en psiquiatría con base en los principios de necesidad y proporcionalidad. Requisito que, como indica el Tribunal, no se cumple en este caso. Recuerda que el único documento que se acompañó a la solicitud de internamiento fue un «informe social» elaborado por el SAMUR. Informe que es relevante para diversos campos pero que, al contrario de lo exigido, no fue elaborado bajo los conocimientos propios de la ciencia médica (tal y como exige la STC 14/2012). El Juzgado de Primera Instancia núm. 30 de Madrid no debería, según el Tribunal, haber considerado suficiente dicho informe para incoar el procedimiento. Antes bien, tendría que haber puesto en libertad a la afectada por falta de dos presupuestos esenciales. Uno de orden material, la falta de acreditación del trastorno, y otro de carácter temporal, el incumplimiento del plazo de 24 horas. Defectos en los que también incurre la Sección Vigésima Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid al dar por buena la resolución del órgano de instancia.

En conclusión, el Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo por vulneración del derecho a la libertad personal (17.1 CE) y, en consecuencia, declara la nulidad de las tres resoluciones impugnadas (Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 30 de Madrid de 25 de febrero de 2014 ratificando el internamiento; Autos de la Sección Vigésima Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 y 31 de julio de 2014 desestimando el recurso de apelación y el escrito de aclaración respectivamente) así como la inmediata puesta en libertad de la afectada sin perjuicio de lo que, en su caso, se acuerde en el procedimiento de incapacitación que se está tramitando en otro órgano jurisdiccional.

**STC 16/2016, de 1 de febrero.**

**RA: Estimado.**

**Ponente: González Rivas.**

**Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva y a la obtención de una resolución motivada. Sustracción internacional de menores. Interés superior del menor. Tardanza en la restitución e integración en el país.**

**Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE; arts. 8, 12 y 13 Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional menores.**

La presencia de un menor en un procedimiento judicial implica que cualquier decisión que se adopte en el marco del mismo debe estar presidida por el interés superior de aquél, principio rector, en estos casos, de la actuación de los poderes públicos. La presente sentencia pone de manifiesto la necesidad de que las resoluciones judiciales exterioricen la ponderación de circunstancias llevada a cabo por órgano judicial para determinar, en el caso concreto, cuál es el interés superior del menor.

Los hechos que dan origen a la esta sentencia no están exentos de cierta complejidad, por la concurrencia de diversos procesos judiciales abiertos entre las partes, de diferente naturaleza y ante órganos jurisdiccionales de diferentes estados. El origen del procedimiento se sitúa en agosto de 2013 cuando la recurrente en amparo trasladó a su hija –menor de edad– a España, sin el consentimiento del padre. Éste promovió, en noviembre de 2013, expediente de sustracción internacional de menores solicitando la restitución de la menor a Suiza, y al que se opuso la recurrente. Tras serle atribuido inicialmente el asunto a un Juzgado de Primera Instancia de Madrid, éste se inhibió a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 11 de Madrid, que desestimó la solicitud de restitución por Auto de 14 de abril de 2014. Dicha resolución aplicaba el artículo 13 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional menores, y consideraba que se había producido un traslado ilícito, ya que la menor tenía su residencia habitual en Suiza y no había mediado el consentimiento del otro progenitor. Sin embargo, el Auto concluía que no procedía la restitución de la menor a Suiza al apreciar la existencia de un grave riesgo de exposición de la menor a un peligro físico o psíquico en el caso de llevarse a cabo aquella. Conclusión a la que llegaba tras valorar las denuncias por violencia de género formuladas por la recurrente frente al padre de la menor, tanto en España como en Suiza.

El padre de la menor interpuso recurso de apelación frente a la anterior resolución y fue estimado por Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2015. En esta resolución, la Audiencia reconocía igualmente la existencia del traslado ilícito a los efectos del Convenio. Sin embargo, a diferencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, la Audiencia Provincial consideró que no concurría la excepción del artículo 13.b del Convenio, esto es, grave riesgo para el menor, y que procedía acordar la restitución, al no haber transcurrido más de un año entre el traslado y el inicio del procedimiento de restitución. Así, tras el análisis de la prueba –denuncias por violencia de género presentadas por la madre e informes del Médico Forense, entre otras– así como del devenir de los procedimientos seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 11 del Madrid –en el marco de los cuales se había denegado orden de protección al no apreciarse riesgo objetivo para la madre ni para la menor– la Audiencia concluía que el interés superior de la menor exigía la restitución de la misma a Suiza.

Las partes solicitaron aclaración del Auto de 31 de marzo, que se desestimó, formulando la madre incidente extraordinario de nulidad de actuaciones que la Audiencia Provincial inadmitió por medio de providencia.

Como último hecho relevante, el Tribunal Constitucional pone de manifiesto la existencia de diferentes procedimientos entre las partes: i) en el orden civil, ante tribunales suizos, se siguió un procedimiento de medidas provisionales que terminó atribuyendo la guarda y custodia al padre –resolución de 11 de diciembre de 2013–; ii) en el orden civil, ante los tribunales españoles, se siguió un procedimiento de medidas paternofiliales en el que, como medida provisional, se otorgó la guarda y custodia de la menor a la madre, así como un procedimiento de *exequatur* de las resoluciones suizas que atribuían provisionalmente la guarda y custodia al padre, que fue desestimado, y iii) en el orden penal, ante los tribunales españoles y suizos, se siguieron procedimientos tanto contra el padre como contra la madre.

Entrando en la fundamentación jurídica de la sentencia, el Tribunal Constitucional, tras exponer las alegaciones de las partes y justificar la espe-

cial trascendencia constitucional del recurso, delimita el objeto del mismo. Establece que, aunque formalmente el recurso se dirige frente a varias resoluciones, el análisis constitucional sólo se va a centrar en el Auto de 31 de marzo de 2015, que revocaba el del Juzgado de Violencia sobre la Mujer y acordaba la restitución de la menor a Suiza. Igualmente, de las alegaciones hechas por la recurrente, entiende que el análisis constitucional debe quedar ceñido a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en la vertiente del derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho. Vulneración en la que, según la recurrente, incurrió el Auto de 31 de marzo de 2015 de la Audiencia Provincial porque: i) entraba en contradicción con otras resoluciones judiciales –en concreto con aquellas que atribuían la guarda y custodia de la menor a la madre en España–; ii) no había ponderado la situación actual de la menor a efectos de determinar el interés superior de la misma, y iii) no había valorado correctamente la denuncia por violencia doméstica interpuesta por la recurrente.

Partiendo de lo anterior, el Tribunal Constitucional comienza recordando que el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) no implica el derecho al «*acierto judicial en la aplicación e interpretación de las normas*» sino el derecho a una resolución judicial motivada y fundada en derecho. Igualmente, trae a colación la doctrina relativa a la función del propio Tribunal en relación con la valoración de la prueba realizada por los órganos judiciales, señalando que no le compete revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial resuelve, sino que sólo le corresponde «*controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulte*».

A continuación, el Tribunal señala que cuando una resolución judicial afecta a un menor, la motivación de la misma ha de atender al interés superior del menor, que debe ser ponderado con el de sus progenitores. Y, antes de entrar de lleno en la principal cuestión controvertida, resuelve la alegación relativa a la contradicción de la resolución recurrida con otras resoluciones judiciales, indicando que la motivación del Auto recurrido no es irrazonable porque, en definitiva, las resoluciones españolas que otorgaban la guarda y custodia a la madre lo hacían como medida provisional.

Sobre la base de lo anterior, el Tribunal Constitucional centra su análisis en determinar si el auto recurrido tuvo en cuenta las circunstancias de la menor para ponderar el interés superior de la misma. Para ello, el Tribunal parte del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, cuyo artículo 12 prevé la restitución inmediata del menor cuando se haya producido un traslado ilícito y haya transcurrido un período inferior a un año desde que se produjo el traslado o retención y el inicio del procedimiento judicial o administrativo –con las excepciones previstas en el artículo 13–. Estableciendo el precepto que, en el caso de hubiese transcurrido más de un año, se deberá acordar la restitución del menor salvo que se haya acreditado la integración del mismo en su nuevo medio. Integración que resultaba clave en el supuesto de autos y que la resolución recurrida omitió, ya que no tuvo en cuenta el tiempo transcurrido desde el inicio del procedimiento ni el grado de integración de la menor (escolarización, edad, entorno).

Finalmente, el Tribunal reconoce que en el supuesto enjuiciado no había transcurrido más de un año entre la sustracción y el inicio del procedimiento. Pero añade que el órgano judicial no podía ni debía obviar el hecho de que, por diversas vicisitudes procesales, la tramitación del procedimiento se había dilatado hasta tal punto que desde que ocurrieron los

hechos, en agosto de 2013, hasta la finalización del procedimiento, en abril de 2015, habían transcurrido casi veinte meses, durante los cuales podía haberse producido la integración de la menor en su nuevo medio. Y sin embargo, la resolución recurrida no tuvo en cuenta esta circunstancia, y no la ponderó a efectos de determinar el interés superior de la menor. En consecuencia, el Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) por la falta de motivación suficiente de la resolución recurrida.

**SSTC 22/2016, de 15 de febrero y 50/2016, de 14 de marzo.**

**RR. AA.: Estimados.**

**Ponentes: Asúa Batarrita (STC 22/2016) y Pérez de los Cobos (STC 50/2016).**

**Conceptos: Internamiento no voluntario por trastorno psíquico. Derecho fundamental a la libertad personal. Derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Asistencia jurídica. Procedimientos urgentes. Omisión de trámites esenciales. Indefensión.**

**Preceptos de referencia: Arts. 17.1 y 24.2 CE.**

El cumplimiento de las garantías constitucionales como criterio rector del ejercicio de la función jurisdiccional merece una especial atención en la sustanciación de aquellos procedimientos calificados como «urgentes». La celeridad de los trámites y la entidad de los derechos que se ven afectados en este tipo de procedimientos demandan una respuesta rápida y efectiva por parte de los órganos jurisdiccionales. Respuesta que, sin embargo, no siempre es plenamente respetuosa con las garantías recogidas en la Constitución Española. Es el caso, precisamente, de las dos sentencias que se reseñan a continuación y en las que se estiman sendos recursos de amparo promovidos por la Fiscalía contra resoluciones que ratificaron medidas de internamiento urgente no voluntario por razón de trastorno psíquico (art. 763 LEC) omitiendo trámites esenciales.

El origen de estas dos sentencias, cuyo tratamiento se hace de forma conjunta dada la identidad que existe en los datos esenciales de ambas, se encuentra en el internamiento no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico de dos personas en Las Palmas de Gran Canaria en marzo de 2014. Comunicada la adopción de tales medidas por parte del personal sanitario a los órganos jurisdiccionales, el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Las Palmas de Gran Canaria (a quien le fue atribuido el conocimiento de ambos asuntos) practicó las diligencias legalmente previstas (examen judicial de la persona afectada; dictamen de experto y comunicación a la Fiscalía) el día 5 de marzo de 2014. En ambos casos, las personas afectadas, al ser examinadas por el titular del Juzgado, manifestaron su intención de ser asistidas por Letrado.

Aun cuando se remitió comunicación a los Colegios de Abogados y Procuradores a tal fin, el 5 de marzo de 2014, el Juzgado dictó los dos autos ratificando las medidas de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Lo hizo (i) sin esperar al nombramiento de dichos profesionales (y, por ende, sin oírlos) y (ii) sin haber recibido el informe del Ministerio Fiscal (informe que tuvo entrada el día después, 6 de marzo de 2014) a pesar de que, de conformidad con la LEC, todavía restaba un día para que se cumpliera el plazo máximo de 72 horas prescrito para este tipo de procedimientos (763.1pf 2.º LEC).



En ambos casos, la Fiscalía y la representación procesal de las personas afectadas (nombrada con posterioridad al dictado del auto ratificando la medida) interpusieron recursos de apelación ante la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria al entender que se había causado indefensión a las personas internadas por (i) haberseles privado de su derecho de defensa letrada (art. 763.3 LEC) y (ii) haberse omitido trámites esenciales del procedimiento como es el informe preceptivo del Ministerio Fiscal. Los recursos, sin embargo, fueron desestimados por autos de 30 de abril y 9 de mayo respectivamente. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria negó la existencia de indefensión alguna por cuanto el Ministerio Público podría haber evacuado su informe sin esperar al nombramiento de los abogados y procuradores y, además, el derecho a la defensa letrada se veía satisfecho con la posibilidad de recurrir en apelación el auto de ratificación.

Llegados a este punto, la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional formuló sendas demandas de amparo contra los autos de ratificación de internamiento y los desestimatorios de los recursos de apelación. Con carácter preliminar, la Fiscalía recuerda que ostenta una doble legitimación: general, en cuanto defensor de los derechos de los ciudadanos (arts. 162.1.b) CE y 46.1.b) de la LOTC), y particular, como parte necesaria en el procedimiento de internamiento (arts. 3.3 y 3.7 del EOMF y art. 763.3 LEC en relación con el art. 758 LEC). A continuación, denuncia que las resoluciones recurridas vulneran (i) el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE) por haberse privado a los internados del derecho a una defensa letrada antes de resolverse sobre la ratificación del internamiento y (ii) el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) al no haberse recabado el informe preceptivo del Ministerio Fiscal cuando todavía quedaba tiempo para hacerlo. Por todo ello, interesó en ambos casos la estimación del recurso de amparo con nulidad de los autos impugnados.

**1) Presupuestos del proceso constitucional.**—Sentadas así las posturas, es tiempo de abordar la respuesta del Tribunal Constitucional, idéntica para ambos casos. Con carácter inicial, la sentencia aborda el estudio de los presupuestos procesales: La legitimación activa del Ministerio Fiscal y la especial trascendencia constitucional del recurso.

Respecto al primero, citando especialmente la STC 17/2006, de 30 de enero, la sentencia recalca que el Fiscal ostenta una doble legitimación activa a la luz de los hechos y la legislación: legitimación activa en cuanto defensor de los derechos de los ciudadanos [art. 162.1.b) CE y 46.1.b) LOTC en relación con el art. 124.1 CE] y legitimación activa en cuanto parte en los procesos judiciales en los que recayeron las resoluciones recurridas por cuanto, en este tipo de procedimientos, el Ministerio Público actúa como parte aunque no sea su promotor (art. 749.1 y 763.3 LEC). El segundo presupuesto, la especial trascendencia constitucional, se entiende cumplido, indica el TC, por cuanto a través de estos recursos de amparo se puede «*aclarar nuestra doctrina previa (...) acerca del contenido y alcance del derecho de asistencia jurídica de la persona sometida a este procedimiento*» (internamiento no voluntario urgente por trastorno psíquico).

**2) Derecho a la libertad personal.**—Finalmente, el TC entra a resolver acerca de la vulneración de los derechos fundamentales alegada por la Fiscalía. La primera queja abordada es la relativa a la lesión del derecho funda-

mental a la libertad personal (art. 17.1 CE) al haberse privado a los internados del derecho a la defensa letrada. A tal efecto, el Tribunal recuerda su doctrina acerca de la información que el Juez ha de otorgar a las personas internadas al tiempo de efectuarse el examen judicial previo al dictado del auto de ratificación de la medida. Información que aparece señalada en la STC 141/2012, de 2 julio, y que comprende tanto la situación material como procesal del internado. Dentro de esta última, estaría la información acerca del derecho a contar con Abogado y Procurador y a la práctica de prueba.

A continuación, resalta la sentencia que, de conformidad con el art. 5.4 CEDH y la jurisprudencia del TEDH (representada, entre otras, por las SSTEDH de 24 de octubre de 1979, asunto *Winterwerp c. Holanda*; 12 de mayo de 1992, asunto *Megyery c. Alemania* y 14 de febrero de 2012, asunto *D. D. c. Lituania*) toda persona sometida a una medida de tal naturaleza tiene derecho a ser oída por sí o través de un representante y derecho a contar con un asesor legal «*sin que recaiga sobre ella la iniciativa de su designación*». Acto seguido, la resolución detalla brevemente la forma de articular estos derechos prevista en la normativa española (fundamentalmente arts. 758 y 763.3 LEC).

Expuesto el marco normativo y jurisprudencial, el Tribunal concluye que debe estimarse el motivo al quedar probado que el Juzgado en cuestión, en ambos casos, sustanció todo el procedimiento en un mismo día (5 de marzo de 2014) y le puso fin mediante auto de la misma fecha sin esperar al nombramiento de los Abogados y Procuradores interesados por los internados, cuando todavía le restaba un día más de plazo (expiraba el 6 de marzo), con la consecuencia de descuidar el derecho a la asistencia jurídica de los pacientes. En la medida en que nos encontramos ante un procedimiento urgente de internamiento involuntario por trastorno psíquico, tal lesión supone, en definitiva, una vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE).

Como consecuencia de lo anterior, y sin entrar a analizar la segunda vulneración denunciada (la que concernía al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE por no haberse recabado el informe preceptivo del Ministerio Fiscal), el Tribunal estima los recursos de amparo y declara la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas. Las sentencias, no obstante, tan solo producen efectos declarativos toda vez que a las personas afectadas se les dio el alta médica poco después de la adopción de las medidas (24 de marzo y 30 de junio respectivamente).

**SSTC 34/2016, de 29 de febrero y 132/2016, de 18 de julio.**

**RR. AA.: Estimados.**

**Ponentes: Enríquez Sancho (STC 34/2016) y Ollero Tassara (STC 132/2016).**

**Conceptos: Vid. el encabezamiento de otras sentencias. Ancianidad y merma de facultades cognitivas. Internamiento no voluntario por trastorno psíquico efectuado sin control judicial. Imposible «regularización». Necesidad de adopción de la medida cautelar de internamiento. Derecho fundamental a la libertad personal.**

**Preceptos de referencia: Art. 17.1 CE. Arts. 762.1 y 763 LEC.**

El envejecimiento de la población unido a la proliferación de enfermedades y deficiencias vinculadas a la tercera edad (demencia senil, alzhéimer...) presentan vicisitudes que se manifiestan en el ámbito social, económico y,

como no podía ser de otra forma, jurídico. La capacidad de discernimiento de este sector de la población va mermando progresivamente conforme la patología va avanzando hasta llegar a un punto en el que el paciente ya no es capaz, prácticamente, de regirse por sí mismo. Es en ese momento cuando los familiares del afectado, con la buena fe que se les presupone, inician los trámites para proceder al ingreso en un centro sanitario donde pueda recibir un tratamiento más adecuado a sus características.

Y es aquí, precisamente, donde la vertiente jurídica del problema comienza a aflorar. Como se ha puesto de manifiesto por diversas instituciones, comienza a ser común el uso de expedientes jurídicos como el internamiento involuntario de forma irregular. Esto es, obviando las garantías mínimas que han de acompañar a medidas de esa naturaleza de entre las cuales destaca, sobremanera, el control judicial. Es el caso de las dos sentencias que, someramente, se van a exponer a continuación en las que se da respuesta a sendas demandas de amparo promovidas por el Ministerio Fiscal. Demandas a través de las cuales se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la libertad personal de aquellos que son internados sin control judicial (art. 17.1 CE).

**1) Antecedentes de los dos casos.**—Sin perjuicio de que los supuestos de hecho objeto de estudio sean ligeramente distintos (a cuyo efecto se tratarán por separado en este aspecto), la fundamentación recogida en las resoluciones del TC es similar, así como la naturaleza del problema. Es por ello por lo que se hace un estudio conjunto de las dos sentencias.

El punto de partida de la STC 34/2016 se encuentra en el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico de una paciente de 80 años en Las Palmas de Gran Canaria a la que le fue diagnosticado un deterioro cognitivo severo. La particularidad de este supuesto radica en que esta medida fue acordada sin haberse recabado autorización judicial previa (es decir, sin seguirse el trámite del art. 763.1.pf 1.º LEC) ni ratificación judicial posterior (para el supuesto de urgencia recogido en el pf. 2.º del art. 763.1 LEC). Así las cosas, la paciente quedó internada durante varios meses (desde el 17/12/2013 hasta el 12/02/2014) hasta que la Fiscalía provincial tuvo conocimiento del asunto y, para dar cobertura legal a dicho internamiento, presentó un escrito ante los Juzgados de Las Palmas de Gran Canaria para interesar la regularización de la situación de la paciente y la autorización de su internamiento no voluntario de conformidad con el art. 763 LEC.

La pretensión fue desestimada por el órgano jurisdiccional en virtud de auto de 20 de mayo de 2014 aludiendo a la falta de concurrencia de los requisitos del art. 763 LEC, ya que lo contrario supondría otorgar cobertura legal a una situación que en su origen no lo fue. La única vía para legalizar la situación de internamiento era la de apreciar la urgencia del art. 763.1, 2.º LEC por cuanto la comunicación al Juzgado se hizo después del internamiento. En opinión del Juzgado, dicha urgencia no concurría desde el momento en que la paciente llevaba tres meses internada sin que se comunicara a los órganos jurisdiccionales. Recurrida la decisión ante la Audiencia Provincial, se dictó un pronunciamiento desestimatorio similar por auto de 20 de junio de 2014. Adicionalmente, el órgano de apelación recordó al Ministerio Fiscal que podría haber interesado la incoación de un procedimiento de incapacitación con la adopción de la medida cautelar de internamiento del art. 762 LEC como solución al problema.

El supuesto de hecho del que parte la STC 132/2016 es ligeramente distinto, aunque, a efectos prácticos, plantea el mismo problema. En este caso, el internamiento afectaba a una paciente de 95 años, con un cuadro médico similar al del supuesto anterior, en la localidad de Telde (Gran Canaria). La diferencia fundamental consistía en que, si bien no se recabó autorización judicial previa, esta vez el centro sanitario sí comunicó a los Juzgados el hecho del internamiento. Incoado el procedimiento por el Juzgado competente (Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Telde), se dictó auto el día 9 de abril de 2014 desestimando la solicitud de ratificación del internamiento al no quedar acreditada la situación de urgencia exigida por el art. 763.1. pf. 2.º LEC.

Tan pronto como la Fiscalía tuvo conocimiento de dicha resolución, presentó un escrito ante los Juzgados de Primera Instancia de Telde interesando la incoación del procedimiento de internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico del art. 763 LEC a fin de que se regularizase la situación de la paciente y se autorizara su internamiento por cuanto la afectada seguía internada sin cobertura legal (dado que no se había recabado autorización judicial previa y la ratificación posterior había sido desestimada sin que se adoptara ninguna medida para su protección). Nuevamente, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Telde desestimó la solicitud por auto de 8 de mayo aludiendo a la falta de urgencia legitimadora del internamiento y advirtiendo que de hacer lo contrario se estaría legalizando una situación que, desde el origen, nació extramuros de la regulación legal. Recurrido el auto ante la Audiencia Provincial, fue desestimado por auto de 25 de julio de 2014 en términos similares.

## **2) La problemática constitucional: Razones de los recursos.–**

Expuesta la vertiente fáctica y procesal de los supuestos de los que parten las sentencias del TC, es tiempo de abordar el conflicto constitucional. En ambos casos, a la vista del contenido de las resoluciones desestimatorias, el Ministerio Fiscal interpuso demandas de amparo denunciando que las resoluciones recaídas en ambos casos infringían los arts. 17.1 CE y 5.1.e) y 5.4 CEDH. El Ministerio Público recordaba que el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico es una medida privativa de libertad que, como tal, está sujeta a unas garantías mínimas, entre las cuales destaca el control judicial. Negaba la Fiscalía que la pretensión interesada fuese, en modo alguno, la de dar cobertura legal a una situación que nació irregularmente. Lo que en realidad solicitaba era que se controlase judicialmente que se daban las condiciones prescritas por el ordenamiento jurídico para efectuar el internamiento. Reprochaba el Ministerio Fiscal a los órganos jurisdiccionales que habían conocido de los asuntos el hecho de haber desestimado sus escritos aun constatando que el internamiento de las afectadas era «ilegal». Recordaba asimismo que el internamiento y la incapacitación son instituciones judiciales distintas que no siempre han de ir de la mano. Finalmente, denunciaba que los autos impugnados olvidaban la justificación teleológica del art. 763 LEC y, por lo tanto, renunciaban al control judicial de los internamientos efectuados.

## **3) El control de los internamientos urgentes y sus requisitos constitucionales.–**Tras entender que el Ministerio Fiscal ostenta legitimación activa para promover la demanda de amparo [en tanto que institución portadora del interés público: arts. 162.1 b) CE; 46.1 b) LOTC y 3.11 EOMF] y apreciar la existencia de una evidente trascendencia constitucional en los casos, el

Tribunal da respuesta a la verdadera cuestión controvertida: ¿Cuál es el cauce procedimental constitucionalmente válido para controlar judicialmente el internamiento sin previa autorización judicial de personas que sufren deterioro severo de sus facultades hasta el punto de carecer de capacidad de decidir?

El Ministerio Fiscal entiende que la vía formal adecuada para amparar el internamiento es la del art. 763 LEC. En cambio, los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones han sido impugnadas apelan al procedimiento de incapacitación de los arts. 755 a 762 LEC, en el seno del cual se puede interesar la adopción de medidas cautelares. Constatada la divergencia de pareceres, el Tribunal Constitucional señala que, para resolver el problema constitucional, hay que responder dos cuestiones esenciales: (i) Si es posible, en nuestro ordenamiento jurídico, hablar de «regularización» de internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico y (ii) si, a la luz del art. 17.1 CE, se puede afirmar que la decisión de los órganos jurisdiccionales de rechazar la idoneidad del procedimiento del art. 763 LEC fue o no correcta.

a) *Sobre la pretendida posibilidad de «regularizar» internamientos irregulares.*—En cuanto a la primera cuestión, la sentencia invoca la larga doctrina constitucional, manifestada en el art. 763 LEC, acerca de la necesidad de que todo internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico se efectúe bajo supervisión judicial (STC 141/2012, de 2 de julio). Al mismo tiempo recuerda que, cuando los padecimientos del afectado ya dejan entrever la necesidad de un régimen jurídico tuitivo más completo, existe la posibilidad de que el internamiento se acuerde como medida cautelar (art. 762.1 LEC) o como medida ejecutiva en la sentencia (760.1 LEC) en un proceso declarativo instado por los trámites del art. 756 y ss. LEC. Descendiendo a los casos en concreto, el Tribunal subraya que son ejemplo de un fenómeno social que se viene produciendo en los últimos años como fruto inevitable del envejecimiento de la población y que ha dado lugar a prácticas censurables como el ingreso sin consentimiento del afectado ni resolución judicial en centros asistenciales para personas con deficiencias cognitivas seniles. Pues bien, prosigue la sentencia, ningún instrumento legal aplicable en España permite la adopción de una medida de internamiento que excluya la tutela jurisdiccional. Por este motivo, concluye, no cabe hablar de ninguna manera de la «regularización» de un internamiento involuntario que se prolonga durante varios días o semanas sin autorización judicial ya que no se puede subsanar la vulneración de un derecho fundamental.

b) *Sobre el rechazo judicial de la idoneidad del procedimiento de internamiento del art. 763 LEC.*—En relación con la segunda cuestión, el Tribunal Constitucional, tras repasar los hitos fácticos y jurídicos más relevantes de los supuestos planteados, concluye que la actuación de los órganos jurisdiccionales fue correcta. Entiende el Tribunal que, si bien concurría en ambos casos el requisito del trastorno psíquico recogido en el art. 763 LEC, no ocurría lo mismo con la «urgencia» asimismo requerida para poder estimar las solicitudes del Ministerio Fiscal. En el primer caso, la paciente pasó más de 3 meses internada hasta que comenzaron los trámites puramente judiciales. En el segundo caso, ya hubo una primera resolución judicial, previa a la actuación de la Fiscalía, que había desestimado la solicitud, con base en el art. 763.1.pf. 2.º LEC.

A continuación, el Tribunal señala tres ideas fundamentales: (i) las enfermedades diagnosticadas en ambos casos resultaban perfectamente subsumibles en el concepto de «enfermedad o deficiencia persistente de carácter psí-

*quico que impida a la persona gobernarse por sí misma» del art. 200 CC regulador de la incapacitación; (ii) las demandas de amparo no aportaron argumento alguno contrario a la posibilidad de que el juez pueda autorizar el internamiento involuntario como medida cautelar en el seno de un procedimiento de incapacitación y (iii) el procedimiento de incapacitación era idóneo, en supuestos como los que se plantearon, en la medida en que las afectadas precisaban de una protección integral. Por todo ello, concluye que, en un principio, las resoluciones judiciales recurridas fueron correctas.*

c) *Insuficiencia de la actuación judicial.*—El Tribunal Constitucional, no obstante, pone de manifiesto que los autos impugnados, aun siendo correctos jurídicamente, presentan un defecto esencial en forma de omisión. La decisión de rechazar las solicitudes basadas en el art. 763 LEC fue ajustada a Derecho. Sin embargo, los órganos judiciales que conocieron de los asuntos, lejos de limitarse a este rechazo, debían haber ido más allá tan pronto como constataron que se había producido una privación de libertad ilegal, al margen de que la vía del art. 763 LEC no fuese la adecuada para corregirla. Sin embargo, no hicieron nada más y es aquí donde comienza el reproche del Tribunal Constitucional.

Apelando a las facultades de oficio del art. 762.1 LEC, se entiende que los órganos jurisdiccionales debían haber proveído a la protección de las afectadas mediante la adopción inmediata de la medida cautelar de internamiento involuntario procediendo, por su parte, el Ministerio Fiscal a promover la demanda judicial de incapacitación. Al no hacerlo, los órganos jurisdiccionales se limitaron a desestimar una solicitud de internamiento por entender que no concurrían los requisitos a sabiendas de que existía una persona internada de forma irregular y sin hacer nada para remediarlo. Por todo ello, estima las dos demandas de amparo por vulneración del derecho fundamental a la libertad personal, anulando parcialmente los autos impugnados y retrotrayendo las actuaciones a fin de que, por parte de los Juzgados de Primera Instancia competentes, se tutelen los derechos vulnerados.

**STC 39/2016, de 3 de marzo.**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Roca Trías. Votos particulares discrepantes de Valdés Dal-Ré al que se adhiere Asúa Batarrita y de Xiol Ríos.**

**Conceptos: Derecho a la intimidad. Derecho a la protección de datos de carácter personal. Videovigilancia. Relaciones laborales. Poderes de dirección del empresario.**

**Preceptos de referencia: Artículo 18.1 y 18.4 CE, artículos 4, 5 y 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de carácter Personal.**

Igual que en numerosos aspectos de nuestras vidas, esta sentencia cumple una máxima un tanto particular: A veces, lo más relevante puede encontrarse en lo que queda más discretamente expresado o formulado. Así, en el Fundamento de Derecho Primero y antes de empezar con la batería legislativa y jurisprudencial que va de suyo, la ponente introduce una explicación tan premonitoria como infrecuente de por qué este caso tiene trascendencia constitucional: porque va a permitir al Tribunal «*perfilar o aclarar su doctrina en relación con el uso de cámaras de videovigilancia en la empresa*», y muy singularmente, sobre si tal uso requiere dar información concreta y

específica sobre ello al trabajador, o bastará con que dicha información tenga un carácter general.

En el punto de mira se encuentra sin duda la STC 29/2013, de 11 de febrero, cuyos fundamentos deben ser recordados, aun someramente, toda vez que late no sólo en las argumentaciones de la ponencia –para oponerse a ella en algunos puntos, para delimitarla en otros–, sino también en los extensos y concienzudos votos particulares y especialmente el de Valdés Dal-Ré, quien no en vano, fue ponente de aquélla. Tal y como rezan los antecedentes de la meritada sentencia, ante la sospecha de irregularidades en el cumplimiento de la jornada laboral de un trabajador, la Universidad de Sevilla decidió cotejar la información de las cámaras de video instaladas en el campus, señalizadas y advertidas al público en general por medio de pegatinas. Una vez comprobado que las sospechas eran ciertas, el trabajador es sancionado. El Tribunal Constitucional le otorga el amparo, toda vez que la Universidad vulneró el artículo 18.4 CE al no proveer al trabajador con una información *«previa y expresa, precisa, clara e inequívoca (...) de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida (...) explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo»*.

Pues bien, volviendo a la sentencia que nos ocupa, los hechos parten de un mismo comienzo: las sospechas del empresario, Bershka España, sobre las irregularidades –en este caso, pecuniarias– que estaría llevando a cabo una trabajadora, quien podría estar apropiándose de efectivo de la caja de la tienda por medio de devoluciones ficticias. El empresario, tras instalar temporalmente cámaras de vigilancia que apuntaban exclusivamente hacia la caja registradora y que fueron genéricamente anunciadas por medio de una pegatina en el escaparate de la tienda, alcanza certeza respecto de lo que ya suponía, y despide disciplinariamente a su empleada.

La trabajadora impugna la legalidad de su despido, alegando que la colocación de las cámaras atentó contra sus derechos al honor, intimidad y dignidad. El Juzgado de lo Social N.º 2 de León desestimó la demanda de la trabajadora entendiendo que el despido había sido procedente, toda vez que el control oculto era el único medio posible para comprobar fehacientemente la comisión de irregularidades. El TSJ de Castilla León confirma la anterior sentencia, dando por bueno el anterior razonamiento, para concluir que la actuación empresarial ha satisfecho el triple juicio de proporcionalidad necesario para limitar derechos y libertades constitucionales.

La recurrente solicita amparo constitucional, alegando sustancialmente vulneración de los derechos reconocidos en el artículo 18.1 y 18.4 CE. Entiende –con cita expresa de la antedicha STC 29/2013– que en casos como el presente se exige ineludiblemente la información previa, expresa e inequívoca al trabajador, y ello con independencia de la licitud y proporcionalidad del fin perseguido por el empresario. Cualquier otra cosa supondría desnaturalizar el contenido esencial del derecho a la protección de datos.

El Tribunal analiza por separado la pretendida vulneración del derecho a la intimidad (18.1 CE) y del derecho a la protección de datos (18.4) para tratar en primer lugar ésta última. El derecho fundamental a la protección de datos tiene, para el Alto Tribunal, una doble vertiente: cognoscitiva, o relativa a ser adecuadamente informado acerca de quién posee los datos personales y para qué fin, y volitiva, consistente en la facultad de consentir acerca de la recogida y uso de tales datos por un tercero y, llegado el momento, incluso

oponerse a dicho tratamiento. Esta concepción dual del derecho a la protección de datos (expuesta paradigmáticamente en la STC 292/2000, de 30 de noviembre) sería la efectivamente recogida en la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal, y en especial en sus artículos 5 (Derecho de información en la recogida de datos) y 6 (Consentimiento del afectado).

A partir de dichas premisas, el Alto Tribunal examina el caso que nos ocupa para formular distintas valoraciones, que a veces reproducen el mismo contenido de la ley, pero otras veces son tan novedosas como aparentemente contrarias a su previa jurisprudencia. La primera de ellas es que, en relación con el consentimiento del afectado, aparece expresamente exceptuado en el artículo 6.2 de la LOPD cuando los datos se refieran a «*las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa*». Es cierto que existe, así y todo, una excepción a la excepción, pues sí se requerirá el consentimiento del contratante, trabajador o administrado cuando se pretenda obtener los datos para una finalidad ajena al contrato o vínculo. Por ello en el caso de autos el Fundamento 4.º de la sentencia es meridiano: el empresario demandado no necesitaba del consentimiento del trabajador para el tratamiento de imágenes obtenidas por cámaras que perseguían garantizar la seguridad o control laboral, y por ende el propio cumplimiento de la relación laboral.

La segunda conclusión es, sin duda alguna, mucho más problemática que la anterior. Analizando el cumplimiento o no del ineludible deber de información antes adelantado, el Tribunal destaca que el distintivo colocado en el escaparate de la tienda cumple con las exigencias de la instrucción 1/2006, de la Agencia Española de Protección de Datos. En tanto que tal instrucción persigue entre otras cosas dar cumplimiento al artículo 5 de la Ley Orgánica, y por tanto al deber de información, el Tribunal infiere lo que ya podrá intuir el lector: cumplidos los deberes legales de información, aun siendo ésta genérica y abierta (y por ende, ya no previa, expresa y precisa como se requería en la STC 29/2013), no puede entenderse infringido el derecho fundamental a la protección de datos.

La tercera conclusión es aún más compleja que la anterior, aunque igual de problemática. El Tribunal valora el alcance del tan conocido juicio de proporcionalidad constitucional (SSTC 66/1995 o 37/1998), para colegir, por un lado, que en relación con la pretendida vulneración del derecho a la intimidad (18.ICE), el uso de videocámaras en el caso de autos bien puede entenderse como una medida idónea, necesaria y proporcional, toda vez que la grabación pretendía confirmar unas irregularidades, de las cuales serviría como prueba, y todo ello limitándose únicamente a la zona de la caja registradora. Pero nuevamente, los razonamientos más llamativos del Tribunal son los que dedica a la relación entre el juicio de proporcionalidad y el derecho a la protección de datos. Por un lado se parte, tal y como señalábamos, de que el derecho no puede entenderse infringido si hubo información (aún genérica) y consentimiento (o este, como en el caso que nos ocupa, aparecía legalmente exceptuado). Pero adicionalmente se añade, a modo de *obiter dicta*, la siguiente conclusión: aun cuando se hayan incumplido los deberes de obtener el consentimiento previo, o de informar debidamente, tales infracciones sólo se entenderán conculcadoras del derecho a la protección de datos cuando la actuación del empresario no haya superado el test de proporcionalidad entre el derecho a la protección de datos y las facultades empresariales de vigilancia y control. Ello es así porque el poder



de dirección empresarial reconocido en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores no es sino reflejo de los derechos constitucionales reconocidos en los artículos 33 y 38 CE; poder que por ende legitima el control empresarial del cumplimiento, por parte de los trabajadores, de sus respectivas obligaciones profesionales (al recalcar este punto cita el Alto Tribunal la STEDH de 12 de enero de 2016, caso *Barbulescu v. Rumanía*, a la que luego volveremos).

Acompañan a la sentencia varios y muy incisivos votos particulares. El primero de ellos, rubricado por Fernando Valdés Dal-Ré y al que se adhiere Adela Asúa Batarrita, pone en cuestión la raíz de casi todos los razonamientos anteriores. En primer lugar, critica duramente la conclusión segunda antes referida, mostrando su perplejidad porque se hayan abandonado, sin apenas justificación, los derroteros marcados por la STC 29/2013, hasta el punto de llegar a entenderse como satisfecho el deber de informar por el mero hecho de colocar un distintivo visible en el escaparate del lugar de trabajo. En segundo lugar, y con gran énfasis, combate las conclusiones sobre el juicio de proporcionalidad aplicable a la protección de datos, para inferir que el poder empresarial no puede entenderse sin más como comprendido en los artículos 33 y 38 CE –y por tanto constitucionalizado–, que adicionalmente no se entiende por qué puede ser de aplicación un juicio de proporcionalidad aun a riesgo de sacrificar el contenido esencial del artículo 18.4 CE, y que en cualquier caso lo que ya sí resulta un imperdonable exceso argumentativo, es defender que el juicio de proporcionalidad podría ser aplicable incluso cuando el empresario hubiera incumplido sus obligaciones legales derivadas de la LO 15/1999.

A su vez, el voto discrepante del magistrado Xiol Ríos se centra mucho más en el cambio jurisprudencial sobre el deber de informar, para señalar distintos puntos criticables de la nueva senda asumida por el Tribunal. Así, entiende que el deber de informar plasmado en el artículo 5 de la Ley Orgánica debe entenderse ineludiblemente referido a los trabajadores, y no al público en general. Por tanto, ellos deben ser informados de una manera directa y eficaz sobre el hecho de la videovigilancia. Omitir tal deber es una lesión al contenido esencial del derecho, y una prerrogativa, desmedida e injustificada, otorgada por el Alto Tribunal al empresario.

Por último, debe traerse a colación un hecho tan novedoso como trascendente: la Gran Sala del TEDH, en sentencia de 5 de septiembre de 2017, ha estimado el recurso interpuesto contra la sentencia de 12 de enero de 2016, en el caso *Barbulescu v. Rumanía*, dictada en primera instancia por el mismo Tribunal y a la que se refiere el Tribunal Constitucional para fundamentar las medidas de control y vigilancia del empresario. A salvo de las muchas y relevantes diferencias entre aquel caso y el que ahora nos ocupa, no es tampoco superfluo señalar cuál ha sido la conclusión alcanzada por el Tribunal de Estrasburgo: para acceder y vigilar el contenido de mails y otros mensajes electrónicos remitidos por el trabajador desde plataformas que le han sido proporcionadas por el empresario, se requiere de una información previa, concreta y directa; en caso contrario, debe entenderse vulnerado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Muy previsiblemente, esta sentencia no sólo afectará a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la vigilancia de correo electrónico por el empresario (*Vid.* STC 170/2013), sino también a otras posibles prerrogativas del empresario como la videovigilancia, y en especial, al alcance y extensión que deba darse al deber de informar al trabajador sobre tales usos.

**STC 65/2016, de 11 de abril.**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Pérez de los Cobos.**

**Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva y a una resolución fundada en Derecho. Eficacia de las Sentencias del TEDH. Incidente extraordinario de nulidad de actuaciones. Deber de motivación de las resoluciones de inadmisión. Interés superior del menor.**

**Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE; art. 8 CEDH y art. 241 LOPJ.**

La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, puso fin a un vacío legal existente hasta ese momento en nuestro ordenamiento jurídico, y estableció el recurso de revisión como mecanismo procesal adecuado para revisar resoluciones judiciales firmes cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) haya declarado que tales resoluciones se han dictado conculcando derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH). La presente sentencia trata una cuestión que se suscitaba antes de que se operase tal reforma, como era la posible utilización del incidente extraordinario de nulidad de actuaciones como mecanismo para valorar si resoluciones judiciales firmes habían incurrido en vulneración de derechos fundamentales, cuando una Sentencia del TEDH había apreciado tal vulneración.

Los hechos del caso son los siguientes: En el año 2005, la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía declaró en situación de desamparo a una menor, hija de la hoy recurrente. El 23 de marzo de 2007 se formuló propuesta de constitución judicial de acogimiento familiar preadoptivo a la que se opuso la recurrente. El Juzgado de Primera Instancia número 16 de Granada desestimó la oposición de la madre en Sentencia de 4 de noviembre de 2009, que fue confirmada en apelación por Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 18 de junio de 2010 (firme desde el 15 de septiembre de ese mismo año). Después de interponer recurso de amparo –que fue inadmitido– la recurrente formuló demanda ante el TEDH, el cual declaró que se había producido una violación del artículo 8 del CEDH en Sentencia de 18 de junio de 2013 (Asunto R. M. S. c. España). El TEDH entendió que se había producido una violación del derecho de la demandante a vivir con su hija, ya que el lapso de tiempo transcurrido «*consecuencia de la inercia de la Administración y la propia inercia de las jurisdicciones internas*» había imposibilitado el reagrupamiento familiar entre la demandante y su hija. Por ello, el TEDH, tras declarar la violación del artículo 8 del CEDH, establecía que las Autoridades nacionales competentes debían tomar las medidas apropiadas en el interés superior de la niña, y condenaba al Estado al pago de una cantidad en concepto de daño moral, gastos y costas.

Tras la Sentencia del TEDH, la recurrente formuló incidente extraordinario de nulidad de actuaciones ante el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Granada, en relación con la sentencia de 4 de noviembre de 2009, y solicitó la reposición de las actuaciones al momento anterior a la misma así como el dictado de una nueva resolución conforme a la Sentencia del TEDH. El incidente de nulidad fue inadmitido por auto de 9 de enero de 2014, con fundamento en el artículo 46.2 del CEDH y en el artículo 241.1 de la LOPJ. Conviene destacar, por los motivos que se desarrollarán a continuación, que la referencia al artículo 241.1 de la LOPJ se hacía en los siguientes términos

*«no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo, podrían pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión o en la incongruencia del fallo [...]»*, esto es, con la redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007.

La demandante de amparo interpuso recurso de apelación contra el citado auto, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Granada por Auto de 3 de septiembre de 2014.

Tras ello, interpuso recurso de amparo en el que alega: i) vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la CE) en relación con el artículo 10.2 CE y 13 del CEDH, al entender que tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones es el mecanismo idóneo para que los tribunales españoles apliquen las sentencias emanadas del TEDH, ante la falta de un instrumento específico para tal fin, y ii) vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) al considerar que las resoluciones judiciales recurridas no estaban motivadas.

Admitida a trámite la demanda, la Junta de Andalucía y el Ministerio Fiscal presentaron sus alegaciones. Así, la Letrada de la Junta solicitó la inadmisión o subsidiaria desestimación de recurso alegando, fundamentalmente i) que la sentencia del TEDH había sido cumplida ya que el Estado había pagado la cantidad establecida; ii) que la sentencia no había sido correctamente interpretada ya que sólo se preveía el restablecimiento de la situación anterior cuando fuese posible, y en el caso de autos, ello era contrario al interés de la menor, y iii) inidoneidad del incidente excepcional de nulidad para ejecutar las sentencias del TEDH.

El Ministerio Fiscal, por el contrario, interesó el otorgamiento del amparo al entender que, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007 –y antes de la producida por la Ley Orgánica 7/2015–, el incidente de nulidad de actuaciones es el medio idóneo para la ejecución de las Sentencias del TEDH, ante la falta de previsión normativa específica para ello.

Una vez expuesto tanto el relato fáctico como las alegaciones de las partes, entramos en la fundamentación jurídica de la sentencia. El Tribunal Constitucional centra el objeto del recurso en el control de constitucionalidad del Auto de 9 de enero de 2014 del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Granada que inadmitía el incidente de nulidad de actuaciones y la posible vulneración del derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE).

De este modo, el Tribunal centra su análisis en dos aspectos. De un lado, la eficacia interna de las Sentencias del TEDH en relación con procesos judiciales concluidos por resolución judicial firme y efectos de cosa juzgada; y, por otro lado, la utilización del incidente de nulidad como mecanismo para lograr tal eficacia y su relación con el derecho a acceder a los recursos legalmente establecidos.

Respecto de la primera cuestión, señala que si bien el CEDH no obliga a dar cumplimiento a las sentencias del TEDH mediante la anulación de resoluciones judiciales firmes, ello no es un obstáculo para la pretensión de la recurrente –que no es sino la obtención de una respuesta motivada al incidente– en tanto el recurso de amparo se configura como *«un medio excepcional de protección de los derechos fundamentales, al fisca-*

lizar el cumplimiento que de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos realicen los órganos judiciales» (ATC 132/2013, de 29 de mayo, FJ4).

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, indica que la utilización del incidente excepcional de nulidad de actuaciones vino motivada por la ausencia, en ese momento, de un cauce específico en nuestro ordenamiento jurídico para lograr la efectividad de las Sentencias del TEDH. Recuerda el Tribunal que este vacío legal ha quedado cubierto por la Ley Orgánica 7/2015, que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial y establece el recurso de revisión como mecanismo para recurrir las resoluciones judiciales firmes cuando el TEDH haya declarado que las mismas han sido dictadas con vulneración de los derechos reconocidos en el CEDH y los efectos de la violación no puedan cesar de otro modo. Destaca que la inadmisión del recurso de revisión afecta al derecho a acceder a la jurisdicción, y que por ello, las causas de inadmisión deben ser interpretadas conforme al principio *pro actione*.

A continuación, en el FJ 5, el Tribunal recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de obtención de un pronunciamiento judicial, queda también satisfecho con una resolución de inadmisión motivada que, en el caso del incidente extraordinario de nulidad de actuaciones, adquiere una especial relevancia. Así, señala que antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007 el ámbito el incidente de nulidad quedaba circunscrito a los supuestos de defectos formales que hubiesen causado indefensión. Con la reforma el incidente quedó configurado como un mecanismo para denunciar la vulneración de derechos fundamentales susceptibles de amparo (artículo 53.2 CE) y fue reconocido por el Tribunal Supremo como «el medio más idóneo para valorar si se ha producido una vulneración de derechos fundamentales conforme a la interpretación que de los mismos» realiza el TEDH (ATS de 2 de febrero de 2015). Es por ello, por lo que el Tribunal Constitucional concluye que en estos casos debe realizarse una interpretación restrictiva de las causas de inadmisión.

Refiriéndose al caso concreto, el Tribunal indica que el Auto impugnado fundamentó la inadmisión del incidente de nulidad, de modo principal, en el artículo 241 LOPJ, pero en su redacción anterior a la reforma, esto es, cuando el incidente se preveía sólo para defectos formales, omitiendo el nuevo ámbito de aplicación, mucho más amplio del incidente, como mecanismo de protección de derechos fundamentales. De este modo, destaca el Tribunal que el órgano judicial no solo aplicó una disposición derogada, sino que además no cumplió con la obligación de interpretar restrictivamente las causas de inadmisión ni con la de motivar la resolución.

En último lugar, añade el Tribunal Constitucional que, en el caso de autos, al estar afectada una menor, la actuación judicial tenía que estar presidida por el interés superior del menor, lo que exigía una mayor flexibilidad procedimental.

En consecuencia, el Tribunal otorga el amparo al considerar que la decisión sobre la admisión o no del incidente de nulidad no puede conculcar el interés superior de la menor, que requiere obtener lo antes posible una resolución judicial motivada que le permita conocer si su situación de acogimiento queda o no afectada por la Sentencia del TEDH –más aún cuando existe un procedimiento de adopción de la menor en curso–.

**STC 69/2016, de 14 de abril.**

**RA: Estimado parcialmente.**

**Ponente: Pérez de los Cobos. Votos particulares discrepantes de Valdés Dal-Ré y Asúa Batarrita, al que se adhiere Xiol Ríos, y Roca Trías.**

**Conceptos: Derecho a la huelga. Piquete informativo. Daños materiales. Daños corporales. Responsabilidad civil extracontractual. Solidaridad impropia.**

**Preceptos de referencia: Art. 28.2 CE. Art. 1902 CC. Actual artículo 315 CP.**

La importancia de esta sentencia bien podría describirse sobre la base de dos atributos no siempre fáciles de integrar: novedosa y compleja. Es ciertamente novedosa por tratarse de la primera vez que el Tribunal Constitucional analiza los límites del derecho de huelga (28.2 CE) desde una perspectiva estrictamente civil, y en concreto patrimonial, determinando la responsabilidad civil extracontractual que puede exigirse por los daños corporales y materiales causados durante el desarrollo de una huelga. Es también compleja porque, como pronto se verá, el fallo y los distintos votos particulares agotan todos los posibles posicionamientos del tribunal sobre qué debió decidirse en el caso de autos: o estimar íntegramente, o sólo parcialmente, o desestimar en su totalidad la solicitud de amparo.

Los hechos probados en la sentencia de instancia –y la posible imputación o no de los mismos al demandante de amparo– son meticulosamente analizados por el Alto Tribunal. Durante la jornada de huelga general del 29 de septiembre de 2010, don Francisco de la Rosa Castillo era el líder o cabecilla de un piquete informativo, formado por más de cien personas entre los que se integraban tanto huelguistas afiliados a sindicatos como otros sujetos que no lo estaban. El piquete se presenta delante de un pub que se encontraba abierto, y don Francisco mantiene una muy acalorada discusión con su propietario, quien no tenía intención de secundar la huelga. En el transcurso de esta discusión, el primero profiere expresiones tales como «*cabrón, cierra hijo de puta, qué hacéis ahí*», incitando en todo momento a que se cerrara el pub en cuestión. En un momento determinado, el propietario reprende a un huelguista que se ha subido sobre una mesa, iniciándose a continuación un tumulto en el que el propietario sufre distintas lesiones corporales, sin que pueda concretarse a manos de quién. Durante dicho tumulto, el Sr. de la Rosa «*no profería expresiones apaciguadoras, sino todo lo contrario*». Finalmente, el propietario del pub optó por cerrar su negocio.

Francisco de la Rosa es condenado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Albacete a resarcir al propietario de los daños corporales y materiales, éstos últimos por lucro cesante, que sufrió el día de autos. Entiende el juzgado que los daños materiales son directamente atribuibles al Sr. de la Rosa, que mantuvo una actitud intimidatoria y agresiva hacia el propietario del local a fin de que lo cerrara; comportamiento que por su naturaleza coercitiva debe quedar extramuros de la protección constitucional (con cita de las STC 71/1992 y 137/1997). En relación con los daños corporales, también condena al Sr. de la Rosa a resarcirlos, a pesar de no haber podido probarse que fuera él el causante directo de los mismos. Entiende el juzgado que es de aplicación al caso de autos la doctrina jurisprudencial consistente en exigir responsabilidad civil a los sindicatos por los daños procedentes de los delitos de quienes guardan con ellos una relación de dependencia (afiliados, simpatizantes...), por más que en este caso se trate de ilícitos civiles, y no penales.

La demanda de amparo tiene una fundamentación clara y contundente: la sentencia de instancia lleva a cabo una interpretación de la legalidad ordinaria restrictiva del derecho de huelga. Ello es así porque, en el caso de los daños corporales, hace descansar la imputación de la responsabilidad en quienes, como el Sr. de la Rosa, son individuos que a título estrictamente individual se limitan a dirigir un piquete informativo. En el caso de los daños materiales, la crítica es quizá un tanto más genérica, toda vez que el demandante considera que los esquemas de responsabilidad civil tradicionales deben matizarse en el supuesto de daños derivados del ejercicio del derecho de huelga, para evitar mermar o limitar la eficacia del derecho.

El Tribunal Constitucional analiza separadamente los dos resultados dañosos. Comienza recordando la jurisprudencia consolidada sobre la extensión y los límites del derecho de huelga, para subrayar que, si bien es cierto que dicho derecho «*abarca no sólo la publicidad de la huelga, sino también de sus circunstancias o de los obstáculos que se oponen a su desarrollo, a los efectos de exponer la propia postura, recabar la solidaridad de terceros o superar su oposición*» (STC 137/1997), también lo es que son conductas ajenas al ejercicio del derecho el impedir la entrada a trabajadores al centro de trabajo o amenazarlos para que lo abandonen (ATC 570/1987), causar incendios o daños en las instalaciones de la empresa (ATC 158/1994) o injuriar o insultar a quienes no secundan la huelga (STC 40/1995). Este recorrido le lleva a concluir que las intimidaciones e insultos que el demandante de amparo profirió contra el propietario del local para que lo cerrara transgreden los límites del artículo 28.2 CE y restringen ilegítimamente otros bienes y derechos; luego el amparo debe ser denegado.

Más compleja es la valoración en el caso de los daños corporales. El Tribunal comienza advirtiendo de que la doctrina aplicada en la instancia –responsabilidad civil de los sindicatos por los actos ilícitos cometidos por sus afiliados o dependientes– no es aplicable a este supuesto en el que el condenado es la persona física cabecilla o líder de un piquete informativo, pero no una organización sindical. Antes bien, recuerda que tanto en el ámbito penal (STC 254/1988) como en el estrictamente laboral (ATC 158/1994), para imponer sanciones penales o disciplinarias a los participantes en piquetes coactivos o violentos se requiere de una individualización adecuada de cuáles fueron las conductas que cada participante llevó a cabo. En el caso que nos ocupa, no constando que la agresión fuera causada o instigada por el Sr. de la Rosa, se ha llevado a cabo una imputación de responsabilidad lesiva de su derecho a la huelga, toda vez que la condición de integrante o incluso de líder de piquete no puede considerarse título bastante para sostener tal imputación. Por todo ello se otorga, en este caso sí, el amparo constitucional.

Como ya se anunciaba en la introducción, los votos particulares son especialmente ricos, meticulosos y complementarios del fallo de la sentencia. Valdés Dal Ré (y junto con él, Asúa Batarrita y Xiol Ríos) aboga por conceder un amparo íntegro, que abarque ambos eventos dañosos. Muestra su disconformidad con la denegación de amparo frente a la condena a resarcir el lucro cesante por dos motivos. En primer lugar, por no considerar suficientemente acreditado que el cierre se debió efectivamente a la presión ejercida por el Sr. de la Rosa. Así, entiende que la narración fáctica que consta en los hechos probados es especialmente débil como para poder colegir que la conducta del líder del piquete fuera, objetiva e indefectiblemente, la razón que llevó al cierre del local. Como segundo motivo, señala que aún en el caso de que tal causalidad estuviera clara y objetivamente determinada, la valora-

ción del suceso no puede desentenderse de su contexto: el curso de una huelga, en cuyo desarrollo deben admitirse también las actitudes tendentes a superar la oposición a la misma. Por tanto, únicamente si los daños trajeran causa de un hecho ajeno y desvinculado del conflicto colectivo podría condeñarse a indemnizarlos; en otro caso se estaría avanzando por una senda restrictiva del derecho fundamental.

El voto particular de Roca Trías combate las conclusiones del Pleno en el otro evento dañoso. Comienza recordando la existencia de otros derechos en juego, como serán los relativos a la integridad física (15 CE), propiedad (33 CE), trabajo (35 CE) o libertad de empresa (38 CE). Para la magistrada, no puede sostenerse que reparar los daños (corporales o materiales) causados en una jornada de huelga es un límite a dicho derecho, sino más bien todo lo contrario: no exigir tal responsabilidad supondría privilegiar injustificadamente el derecho de huelga sobre otros derechos o principios constitucionales. En el presente caso la equiparación entre régimen penal y laboral con el régimen civil es artificiosa y un tanto forzada, toda vez que existe, en el ámbito del derecho civil patrimonial, la figura conocida doctrinalmente como «solidaridad impropia». Este criterio de imputación no se basaría en una estricta individualización del daño sino más bien en la generación de un riesgo que a la postre se ha concretado. Así, permitiría evitar parcelas de impunidad de aquellas conductas que exceden de los límites ordinarios del derecho de huelga, y su aplicación al líder del piquete habría sido no sólo necesaria, sino también constitucional.

Es curioso comprobar cómo la orientación de cada uno de los votos particulares parece reflejar también la trayectoria profesional de su autor (el primero, catedrático de Derecho Laboral, la segunda, de Derecho Civil), y cómo el Pleno ha optado, finalmente, por un criterio intermedio: la responsabilidad civil extracontractual no puede entenderse en nada derogada cuando se origine en el marco de derechos constitucionales, pero las reglas de imputación de dicha responsabilidad, por la gravedad de los intereses en juego, sí deberá aplicarse de una manera restrictiva.

**STC 81/2016, 25 de abril.**

**CI: Estimada. Se declara nula la previsión «c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes», de la DA 15.<sup>a</sup> de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2008.**

**Ponente: Martínez-Vares. Voto particular discrepante de Pérez de los Cobos y Ollero Tassara.**

**Conceptos: Unión de hecho. Igualdad ante la ley. Pensiones. Exigencia de haber tenido hijos comunes.**

**Preceptos de referencia: Arts. 14 y 9.2 CE. DA 15.<sup>a</sup> de la Ley 51/2007 de Presupuestos Generales del Estado para 2008.**

D.<sup>a</sup> Concepción Indarte solicitó el 19 de septiembre de 2006 la pensión que pudiera corresponderle, al amparo del título II de la Ley 37/1984, como pareja de hecho de don J. G. G., fallecido el 24 de agosto de 2006. La Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas denegó la solicitud por acuerdo de 20 de octubre de 2006, por no cumplirse los requisitos previstos en la letra c) de la DA 15.<sup>a</sup> de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2008. De acuerdo con esta

norma: *«Procederá el derecho a pensión de viudedad por el Régimen de Clases Pasivas del Estado, cualquiera que sea su legislación reguladora, así como por la legislación especial de guerra, cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, concurran las siguientes circunstancias: ... «c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes»»* (comillas internas añadidas). Tras reiterados intentos y negativas, la Sra. Indarte acudió a los tribunales en demanda de que se le reconociera el derecho a una pensión de viudedad. A este objeto invocaba la STC 41/2013, de 14 febrero, que había declarado inconstitucional la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 y, en concreto, el requisito de que existieran hijos comunes.

La Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional acordó el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto de la señalada letra c) de la DA 15.ª de la Ley 51/2007. A su juicio, la norma, cuya aplicación no podía eludir, comportaba un trato desfavorable no justificado que podría lesionar el art. 14 CE en relación con el art. 9.2 CE, por las mismas causas que llevaron a la declaración de inconstitucionalidad de idéntico requisito en la DA 3.ª de la Ley 40/2007 mediante la STC 41/2013, de 14 de febrero.

Tanto la Fiscalía General del Estado como la solicitante de la prestación de viudedad compartían los argumentos de la Audiencia. El Abogado del Estado, no obstante, se oponía a la pretendida inconstitucionalidad. Alegaba que los supuestos contemplados en ambas normas no eran idénticos pues *«la STC 41/2013 se refería a una pareja de hecho homosexual y a una pensión en el régimen general de la Seguridad Social, mientras que en supuesto que ahora se analiza se trata de pareja de hecho heterosexual y sometida la prestación al sistema de clases pasivas del Estado, diferencia suficiente para que no sean sin más aplicables los argumentos de la citada STC 41/2013, de 14 de febrero»* (FJ 1).

Contra lo sostenido por la Abogacía del Estado, sin embargo, el Tribunal considera que la doctrina de la STC 41/2013 es plenamente aplicable al caso y, por tanto, debe llegarse a la misma conclusión. En este sentido afirma en su sentencia que: *«Tal declaración de inconstitucionalidad es aplicable a la letra c) de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2008, que establece idéntico requisito para acceder a la pensión de viudedad por el régimen de clases pasivas del Estado, y a la que le son aplicables las mismas razones que nos llevaron a descartar la ausencia de justificación objetiva relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad. Tal conclusión no puede verse afectada ni por la distinta orientación sexual de la pareja –a la que alude el Abogado del Estado–, pues tal circunstancia no se consideró «factor determinante» en la STC 41/2013, ni tampoco porque la beneficiaria esté sometida al régimen de clases pasivas del Estado, en tanto que la mayor estabilidad y permanencia del régimen funcional frente al laboral no torna en justificada y proporcionada la diferencia de trato que se establece entre parejas de hecho en razón a que hubieran tenido o no hijos en común. A lo que cabe añadir que no son escasos los colectivos de funcionarios que están incluidos en el régimen general de la Seguridad Social»* (FJ 3).

La conclusión no puede ser así otra que la declaración de nulidad por inconstitucionalidad. La sentencia cuenta con un voto particular cuyos firmantes se remiten, sin más, al que suscribieron con ocasión de la STC 41/2013.



**STC 82/2016, 28 de abril.**

**RI: Estimación. Nulidad total de la Ley valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen económico matrimonial.**

**Ponente: Roca Trias. Voto particular discrepante de Xiol Ríos.**

**Conceptos: Derecho civil valenciano. Competencias estatales y autonómicas en materia civil. Derecho civil valenciano vigente al entrar en vigor la Constitución y Derecho foral histórico del Reino de Valencia. Derecho civil consuetudinario. Concepto de costumbre. Exigencia de prueba. El Derecho civil como Derecho de la libertad y la autonomía.**

**Preceptos de referencia: Art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE. Arts. 7, 49.1-2 y DT 3.<sup>a</sup> del Estatuto de Autonomía de Valencia de 2006.**

**1. Introducción.**—España no es un país muy grande, pero sí complicado. Ello se manifiesta de forma muy visible en la legislación civil en la que impera una importante diversidad, a duras penas ordenada por las sentencias del Tribunal Constitucional. Pocas normas hay tan complejas como el torturado art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE que empieza proclamando la competencia exclusiva del Estado para legislar en materia civil para, al fin, tras meandros y vericuetos, dejar al lector sumido en el desconcierto. De acuerdo con la norma, la competencia del Estado es «*sin perjuicio*» de la que ostentan algunas Comunidades Autónomas («*regiones*» unas, «*nacionalidades*» otras) para la «*conservación, modificación y desarrollo*» de su Derecho civil propio o, más específicamente, del que estuviera vigente al aprobarse la Constitución en 1978 («*allí donde existan*»). Las competencias autonómicas, empero, quedan sujetas a un límite infranqueable, marcado con un tajante «*en todo caso*» que, sin embargo, a la postre no lo es del todo pues, en materia de fuentes (nada menos), el Estado debe respetar las normas de Derecho «*foral o especial*». Un verdadero campo de minas interpretativo en el que es fácil perderse sin ayuda de la Historia. Eso es lo primero que habría que explicar a un jurista extranjero —persa o no— que pretendiera sacar algo claro del art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE. La «*solución*» que en él se recoge (incompleta, pues debe leerse con los correspondientes Estatutos de Autonomía) no es racionalista sino historicista y fue aceptada, como cabe sospechar, no tanto por convicción como por resignación, de unos y otros; o, si se quiere, por esa mezcla de audacia, altura de miras, impotencia y pereza que, interrumpida por momentos de agitación estéril, ha ido construyendo la reciente historia del país.

**2. ¿Derecho civil valenciano?**—Cuando se aprobó la Constitución muchos pensaron que el dato histórico de referencia (el «*allí donde existan*») venía marcado por el proceso compilador. Aunque desinformada, era la lectura más simple. Con ella, sólo las Comunidades Autónomas cuyo Derecho civil se llegó a materializar en una Compilación podrían asumir competencias en esta materia. El Derecho compilado sería además el único terreno a cultivar. Eso dejaba claramente fuera a Valencia cuyo Derecho civil, que lo tuvo, fue derogado en 1713 por la nueva dinastía borbónica en plena Guerra de Sucesión. Quizá por ello nadie pareció acordarse de Valencia cuando, en pleno franquismo, se decidió reunir las «*especialidades forales subsistentes*» en textos breves, como una solución de tránsito para llegar, al fin, a un Código civil español que lo fuera de verdad pues, en este ámbito y como es notorio, la codificación era, en buena medida, la crónica de un fracaso. Por esta razón pudo sorprender que, en un momento determinado, el Parlamento valenciano aprobara una ley claramente civil: La Ley 6/1986, *de Arrenda-*

*mientos históricos valencianos* (parcialmente modificada por la Ley 8/2002 y hoy ya derogada y sustituida por la Ley 3/2013 *de los Contratos y otras relaciones jurídicas agrarias*). En realidad, era obvio que tarde o temprano Valencia aprobaría leyes civiles pues el art. 31.2 del Estatuto de Autonomía de 1982 se refería expresamente a la competencia exclusiva de la Generalidad en materia de «*conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano*». Aun así la ley, aunque muy medida, llamó la atención (¿Valencia legislando en materia civil?) y algunos de sus preceptos fueron recurridos por el Gobierno de España. Simplificando mucho, en el recurso se sostenía que los valencianos podían seguir teniendo costumbres arrendaticias agrarias e incluso modificarlas y desarrollarlas, pero sin legislar al respecto. Algo bastante absurdo pues, para crear Derecho mediante la costumbre, los valencianos no habrían necesitado en absoluto una norma estatutaria, bastándoles, como a todos, el art. 1 del Código civil español; aunque, paradójicamente, quizá no para crear «Derecho civil valenciano» sino «Derecho civil español en Valencia», por decirlo de alguna manera. Además, el Estatuto reconocía la competencia normativa a la «Generalidad» (que aprueba leyes) y no específicamente al pueblo valenciano (que, de forma directa, sólo puede crear Derecho mediante la costumbre).

En aquella ocasión el TC (sentencia 121/1992) dejó claro que las competencias civiles no se limitaban a las Comunidades que tuvieran un Derecho civil compilado: «*El amplio enunciado de esta última salvedad («Derechos civiles forales o especiales») permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución, por más que fueran aquellos Derechos ya legislados, sin duda, los que se situaron como referencia principal para el constituyente a la hora de articular, en este punto, las competencias del Estado y las que pudieran ser asumidas por las Comunidades Autónomas en los Estatutos respectivos»* (STC 121/1992, FJ 1, II). Nada impedía pues que Valencia utilizara la ley para fijar y, en su caso, modificar y desarrollar ciertas normas civiles consuetudinarias en materia de arrendamientos históricos agrarios: «*La Ley autonómica impugnada declara su propósito de formalizar y fijar unas determinadas reglas consuetudinarias que, hasta hoy, se habrían venido aplicando sólo a unos ciertos contratos (los llamados «arrendamientos históricos») que, al menos en parte, se habrían regido por una costumbre que sería especial no sólo por su peculiaridad sustantiva respecto al Derecho común sino también por su alcance limitado y definido en el tiempo. Esta costumbre especial es, como inequívocamente expresa el art. 1 de la Ley impugnada, a la que se ha querido dar forma de Ley, configurando dentro del Derecho arrendaticio rústico un ius singulare, en el doble sentido de ser, en primer lugar, un régimen diferenciado del civil común y, en segundo lugar, en el territorio autonómico, una ordenación específica para ciertos contratos de arrendamiento, singularizados por haber venido siendo sometidos previamente a una costumbre cuyas reglas recoge la Ley»* (STC 121/1992, FJ 2, V). La Ley valenciana fue al fin declarada constitucional salvo en algunos aspectos que infringían la competencia exclusiva del Estado en materia procesal. La sentencia, sin embargo, no fue unánime. Significativamente uno de los dos votos particulares discrepantes expresaba el temor de que se hubiera abierto, o al menos entreabierto, lo que describía como «*la caja de Pandora*».

De no haber fallecido en 1997, el magistrado discrepante, De la Vega, habría dado por confirmado su temor a la vista de las leyes que más tarde llegarían, amparadas en la reforma del Estatuto de autonomía valenciano (EAV, LO 1/2006). El nuevo art. 49.1.2.<sup>a</sup> EAV mantuvo la fórmula según la cual la Generalidad tiene competencia exclusiva sobre la «*conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano*». Pero la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> EAV parecía ir más allá –o así podría entenderse– al remitir no ya al Derecho civil existente al aprobarse la Constitución de 1978 sino al Derecho civil histórico anterior. De acuerdo con la norma citada: «*La competencia exclusiva sobre el Derecho civil foral valenciano se ejercerá, por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, «a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia», que «se recupera» y actualiza, al amparo de la Constitución Española*» (comillas internas añadidas). En el mismo sentido y de forma más general, el art. 7 del Estatuto dispone que la Generalidad «*procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia*».

**3. El nuevo régimen económico matrimonial valenciano.**—La impugnada Ley 10/2007, tras unas «*disposiciones generales*» (arts. 1 a 7), regulaba «*las cargas del matrimonio*» (arts. 8 a 15), «*la vivienda habitual de la familia*» (arts. 16 a 21), la «*carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales*» (art. 22 a 30; este último luego derogado), las «*donaciones por razón de matrimonio*» (arts. 31 a 37, este último también derogado más tarde), el régimen de «*germanía*» (arts. 38 a 43) y el régimen supletorio de separación de bienes (arts. 44 a 48, los dos últimos también derogados más tarde). La regulación se completaba con varias disposiciones adicionales, transitorias y finales. Sin duda, lo más llamativo y de mayor impacto social era la sustitución del tradicional régimen supletorio de gananciales por el de separación de bienes para los matrimonios contraídos tras la entrada en vigor de la ley (*cf.* arts. 6 y 44 y DT 1.<sup>a</sup>). Conscientes o no de ello (este tipo de operaciones no suelen aparecer en los programas electorales y se cocinan entre académicos y políticos, con el concurso de algunos abogados, notarios y otros profesionales), los valencianos pasaron así a casarse en régimen de separación cuando hasta entonces lo habían venido haciendo en régimen de comunidad. Como cabe suponer, el Preámbulo explica las razones de las Cortes valencianas y su esfuerzo por entroncar con el Derecho civil histórico: «*De esta manera, el Derecho Civil alumbrado en el ejercicio de la competencia del artículo 49.1.2.a) del Estatuto entronca incuestionablemente con el que fuera nuestro Derecho Foral civil, del que se separa sólo en aquello en lo que se debe dar respuesta a las exigencias más urgentes de nuestra sociedad y en lo que exige el respeto a los valores y principios de nuestra Constitución, la cual opera, precisamente, desde esos mismos principios y valores, como causa irrenunciable de la “reintegración a los valencianos del que fue su Derecho Foral civil”, llenando así, con esta actualizada y constitucionalizada reintegración, una parte del contenido de la competencia que el artículo 49.1.2.a) del Estatuto de Autonomía reconoce en exclusiva a La Generalitat, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 y la disposición transitoria tercera de este mismo Texto Legal*» (comillas internas añadidas). El objetivo declarado era la elaboración de un Código y, en este sentido, el Preámbulo explicaba que: «*Esta Ley es el primer paso en la recuperación del Derecho Foral valenciano*», con el objetivo y la intención de poder desarrollar en el futuro un

«Código de Derecho Foral valenciano» que englobe las distintas leyes sectoriales que se promulguen»(comillas internas añadidas).

**4. Recurso del Gobierno y alegaciones de las partes.**—La Ley 10/2007 fue recurrida en su integridad por el Presidente del Gobierno español por entender que infringía la competencia exclusiva del Estado para legislar en materia civil y, además, en el caso de dos preceptos (arts. 27.2 y 39, Ley 10/2007), por no respetar la reserva de la ordenación de los registros e instrumentos públicos. Para la Abogacía del Estado la ley 10/2007 habría venido a romper con *«la pacífica interpretación del art. 149.1.8 CE, en cuya virtud las Comunidades Autónomas sin Derecho foral compilado sólo tienen competencia para legislar las costumbres derivadas de los antiguos fueros que hayan subsistido»* [Antecedente 1, b) STC 82/2016]. Tal interpretación, fue respetada por la Ley 6/1986 de arrendamientos históricos (STC 121/1992). Sin embargo, proseguía la Abogacía, tras la reforma estatutaria de 2006 la Generalidad habría considerado que su competencia ya *«no sólo tiene como presupuesto la vigencia de un derecho consuetudinario en el momento de entrar en vigor la Constitución, sino que su contenido se extiende al desarrollo de las materias reguladas en los Fueros del Reino de Valencia que deben armonizarse con los principios y valores constitucionales»* (ibídem). Ello supondría, siempre a juicio de la Abogacía, *«forzar una diversa interpretación del art. 149.1.8 CE»* (ibídem) con la simple base de una reforma estatutaria. El Decreto de Nueva Planta de 29 de junio de 1709 *«supuso la definitiva abolición y derogación de los fueros de Valencia, que nunca se recuperaron, a diferencia de lo ocurrido en otros territorios»*. Por ello, *«tras casi tres siglos de vigencia del Derecho civil común en [la] Comunidad Autónoma, el Derecho civil valenciano que pueda estar vigente es exclusivamente de carácter consuetudinario, y vinculado esencialmente a costumbres de carácter agrario o pesquero, además de los arrendamientos históricos»* [Antecedente 1, d) STC 82/2016]. Resumiendo, Valencia estuvo en el bando perdedor en la lejana Guerra de Sucesión y, con posterioridad, no se han dado, o no se han hecho valer, razones para permitirle disfrutar de un estatuto diferente.

Como cabe suponer, las instituciones valencianas (Cortes y Generalidad) opusieron argumentos formales y de fondo. Entre los primeros, alegaban que, en realidad, el recurso debía haberse dirigido contra el reformado Estatuto de Autonomía pues la Ley 10/2007 se ajustaba escrupulosamente a él (Antecedente 6 STC 82/2016). Asimismo adujeron que no cabía recurrir la totalidad de la ley cuando el debate había quedado acotado a unos cuantos preceptos en la *«Comisión Bilateral de Cooperación»* entre la Administración General del Estado y la Generalidad Valenciana. Ir más allá, denunciaban, suponía una *«patente falta de lealtad institucional»* (Antecedente 7 STC 82/2016). En cuanto al fondo, se ponía énfasis en la reforma estatutaria de 2006. Esta reforma, razonaban las Cortes valencianas, *«asume la constitucionalidad de la recuperación y plena actualización del Derecho civil foral»* e impide que pueda *«llevarse a cabo una «interpretación reduccionista» de la competencia autonómica en materia de Derecho civil que la limite a normas consuetudinarias»*. El Estatuto, proseguían, contempla la recuperación y actualización *«de la normativa foral del histórico Reino de Valencia»*, de modo que *«la incorporación del término “foral” en el nuevo art. 49.1.2 EAV de 2006 despeja definitivamente todas las dudas sobre la plena capacidad legislativa en materia foral, y zanja, de una vez por todas, el debate doctrinal acerca de*

la expresión “allí donde existan” (art. 149.1.8 CE)». Su conclusión era rotunda: «A partir de este momento, ya no cabe interpretar el derecho civil autonómico referido sólo a la entrada en vigor de la Constitución Española, sino también a cualquier momento anterior, aunque en 1978 se encontrara derogado» (Antecedente 6 STC 82/2016). En parecidos términos se expresaba la Abogacía de la Generalidad, poniendo en particular de manifiesto «la clara intención del Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana, desde su inicial aprobación en el año 1982, de equipararse a los Estatutos de los territorios que gozaban de unos derechos forales compilados en el momento de entrada en vigor de la Constitución Española, alejándose de aquellos otros Estatutos como el asturiano, el extremeño o el murciano, carentes de dicho acervo jurídico y cuya forma de enfocar sus competencias en materia civil estaba claramente volcada a la tutela de las costumbres que pudieran subsistir» [Antecedente 7, d) STC 82/2016].

**5. Cuestiones de orden procesal: Extemporaneidad parcial y reforma posterior de la ley recurrida.**—El TC admite que el recurso del Gobierno es extemporáneo en relación con los preceptos ajenos a las discrepancias fijadas en el acuerdo de la *Comisión Bilateral de Cooperación*. En este sentido, con invocación tanto de la LOTC como de sentencias anteriores, el TC afirma que: «La identificación de los preceptos conflictivos que realiza el acuerdo de la correspondiente Comisión bilateral de cooperación exigido por el art. 33.2 LOTC, limita el ámbito objetivo del recurso de inconstitucionalidad [...] Ello implica que el objeto del presente recurso quede circunscrito a los 11 preceptos mencionados en el acuerdo de la Comisión Bilateral [...] pues respecto al resto, el recurso es extemporáneo, resultando dicho defecto insubsanable al haber transcurrido ya los plazos de impugnación de la norma establecidos en los apartados 1 y 2 del art. 33 LOTC» (FJ 2). El recurso contra esos otros preceptos no puede pues admitirse a trámite. Ello no impedirá, sin embargo, que el TC entre al fin a analizar y declarar, de oficio, la inconstitucionalidad de la ley en su conjunto por la conexión existente entre los artículos cuyo recurso se admite y aquellos otros que, en principio, quedaron al margen. Como explicará el FJ 7: «Sentado todo lo anterior, este Tribunal estima necesario, al amparo del art. 39 LOTC, además de la inconstitucionalidad de los arts. 15, 17.2, 27.2, 30, 33, 37, 39, 42, 46, 47 y 48 de la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007 que son los únicos impugnados que no se han declarado extemporáneos, declarar la inconstitucionalidad del resto de normas que integran la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano impugnada por conexión o consecuencia, dado que la vulneración competencial declarada concurre en todas las disposiciones que en ella se contienen».

La sentencia descarta asimismo que las reformas llevadas a cabo por la ley 8/2009 (de *Modificación de la ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen económico matrimonial valenciano*) priven de objeto al recurso interpuesto (vid. el análisis de los diversos preceptos reformados que, a este objeto, se desarrolla en el FJ 3 de la sentencia).

**6. Limitación del ámbito competencial valenciano en materia civil.**—En lo esencial, la sentencia del TC se centra en cortar cualquier posibilidad de remontarse a un pasado anterior a la Constitución de 1978. El único Derecho civil propio que la Comunidad puede conservar, modificar y desarrollar es el que existía en Valencia en ese momento. No cabe acudir a los

históricos Fueros del viejo Reino, abolidos –más que derogados– por el correspondiente Decreto de Nueva Planta: «*La competencia autonómica en materia de Derecho civil foral valenciano tiene su origen en la transferencia efectuada por la Ley Orgánica 12/1982, que en ningún caso podía ir más allá de lo dispuesto en el art. 149 CE, por lo que la competencia autonómica se debe situar necesariamente en el marco de lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE, que permite a las comunidades autónomas legislar en orden a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral o especial existente a la aprobación del texto constitucional, sin que la argumentación esgrimida por los recurrentes permita admitir la existencia de un Derecho foral valenciano susceptible de actualización independientemente de su preexistencia*» (FJ 3). Debe rechazarse pues la pretensión de que el nuevo Estatuto de 2006 haya cambiado las cosas mediante su art. 7 y su DT 3.<sup>a</sup> pues todos los Estatutos de autonomía están subordinados a la Constitución: «*Las previsiones estatutarias pueden de algún modo contribuir a interpretar otras normas de ese mismo Estatuto [...] y perfilar las competencias reservadas al Estado en el art. 149.1 CE*», pero «*lo que no pueden hacer en modo alguno es negar o impedir con ello el ejercicio de las competencias propias y exclusivas del Estado*» [FJ 3, b)]. Y concluye: «*En síntesis, debemos afirmar que si bien la Comunidad Autónoma Valenciana posee competencia legislativa en materia de Derecho civil valenciano, tal y como expresa su Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana, ésta, como cualquier otra Comunidad Autónoma con Derecho civil propio, debe ejercerse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE, es decir, con la finalidad de conservar, modificar o desarrollar las normas legales o consuetudinarias que formen parte de su acervo jurídico a la entrada en vigor de la Constitución Española*» (FJ 3 in fine).

Llegados a este punto, el Tribunal no hace sino reiterar la doctrina que ya tiene establecida sobre el art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE en sentencias anteriores. La expresión «*allí donde existan*» referida a los derechos forales o especiales, sobre los que algunas Comunidades –con o sin Compilación de Derecho civil– tendrían competencia legislativa, requiere una preexistencia «*que no debe valorarse [...] con referencia a cualquier coordenada temporal*», como se pretende desde Valencia, sino «*muy precisamente*» al tiempo de entrada en vigor de la Constitución, «*sin que sea lícito remontarse a cualquier otro momento anterior*» [FJ 4, a)]. Por lo demás, la «*medida y límite*» de las competencias sobre ese Derecho civil preexistente vienen dados por los términos «*conservación, modificación y desarrollo*», a los que no cabe sustraerse (ibídem). Nada de ello implica discriminar a Valencia. Si hay otras Comunidades que «*han podido asumir [...] competencias más amplias es precisamente por cumplir las condiciones establecidas en el art. 149.1.8 CE*». Contra lo sostenido desde las instituciones valencianas «*la igualdad de trato ex arts. 14 y 139.1 CE no es predicable de las Comunidades Autónomas*» [FJ 4, d)]. La asimetría podrá ser notable, pero no implica discriminación.

Valencia pudo legislar sobre arrendamientos históricos porque tenía un sustrato consuetudinario que lo permitía. ¿Existía en cambio tal sustrato, directo o por conexión («*desarrollo*»), en el caso del régimen económico matrimonial? Esa sería la condición *sine qua non* para el ejercicio de la competencia legislativa autonómica. Como explica la sentencia: «*Tras los avatares codificadores y la solución dada a la llamada cuestión foral, donde no estaba Valencia, a día de hoy el art. 149.1.8 CE le reconoce competencia legislativa sobre aquellas materias civiles que forman parte de su acervo*

*normativo o consuetudinario antes de la entrada en vigor de la Constitución Española. El Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana tanto en su redacción primigenia como en la reciente reforma, asume idéntica competencia sobre el Derecho civil valenciano, pero tal competencia legislativa sólo puede tener por objeto las probadas y subsistentes costumbres forales que se hayan observado en determinadas zonas del territorio autonómico, siendo vetado a la Comunidad Autónoma valenciana crear un Derecho civil ex novo». (FJ 6).*

Además, prosigue la sentencia, al tratarse de costumbres la prueba resulta necesaria: *«Cuando se invocan normas consuetudinarias, el ordenamiento jurídico exige la prueba de su existencia, salvo que sean notorias, precisamente para distinguirlas de los meros usos sociales o convencionales, del mero hábito, aparte del difícil acceso a su conocimiento por los aplicadores del derecho y por ello [quedan excluidas] tradicionalmente del deber judicial de conocimiento (iura novit curia). En el caso de las normas contenidas en la Ley de régimen económico matrimonial valenciano no se ha demostrado su pervivencia, aplicación y cumplimiento con la creencia de tratarse de verdaderas normas jurídicas, siendo en este caso imprescindible, dada la derogación de los antiguos Fueros del Reino de Valencia» (FJ 6).*

**7. Declaración de inconstitucionalidad: Extensión y efectos.**—De lo razonado deriva la inconstitucionalidad de los preceptos cuya impugnación fue admitida a trámite. Pero, como ya ha habido ocasión de señalar, en aplicación del art. 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la declaración también debe extenderse por conexión al resto de los preceptos, por lo que toda la Ley 10/2007 se anula por esta razón. Ello hace innecesario entrar a analizar la también denunciada vulneración de la competencia estatal, *«en todo caso»*, sobre registros e instrumentos públicos.

Ahora bien ¿qué sucede con los matrimonios contraídos durante la vigencia de la Ley 10/2007? ¿Cuál es su régimen económico? A este propósito el Tribunal considera oportuno recordar cuál es la esencia del Derecho civil como Derecho de la libertad y de la autonomía: *«El Derecho civil —sea el común o el foral— es eminentemente un derecho creado por y para los particulares, que resuelve los problemas que puedan surgir en sus relaciones privadas. Es el derecho de la autonomía de la voluntad por antonomasia que surge como máxima expresión de la libertad y, por ello, es un ordenamiento conformado en su mayor parte por normas de carácter dispositivo, es decir, primero rigen los pactos y subsidiariamente la norma legal» (FJ 8).* Quienes contrajeron matrimonio bajo la Ley 10/2007 pudieron pactar el régimen que hubieran considerado conveniente. Pero si no lo hicieron fue porque consideraron adecuado a sus intereses el régimen previsto en aquel momento por defecto, es decir, el régimen de separación de bienes. Este es, cabe entender, el sentido que debe darse a la siguiente explicación: *«Nuestro pronunciamiento de inconstitucionalidad no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, pues este Tribunal entiende que si durante la vigencia de la Ley de régimen económico matrimonial valenciano, que ahora se declara inconstitucional, los cónyuges sujetos al Derecho civil foral valenciano no han hecho uso de su facultad de capitulación, se debe a su voluntad de someterse al régimen subsidiario en primer grado que aquella establece.» (FJ 8).* Por tanto, los cónyuges *«seguirán rigiéndose por el mismo régimen económico matrimonial que hubiera gobernado sus relaciones, salvo que su voluntad contraria sea manifestada mediante las oportunas capitulaciones» (ibídem).*

**8. Voto particular discrepante.**—La sentencia cuenta con un voto particular en el que se defiende sin ambages la plena constitucionalidad de la Ley 10/2007. A juicio del magistrado discrepante, no cabe pasar por alto la clara voluntad del reformado Estatuto valenciano de 2006 de recuperar el «Derecho civil foral histórico» previo a la Constitución de 1978. Negar la relevancia competencial del art. 7 y la DT 3.<sup>a</sup> EAV sería «una trivialización de la modificación del Estatuto de Autonomía y, en último término, del Estatuto en sí y de la normativa foral histórica cuya recuperación se ordena en el marco del ejercicio de la competencia en Derecho civil de la Generalitat». En el mismo sentido añade: «El texto de la referida disposición transitoria, en relación con el artículo 7.1 del Estatuto de Autonomía, hace prevalecer sin lugar a dudas la interpretación de que en ella se trata de la recuperación de la normativa histórica de la Comunidad Valenciana vinculada a los antiguos fueros (no se opone a ello la discutible opinión mayoritaria según la cual Valencia ha estado ausente de la «cuestión foral»), y así se deduce también del devenir histórico de su aprobación» (FJ 1).

Si, contra lo defendido en el voto particular, la mayoría entiende que las normas impugnadas eran inconstitucionales, lo procedente hubiera sido plantearse o «autoplantearse» la constitucionalidad del propio Estatuto mediante un «incidente de constitucionalidad». Dicho con las propias palabras del magistrado: «En el supuesto enjuiciado resulta improcedente plantearse aisladamente la inconstitucionalidad del acto dictado en el ejercicio la competencia controvertida, en este caso la Ley de régimen económico matrimonial valenciano, pues esta trae causa directamente del Estatuto. La doctrina ha admitido profusamente el llamado incidente de constitucionalidad dentro de los procesos constitucionales, a pesar de la opinión contraria mantenida en la deliberación y quizá implícita en la Sentencia» (FJ 1). En cambio, siempre a juicio del magistrado discrepante, la sentencia no debería haber ampliado el examen de constitucionalidad, «por conexión», a las normas que quedaron fuera del recurso y respecto de las cuales éste era extemporáneo (FJ 4).

En cuanto al fondo, el voto particular defiende una tesis ciertamente ruperturista y que, de aceptarse, abriría un panorama muy diferente del que conocemos. De acuerdo con ella, la actualización constitucional de los derechos históricos de los territorios forales debería seguir quedando limitada al País Vasco y Navarra. Pero sólo en materia de Derecho público: «Esta restricción del ámbito geográfico de reconocimiento de los derechos históricos por parte de la Constitución por la jurisprudencia constitucional se refiere específicamente al Derecho público: es decir, a las instituciones de autogobierno. La jurisprudencia antigua del Tribunal Constitucional no se pronunció en cuanto a la posible recuperación de derechos históricos en materia de Derecho privado por parte de otros territorios» (FJ 2). En esta tesitura, prosigue, no se debería seguir entendiendo el «allí donde existan» del art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE tomando como referencia el momento de la entrada en vigor de la Constitución. La tesis de la mayoría, «tiene su fundamento, a mi juicio, en una concepción restrictiva de los Derechos civiles territoriales, entendidos como realidades históricas residuales que deben conservarse provisionalmente o «por ahora» en los territorios donde «subsistan», como decía en su redacción original el Código civil» (FJ 2). Por tanto: «No existe óbice alguno para admitir que no se opone al artículo 149.1.8 CE el reconocimiento de un sistema de Derecho privado foral por parte del Estatuto de Autonomía, aun cuando no estuviera vigente en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, siempre que sea posible calificarlo como sistema de Derecho



*privado efectivamente vigente en el ámbito histórico, geográfico y sustantivo propio de los Derechos forales, como, sin que quepa duda alguna razonable en términos historiográficos, es el caso del Derecho foral de Valencia» (FJ 2). De forma más general y con referencia al conjunto del ordenamiento civil español, el voto particular sostiene que: «Partiendo de conceptualizar los Derechos forales o especiales como subsistemas jurídicos completos, autosuficientes, modernos y susceptibles de desarrollo (y no como realidades fragmentarias premodernas reconocidas provisionalmente con carácter subordinado al Derecho común), de acuerdo con una acreditada teoría surgida en el ámbito de la doctrina civilista, mi posición es la de los Votos particulares formulados a la STC 88/1993, de 12 marzo, según los cuales el Derecho civil foral no puede ser concebido como una serie más o menos residual de normas e instituciones aisladas y asistemáticas, sino como un sistema normativo dotado de la sistematización y conexión interna y de la completitud propias de un ordenamiento que tiene además constitucionalmente reconocida la posibilidad de determinar sus específicas fuentes de producción normativa.» (FJ 3).*

#### **STC 110/2016, 9 de junio.**

**RI: Estimación parcial. Inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 1.1 (en el inciso «los derechos y deberes de quienes son miembros»), 2, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14 de la Ley valenciana 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana.**

**Ponente: Enríquez. Voto particular discrepante de Xiol Ríos.**

**Conceptos: Competencias en materia civil y en materia administrativa. Territorialidad del Derecho público y personalismo del Derecho civil. Derecho civil foral del histórico Reino de Valencia y Derecho civil valenciano.**

**Preceptos de referencia: Arts. 149.1.8.<sup>a</sup>, 10.1 y DA 1.<sup>a</sup> CE. Arts. 7, 49.1-1 y 1-2 y DT 3.<sup>a</sup> del Estatuto de Autonomía de Valencia de 2006.**

**1. Introducción. Derecho civil valenciano.**—Tal como se ha explicado en la reseña de la sentencia 82/2016, tras un primer movimiento exitoso (Ley 6/1986, *de Arrendamientos históricos valencianos*, avalada por el Tribunal Constitucional, STC 121/1992), la Comunidad Autónoma decidió dar un nuevo impulso a su Derecho civil al amparo de la reforma estatutaria de 2006. A este objeto, aprobó tres leyes dedicadas al régimen económico matrimonial (Ley 10/2007, de 20 de marzo), a las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (Ley 5/2011, de 1 de abril) y, finalmente, a las uniones de hecho formalizadas (5/2012, de 15 de octubre). Todas ellas se situaban en la senda de una recuperación de un Derecho civil foral histórico que dejaba de tomar como obligada referencia el existente (*subsistente*) en el momento de la entrada en vigor de la Constitución de 1978. La primera de esas leyes se presentaba, en su preámbulo, como «*el primer paso en la recuperación del Derecho foral valenciano, con el objetivo y la intención de poder desarrollar en el futuro un Código de Derecho foral valenciano*». En la segunda ley se insistía en lo mismo, señalando que la reforma estatutaria de 2006 había permitido un «*salto cualitativo*» en relación con la situación anterior. En la tercera —objeto de la sentencia aquí reseñada— ya no había declaraciones programáticas y se daba por sentado un nuevo ámbito de competencias civiles autonómicas. El centro del debate se situaba así en el

pretendido alcance innovador del reformado Estatuto de Autonomía de Valencia (EAV, 2006). Sin embargo, en el momento de abordar este nuevo caso, el Tribunal ya había dejado claro que las normas estatutarias invocadas por las instituciones valencianas carecen de toda relevancia en materia de competencia (STC 82/2016, *vid. supra*). Por tanto, y así lo corrobora la sentencia ahora reseñada, se mantiene el criterio sentado en la ya lejana primera sentencia a propósito de la Ley de arrendamientos históricos valencianos (STC 121/1992). En este sentido, el Tribunal recuerda que la competencia en materia civil no está limitada a las Comunidades que tuvieron una Compilación. Valencia, por tanto, puede legislar en ese ámbito. Pero sólo *sobre y a partir del Derecho consuetudinario* existente en el momento de la entrada en vigor de la Constitución. No cabe pasar por alto la abolición de los Fueros del histórico Reino de Valencia como efecto de la Guerra de Sucesión. Ni la Constitución ni, mucho menos, el Estatuto reformado en 2006 permiten viajar al pasado más allá de 1978. Valencia no tiene el mismo nivel de competencias civiles que otras Comunidades. Pero no debe verse en ello una discriminación o infracción del principio de igualdad, pues éste, dice el Tribunal, se predica de las personas y no de las Autonomías. España es un país asimétrico y lo seguirá siendo mientras no se modifique la Constitución o el Tribunal Constitucional la reinterprete.

**2. Contenido de la ley recurrida.**—La ley valenciana 5/2012 regula las uniones de hecho formalizadas. Se trata de un texto breve, de tan solo quince artículos centrados en los siguientes extremos: objeto y principios de la ley (art. 1: derechos y deberes de los miembros de la pareja, igualdad entre ellos); ámbito de aplicación (art. 2: necesaria vecindad civil valenciana de la pareja, con remisión a las normas de conflicto del Código civil español en otro caso); constitución de la unión (art. 3: inscripción constitutiva en el Registro de Uniones de Hecho); prohibiciones (art. 4: exclusión de menores no emancipados, personas casadas o parte de otra unión de hecho, parentesco; nulidad de los pactos que limitan la duración de la unión o la sujetan a condiciones); causas de extinción y cancelación de la inscripción registral (art. 5: acuerdo de la pareja o voluntad individual de uno de sus miembros, existencia de proceso penal por determinados actos contra el otro miembro o los hijos, cese injustificado de la convivencia por tres meses o más y muerte); efectos de la extinción (art. 6: revocación de poderes); libertad de regulación de la convivencia y de las relaciones económicas (art. 7: autonomía de la voluntad); gastos comunes (art. 8); derecho de alimentos (art. 9); disposición de la vivienda habitual (art. 10); responsabilidad patrimonial por las deudas y gastos comunes (art. 11); destino *post mortem* del ajuar y uso de la vivienda habitual (art. 12); representación legal del otro miembro de la unión (art. 13: equiparación con el matrimonio en lo que se refiere a las situaciones de incapacidad, ausencia, etc.); derechos sucesorios (art. 14: equiparación con la relación matrimonial); otros efectos (art. 15: en materia de función pública, derechos y deberes de esta naturaleza, pensiones y ayudas). Además, la ley valenciana 5/2012 cuenta con otras varias disposiciones (adicional, derogatoria, transitorias y finales).

**3. Alegaciones del Gobierno español y de las instituciones valencianas.**—El planteamiento de la parte recurrente discurre, en principio, por los mismos cauces argumentales ya utilizados contra la Ley 10/2007, sobre régimen económico. En este sentido la Abogacía del Estado alegaba la vulnera-

ción de las competencias del Estado en materia civil (arts. 149.1.8.<sup>a</sup> CE y 49.1.2 EAV), al haberse apartado las instituciones valencianas de la doctrina de la STC 121/1992 (ley de arrendamientos históricos), según la cual la competencia autonómica «no puede estimarse referida sino al Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma» [cfr. Antecedente 1, a), STC 110/2016]. Valencia podría así regular (*conservación* o *modificación*) viejas instituciones consuetudinarias, o ir más allá aunque siempre por vía de conexión (*desarrollo*). Le está vedado en cambio emprender una «*recuperación romántica [sic] o indiscriminada*» del Derecho foral valenciano (*ibídem*). La denuncia, además, no quedaría limitada a preceptos concretos de la ley de uniones de hecho pues, a juicio de la Abogacía, se extendería al conjunto de la misma y, por tanto, debería ser declarada inconstitucional y nula en su totalidad. A ese primer reproche, de carácter competencial, se añade un segundo «*de carácter sustantivo*». En este sentido, siempre a juicio de la Abogacía del Estado, la Ley 5/2012 vulneraría también el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), siendo de aplicación la doctrina de la STC 93/2013 que anuló por este motivo parte de la Ley navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad de parejas estables.

Las Cortes valencianas, por su parte, reprochaban a la Abogacía del Estado haber pasado por alto la DA 1.<sup>a</sup> CE en la que se dispone que «*La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales*», añadiendo que «*la actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía*». Tal disposición no sólo valdría para el derecho público de algunos territorios (Navarra y País vasco) sino también para la ampliación de competencias en materia civil llevada a cabo, según las Cortes, con ocasión de la reforma del Estatuto valenciano en 2006 (arts. 7, 49.1-1 y 1-2 y DT 3.<sup>a</sup> EAV). En síntesis, las Cortes valencianas defendían la legitimidad y constitucionalidad de la recuperación del Derecho histórico valenciano abolido por «*justo derecho de conquista*» por el Decreto de Nueva Planta de 29 de junio de 1707. La clave estaría en la importancia del término «foral» del reformado EAV: «*Si su ausencia parecía remitir la competencia de la Comunidad Autónoma a lo efectivamente vigente en el momento de entrada en vigor de la Constitución, en 1978, la incorporación del mismo al art. 49.1.2 EAV/2006 despeja definitivamente todas las dudas sobre la plena capacidad legislativa en materia foral, y zanja de una vez por todas el debate doctrinal acerca de la expresión «allí donde existan» (art. 149.1.8 CE), que ya no cabe interpretar referido al momento de la entrada en vigor de la Constitución Española sino en un sentido amplio a la vigencia del Derecho foral en algún momento anterior, aunque en 1978 se encontrara derogado. La expresión «allí donde existan» no representaría por tanto, necesariamente, la vigencia actual del Derecho civil valenciano, esto es, en 1978, sino que bastaría la pretérita*» (Antecedente 6 STC 110/2016).

En términos parecidos a los de las Cortes y reivindicando también la normativa foral del histórico Reino de Valencia, se expresaba la Abogacía de la Generalidad. En definitiva, decía, «*se trataría [...] de que la Generalitat pudiera ejercer su competencia para legislar Derecho civil valenciano como si no hubiera habido abolición*». Admitía que ello supone una «*reinterpretación del bloque de la constitucionalidad*»; pero, a su juicio, sería posible llevarla a cabo con base en el reformado Estatuto de 2006 «*que nadie ha impugnado por estos motivos*» (Antecedente 7 STC 110/2016).

**4. El marco competencial en materia civil y el alcance de la reforma del Estatuto valenciano en 2006.**—Aunque la Abogacía de la Generalidad invocaba también el art. 49.1-1 EAV («*organización de las instituciones de autogobierno*»), con referencia al Registro de uniones de hecho), el problema se centra finalmente sólo en el art. 49.1-2 EAV relativo a las competencias para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano. En esencia se trata de saber si ese precepto, unido al art. 7 y a la DT 3.<sup>a</sup> EAV, ha alterado de alguna manera la interpretación que se venía haciendo del art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE. Asimismo resulta necesario aclarar cuál es la incidencia en el conflicto de la DA 1.<sup>a</sup> CE, invocada por las Cortes valencianas (*vid. supra*, núm. 3). Comenzando por esta última cuestión, el TC recuerda su propia doctrina y, en concreto, lo dicho en la STC 31/2010 (sobre el Estatuto catalán de 2006) al analizar la relación entre los «derechos históricos» y el Derecho privado (STC 31/2010). Con esos antecedentes, el Tribunal reitera en la sentencia que ahora se reseña que la DA 1.<sup>a</sup> CE no puede «*orientar o condicionar la interpretación de los títulos competenciales aquí concernidos sobre legislación civil (arts. 149.1.8 CE y 49.1.2 EAV/2006), pues se refiere a una materia distinta*» [FJ 4, a)]. En cuanto a la posibilidad de que la combinación de la LO 12/1982, y la reforma del Estatuto en 2006 (arts. 7.1 y DT 3.<sup>a</sup>) hayan podido suponer una reordenación de la distribución de competencias, el Tribunal la rechaza y se remite a la doctrina establecida en la STC 82/2016 (ley de régimen económico matrimonial).

Excluidas así otras disposiciones, el problema se limita al art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE y a las dos cuestiones que trata: En primer lugar, el presupuesto para el ejercicio de competencias civiles (solo «*allí donde existan*») y, en segundo, su alcance (únicamente «*conservación, modificación y desarrollo*»). Para ambas cuestiones, de nuevo, el Tribunal se remite a la STC 82/2016 (ley de régimen económico matrimonial). En este sentido, la sentencia ahora reseñada insiste en que la preexistencia no requiere que la Comunidad que pretende legislar en materia civil hubiera llegado tener una Compilación. Pero sí exige tomar como referencia la entrada en vigor de la Constitución de 1978, momento a partir del cual quedó fijado el correspondiente Derecho civil susceptible de conservación, modificación y desarrollo. En el caso valenciano, tal Derecho sería sólo el consuetudinario: «*De manera que, aunando ambas perspectivas, y por lo que importa a la Comunidad Valenciana, la existencia de un régimen consuetudinario previo de una determinada institución se erige a la vez en presupuesto y límite para el ejercicio de la competencia en materia de Derecho civil, lo que nos llevó a reiterar en la STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 4 c), lo dicho en la STC 121/1992, FJ 2, acerca de los arrendamientos rústicos históricos y generalizarlo para toda institución: «la existencia de un especial régimen consuetudinario para determinados arrendamientos rústicos en el actual territorio de la Comunidad Autónoma valenciana se constituye en auténtico presupuesto ex art. 149.1.8 CE para el válido ejercicio de la competencia conferida por el art. 31.2 del Estatuto de Autonomía y que dicha competencia solo podrá ejercerse en la medida en que tal régimen consuetudinario sea efectivamente reconocible sobre el objeto ordenado, hasta la adopción de la Ley hoy impugnada, por la costumbre». La reforma del Estatuto de 2006, por las razones antes apuntadas, no permite modificar esta interpretación que impone la letra de la norma constitucional*» [FJ 5, c)].

De todo ello resulta, como en la STC 82/2016, que la Comunidad Valenciana carece de competencias «*para regular las consecuencias civiles de las uniones de hecho formalizadas*», tal como las denomina la ley recurrida, y ello debe conducir a declarar la nulidad de todos los preceptos que así lo hagan» (FJ 6). El Tribunal, por tanto, no hace una declaración genérica de falta de competencia para regular ese tipo de uniones. Habrá que ver cuáles de sus normas son «civiles» y cuáles no.

**5. Normas civiles y normas administrativas.**—Como es sabido, y recuerda la sentencia reseñada, está «*admitido que las Comunidades Autónomas sin competencia en materia civil puedan regular sin embargo las uniones de hecho a los efectos que consideren oportunos para el ejercicio de sus competencias (SSTC 81/2013, de 11 de abril, FFJJ 5 y 6; y 40/2014, de 11 de marzo, FJ 5)*» (FJ 7). La falta de competencia en materia civil no impide dictar normas de carácter administrativo. Resulta pues necesario analizar los preceptos de forma individualizada para verificar su naturaleza y concluir, de acuerdo con ella, su validez o nulidad.

Conforme a la sentencia, tienen naturaleza civil, y por tanto son nulas, las normas que «*[regulan] derechos y obligaciones de los miembros de la unión de hecho formalizada*». Tal es el caso de los siguientes preceptos: Art. 6 (revocación automática de poderes al extinguirse la unión); art. 7 (libertad de regulación de las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia); art. 8 (gastos comunes); art. 9 (derecho de alimentos); art. 10 (disposición de la vivienda habitual); art. 11 (responsabilidad patrimonial); art. 12 (destino *post mortem* del ajuar y la vivienda); art. 13 (representación legal del conviviente); y art. 14 (derechos sucesorios). Mención aparte merece el art. 2, aunque con el mismo resultado. En él se regula el ámbito de aplicación, que la ley hace depender de la «vecindad civil» de las partes. Pero esta conexión personalista sólo puede ser relevante en materia civil. «*Una vez desprovista la Ley de su contenido civil, su ámbito de aplicación debe atenerse al «principio de territorialidad de las competencias» que este Tribunal ha declarado «implícito al propio sistema de autonomías territoriales» [por todas, STC 80/2012, de 18 de abril, FJ 7 b)] y que recoge expresamente el art. 7.2 EAV/2006. [...] De este principio general de territorialidad se exceptúan las normas civiles, como expresamente dispone el art. 7.2 EAV/2006 antes citado, pues esta clase de normas se aplican según la vecindad civil, que se ostenta «con independencia de donde se resida» [...] y de conformidad con lo preceptuado al efecto por el Código civil (arts. 14 y ss.). [FJ 7, a)].*

En el caso de los demás preceptos, el art. 1 («*objeto y principios de esta ley*») «*solamente resulta inconstitucional en el inciso que da soporte a la normativa civil comentada, pero no en su integridad; el resto del precepto puede seguir dando soporte a las normas válidas de la Ley*». En cuanto a los arts. 3 (registro constitutivo), 4 (prohibiciones) y 5 (causas de extinción) «*no regulan las relaciones de la pareja, simplemente definen lo que la Comunidad Autónoma entiende por unión de hecho en legítimo ejercicio de sus competencias y establecen un registro para su publicidad y constancia, lo cual tampoco infringe el art. 149.1.8 CE*» [FJ 7, b)]. El art. 15, finalmente, se ocupa de los «*otros efectos*» de la unión que, lógicamente, deben entenderse como efectos «no civiles. Todos ellos son aceptables en la medida en que pueden reconducirse a las competencias de Derecho público que ostenta la

Comunidad Valenciana. Tampoco habría objeciones a la DA única, DF 2.ª y DT única (vid. FJ 9).

**6. Alcance temporal de la inconstitucionalidad.**—¿En qué medida afecta la sentencia a las uniones de hecho constituidas al amparo de la ley impugnada? La respuesta del Tribunal es la que cabía esperar: *«El principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE aconseja limitar los efectos de esta Sentencia, que tendrá solo efectos «pro futuro», sin afectar a las «situaciones jurídicas consolidadas» (en el mismo sentido, STC 93/2013, FJ 14, sobre la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables)»* (FJ 10). Por los mismos motivos, precisa la sentencia, *«esta limitación temporal de los efectos de la declaración de nulidad no se producirá, lógicamente, en relación con el artículo 14, sobre «derechos sucesorios», cuya aplicación se encuentra suspendida desde la fecha de interposición del recurso por el Presidente del Gobierno como consecuencia de la invocación por el mismo de los arts. 161.2 CE y 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, habiéndose acordado posteriormente mantener esta medida cautelar [ATC 280/2013]»* (FJ 10).

**7. Voto particular discrepante.**—La sentencia cuenta con un voto discrepante del magistrado Xiol quien, sustancialmente y con reproducción literal, se remite a los argumentos ya hechos valer con ocasión de la STC 82/2016, sobre régimen económico matrimonial. En síntesis, su posición es la siguiente: *«Creo que también la regulación de determinados aspectos de la normativa valenciana sobre uniones de hecho (i) se funda en una competencia reconocida inequívocamente en la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana; (ii) los derechos históricos en materia de instituciones privadas son reconocidos por el Tribunal Constitucional cuando se consagran en un estatuto de autonomía; y (iii) aunque no fuera así, dentro de las competencias ordinarias en materia de Derecho civil, la Comunitat Valenciana puede regular esta materia»*.

STC 148/2016, de 19 de septiembre y SSTC 206/2016, de 12 de diciembre; 207/2016, de 12 de diciembre; 208/2016, de 12 de diciembre; 209/2016, de 12 de diciembre; 218/2016, de 18 de diciembre; 221/2016, de 19 de diciembre; y 223/2016, de 19 de diciembre.

RR. AA.: Estimados.

Ponente: Narváez Rodríguez.

**Conceptos:** Cláusula suelo. Abusividad de la cláusula. Consumidores y usuarios. Acción colectiva de cesación. Acción individual de nulidad. Derecho a la tutela judicial efectiva y al acceso a la jurisdicción y a obtener una resolución de fondo. Litispendencia. Prejudicialidad civil.

**Preceptos de referencia:** Artículo 24.1 CE. Arts. 11 y 15 LEC. Art. 53 TRLGDCU. Directiva 2009/22/CE.

**1. Introducción. El derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.**—Una de las vertientes sobre las que se proyecta el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) es el derecho de acceso a la jurisdicción. De acuerdo con una aquilatada juris-

prudencia constitucional, el derecho de acceso a la jurisdicción, como vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva, exige que «*el canon de enjuiciamiento constitucional de las decisiones de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo ha de verificarse de forma específicamente intensa, dado que rige en estos casos el principio pro actione, principio de obligada observancia para los Jueces y Tribunales que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en derecho sobre la pretensión a él sometida*» (STC 26/2008, de 11 de febrero). Debe recordarse también que el principio *pro actione* no supone necesariamente que se seleccione la interpretación de la legalidad más favorable a la admisión de entre todas las posible (STC 220/2003, de 15 de diciembre). Las sentencias que se reseñan a continuación versan, todas ellas, sobre esta dimensión del art. 24.1 CE con ocasión de una problemática sensible y de gran calado mediático: la nulidad, por abusivas, de las cláusulas suelo. Nótese que el objeto del proceso de todas las sentencias reseñadas coincide sustancialmente con el deducido por primera vez en la STC 148/2016, de 19 de septiembre. Por ello, en aras de la brevedad, la presente reseña versará sobre el primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la materia, cuyos razonamientos han sido después extrapolados a los siete fallos posteriores que se indican.

**2. Antecedentes de hecho de los supuestos.**—Del relato fáctico destacan los siguientes hechos. La Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15.<sup>a</sup>), mediante auto, estimó la excepción procesal de litispendencia respecto del procedimiento abierto contra la entidad, Catalunya Banc, S. A., como demandada, para la declaración de nulidad de la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo suscrito entre ella y un consumidor, como demandante. La excepción de litispendencia se reconocía en favor del multitudinario procedimiento instado en el año 2010 por ADICAE contra diversas entidades financieras, entre las que se encontraba Catalunya Banc, en ejercicio de una acción colectiva de cesación de cláusulas abusivas. El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona resolvía a su vez el recurso de apelación interpuesto por el demandante frente al auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, de 23 de julio de 2013, que por su parte acordaba estimar la excepción de prejudicialidad (art. 43 LEC). Del procedimiento colectivo conocía el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid que, en lo que interesa, dictó sentencia parcialmente estimatoria frente a Catalunya Bank el 7 de abril de 2016, declarando la nulidad de su cláusula suelo.

**3. Valoración jurídica y fallo del Tribunal.**—Los hechos expuestos y de los que trae causa la STC 148/2016, de 16 de diciembre, coinciden, en lo esencial, con los que han propiciado las siete resoluciones del Tribunal Constitucional subsiguientes.

El Tribunal comienza situando el marco conceptual del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente al derecho de acceso a la jurisdicción. A este respecto recuerda que este derecho puede satisfacerse igualmente con «*una decisión de inadmisión, siempre y cuando esta respuesta sea consecuencia de la aplicación razonada y proporcionada de una causa legal en la que se prevea tal consecuencia*» (STC 107/1993, de 22 de marzo), de tal suerte que la ponderación de su posible vulneración judicial comprende «*el análisis de si [la resolución de que se trate] resulta o no desproporcionada por su rigorismo o formalismo excesivos*» (STC 106/2013, de 6 de mayo).

Para resolver el recurso de amparo, el Tribunal repasa las normas del ordenamiento jurídico español que regulan la llamada acción colectiva de cesación de cláusulas contractuales; ello con el fin de señalar las diferencias funcionales y objetivas que, a su juicio, separan las acciones colectivas de cesación de las acciones individuales.

En primer lugar, el Tribunal alude a la acción de cesación regulada en el art. 12 de la Ley 7/1998, de 13 de abril. Esta acción se dirige a obtener una sentencia condenatoria del demandado, a fin de que elimine de sus condiciones generales las que se reputen nulas; y reconoce la posibilidad accesoria de ejercitar una acción restitutoria de las cantidades indebidamente cobradas, con ocasión de las cláusulas declaradas nulas, así como una pretensión indemnizatoria.

En segundo orden, se hace mención al art. 11 LEC y en especial a la legitimación de las asociaciones de consumidores para defender en juicio los intereses generales de los consumidores y usuarios, «*sin perjuicio de la legitimación individual de sus perjudicados*». En el art. 11.1 LEC, sitúa el Tribunal las acciones de cesación. Así, salva la aparente ausencia de legitimación individual de los consumidores solo para el ejercicio de la acción de daños, que entiende contenida en los párrafos 2.º y 3.º del art. 11; y lo hace mediante las reglas de llamamiento al proceso y publicidad del art. 15 LEC. Reglas estas de llamamiento al proceso y publicidad inexistentes en las acciones de cesación (arts. 11.1 y 15 LEC). Por ello, considera que «*el consumidor individual no necesita estar presente en las actuaciones del proceso colectivo y [...] puede actuar al margen de él ejercitando la acción de nulidad individual en un proceso autónomo*», de lo que se desprende que «*no puede deducirse judicialmente ninguna privación o sacrificio a dicha acción individual por mor de una carga de personación al proceso de cesación*». Sobre esto, volveremos.

El Tribunal cita también el art. 53 del TRLGDCU y se reafirma en su idea de que «*la ley no fija ningún tipo de preterición sea por la vía de la litispendencia u otra, de las acciones individuales frente a la acción colectiva de cesación, quedando indemne el derecho del interesado para impetrar la tutela autónoma de sus derechos e intereses legítimos*».

Posteriormente, el Tribunal aborda el Derecho comunitario. En particular, se refiere a la Directiva 2009/22/CE, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de intereses de los consumidores, para concluir que «*el ordenamiento español [...] ha efectuado una ampliación del objeto de esta acción de cesación hacia pretensiones de carácter económico*», ampliación que, en sí misma, no sería contraria al Derecho de la Unión. Además, el Tribunal Constitucional llama la atención sobre la STJUE de 14 de abril de 2016 (C-381/14 y C-385/14, *Sales Sinués*) y su exégesis del art. 7 de la Directiva 93/13/CEE, opuesta a una normativa nacional que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato con un profesional, a suspender automáticamente la tramitación del procedimiento en espera de que exista sentencia firme sobre la acción colectiva pendiente, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que litiga individualmente y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva.

Con todo ello, el Tribunal Constitucional entiende que los autos impugnados han denegado la tutela jurisdiccional de los demandantes, solicitada a través de la demanda de nulidad individual de una cláusula supuestamente



abusiva, al remitirles a un proceso de cesación colectivo. A su parecer, (i) se han aplicado de manera incorrecta las reglas propias de las acciones de reclamación de daños (art. 11.2 y 3 LEC) en detrimento de la previsión del art. 11.1 LEC, sobre la relación entre la acción colectiva e individual de cesación; (ii) existe similitud pero no identidad entre los procesos, toda vez que la demanda de cesación se configura *ex lege* como un instrumento de control abstracto que no tiene en cuenta las circunstancias concretas del contrato a que se refiere el proceso individual; y (iii) la extensión automática de un efecto de cosa juzgada, derivado de la estimación de la acción colectiva de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor puede atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato.

**4. Crítica al fundamento del fallo.**—Hay que advertir que el fallo del Tribunal Constitucional se fundamenta en que *carece de base legal* apreciar la litispendencia y acordar la terminación de un proceso civil *ex art. 43 LEC*, en el que se ejercita una acción individual, por la pendencia de una acción colectiva. En este sentido, no es ocioso plantearse si el fallo del Tribunal Constitucional, posteriormente confirmado en hasta siete pronunciamientos, no resulta desmedido en cuanto a su alcance. Y es que el criterio del mismo Tribunal reza que el canon de enjuiciamiento constitucional solo excluye aquellas interpretaciones que, al impedir el acceso a la jurisdicción, incurran en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, o bien se basen en interpretaciones rigoristas, excesivamente formalistas o desproporcionadas (STC 186/2015, de 21 de septiembre).

Tras esta reflexión, que no es más que eso, interesa destacar también la interpretación, probablemente abstracta y dogmática en exceso, que el Tribunal Constitucional realiza del art. 11 LEC en su conjunto, como fundamento determinante de su fallo. La sentencia contempla la acción de cesación —dirigida a obtener la nulidad, por abusiva, de una cláusula—, como una herramienta aislada del resto de pretensiones distintas a las de nulidad (que son las que realmente interesan a los consumidores, ya en una acción colectiva, ya en una individual) pero conectadas a ella. Estas pretensiones son —y el propio Tribunal se encarga de recordarlo cuando se refiere a los arts. 12 de la Ley 7/1998 y 53 TRLGDCU— la restitución de cantidades indebidamente cobradas o la indemnización de daños. Dicho de otro modo, para trazar la distinción entre las pretensiones del art. 11 LEC y fundar el error del auto recurrido, el Tribunal esboza a un consumidor que ejercita una acción individual de cesación (art. 11.1 LEC) y se detiene ahí; cuando la realidad es que lo que pretende no es otra cosa que la restitución de cantidades (lo que, según su propio razonamiento, se incardinaría dentro de los arts. 11.2 y 3 LEC).

Sucede, sin embargo, que el pronunciamiento que determina los efectos restitutorios derivados de la nulidad contractual en Derecho español (y hay serias dudas al respecto, véase CARRASCO, A., *Derecho de contratos*, 2.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 685), incluida la nulidad por abusiva de una condición general de la contratación, deriva directa e inmediatamente del propio pronunciamiento de nulidad, al que está vinculado (DÍEZ-PICAZO, L., «La anulabilidad de los contratos», en VV. AA., *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, II, Bosch, Barcelona, 1993, p. 1.223). Por tanto, si se admite que la nulidad derivada de la declaración de abusividad de una cláusula lleva anudado *ex lege* el efecto restitutorio de manera automática (por todas, STS núm. 716/2016, de 30 de noviembre),

no se aprecia una diferencia tal entre las acciones del art. 11 LEC, que excluya la vinculación del consumidor al procedimiento colectivo, como pretende el Tribunal a fin de conceder el amparo solicitado.

**5. Aproximación sobre el Derecho procesal alemán.**—En este sentido, debe recordarse que el Derecho alemán prevé, en el §11 de la Ley sobre acciones de cesación en materia de consumo (*Unterlassungsklagengesetz*) que los efectos de la sentencia derivada de una demanda colectiva (*Verbandsklage*) en un procedimiento de cesación (*Unterlassungsverfahren*) de condiciones generales de la contratación se proyecta, cuando la cláusula es declarada nula, sobre los procedimientos individuales. Esta opción es respaldada por la doctrina más autorizada (M. EBERS, «Verbraucherrecht: Prozessuale Verbindung zwischen Individual- und Verbandsklage in AGB-Verfahren», *Europäische ZS für Wirtschaftsrecht*, 2016, 505; M. WOLF/W. LINDACHER/T. PFEIFFER (Hrsg.), *AGB-RechtKommentar*, 6.ª ed., 2013, §11 UKlaG, Rn. 1, 2, 3, y 19; y A. WITT, «§ 11 UKlaG», en P. ULMER/H. BRANDNER/H. D. HENSEN, *AGB-RechtKommentar*, 11 Aufl., 2011, §11 UKlaG, p.1901). El ordenamiento alemán tan solo excluye esta vinculación inmediata del procedimiento declarativo de la nulidad respecto de los procedimientos individuales, cuando la estimación de la acción colectiva resulta del juicio de transparencia sustantiva o sorpresividad, y se ha alegado y acreditado que las circunstancias particulares (información precontractual, publicidad, etc.) son relevantes para confirmar o excluir, en cada caso, esa falta de transparencia o sorpresividad de la cláusula. Esta es una excepción a la regla general (*Vid.* W. LINDACHER, «§ 11 UKlaG», en M. WOLF/W. LINDACHER/T. PFEIFFER [Hrsg.], *AGB-RechtKommentar*, cit., p. 2.228 [párr. 18]), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (BGH). En el mismo sentido, A. WITT, «§ 11 UKlaG», en P. ULMER/H. BRANDNER/H. D. HENSEN, *AGB-RechtKommentar*, cit., p. 1.901 (párr. 8).

**6. Posición de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.**—El Pleno de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente sobre los efectos de la sentencia estimatoria dictada en un proceso en el que se ejercitó una acción colectiva respecto de los procesos sobre acciones individuales (STS núm. 367/2017, de 8 de junio). Según esta sentencia, como «regla general», estimada una acción colectiva de cesación en la utilización de una cláusula suelo por parte de una entidad —en este caso, Banco Popular—, el juez debe apreciar también el carácter abusivo de la cláusula en aquellos litigios pendientes donde se ejerza una acción individual; y ello por las mismas razones expresadas en la sentencia que resuelve la acción colectiva. A salvo quedan, para el Pleno de la Sala, aquellos casos concretos donde concurren circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o la información suministrada por el banco predisponente que justifiquen un fallo distinto al emitido en el proceso colectivo. En resumen, se adopta —con algunos matices y muchas más sombras— la regla alemana especial para las acciones colectivas concernientes a la falta de transparencia sustantiva: la acción colectiva de cesación, y la sentencia dictada en su marco, vincula a las acciones individuales, al menos de manera claudicante, pues podrá analizarse la concurrencia de circunstancias particulares *muy excepcionales* que fundamenten y permitan un fallo distinto. La sentencia de Pleno de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, como máximo intérprete de la legalidad ordinaria (art. 123 CE) invita a poner el foco en la doctrina constitucional reseñada, que acaso haya de ser matizada.

**STC 162/2016, de 3 de octubre.**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Roca Trías.**

**Conceptos: Principio de igualdad. Prohibición de discriminación por razón de sexo. Permisos o licencias de maternidad. Obligación de los poderes públicos en relación con la igualdad. Empleo público. Toma de posesión como requisito para el disfrute de derechos económicos y profesionales derivados de un nuevo destino.**

**Preceptos de referencia: Art. 14 CE. Art. 245 del Reglamento 2/2011 de la carrera judicial. Art. 51 de la LO 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.**

El artículo 1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, establece que la misma tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. Los hechos que dan origen a esta sentencia nos revelan que, pese a los avances normativos esta materia, esa pretendida igualdad no es todavía totalmente real ni efectiva en algunos ámbitos de nuestra sociedad.

Los hechos del caso son los siguientes: la recurrente, en su condición de magistrada titular, inició una licencia por riesgo de embarazo el 5 de julio de 2011, mientras estaba destinada en un juzgado de Baracaldo. Esta licencia se prorrogó hasta el día en el que dio a luz (24 de febrero de 2012), permaneciendo con posterioridad en situación de licencia por maternidad, lactancia y vacaciones hasta el 25 de septiembre de 2012, cuando se reincorporó. Mientras disfrutaba de esas licencias –en concreto, en octubre de 2011–, la recurrente obtuvo una plaza de Magistrada en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Bilbao y posteriormente, en abril de 2012, consiguió otra en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de la misma localidad. Como consecuencia de la obtención de la primera de esas plazas, la gerencia territorial del Ministerio de Justicia le incluyó en nómina el complemento de destino correspondiente a Bilbao. Sin embargo, la propia gerencia dejó sin efecto el pago de dicho complemento de destino, por resolución de 23 de marzo de 2012, al entender que la recurrente no había llegado a tomar posesión en ese destino al encontrarse en situación de licencia.

La demandante recurrió en alzada dicha resolución, siendo desestimado el recurso por resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia de 6 de junio de 2012. La resolución recogía que la recurrente no tenía derecho a que se le retribuyera un destino que no había llegado a desempeñar.

Frente a dicha resolución, la demandante interpuso recurso ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que fue desestimado.

El recurso de amparo se basa en dos alegaciones fundamentales: i) Vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE), en relación con la prohibición de discriminación por razón de sexo, ya que la recurrente no pudo tomar posesión formal en el nuevo destino por encontrarse disfrutando de licencias de riesgo por embarazo y por maternidad; y ii) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que el TSJ del País Vasco trató la cuestión desde la perspectiva de la igualdad ante la ley, sin tener en cuenta su alegación de discriminación por razón de sexo en relación con la maternidad.

Admitida a trámite la demanda, se dio traslado para alegaciones. La Abogada del Estado solicitó la desestimación del recurso de amparo al entender i) que no se ha producido discriminación por razón de sexo ya que la no per-

cepción del complemento económico de destino por no tomar posesión no vino motivada por su condición de mujer o por el disfrute de la licencia de maternidad, sino que el requisito de la toma de posesión se aplica por igual a hombres y mujeres e independientemente del tipo de permiso o licencia del que se esté disfrutando, y ii) que el resultado hubiese sido idéntico en caso de que se hubiese tratado de un hombre.

Por su parte, el Fiscal solicitó la estimación del amparo al entender que la pérdida de derechos económicos de la recurrente se debió al disfrute de las licencias por embarazo y maternidad, lo que supuso una discriminación por razón de sexo.

Una vez expuestos el relato fáctico y las alegaciones de las partes, procede entrar de lleno en la fundamentación jurídica de la sentencia. El Tribunal Constitucional, tras justificar la trascendencia constitucional del recurso en la necesidad de aclarar su doctrina en materia de derechos económicos y profesionales durante las licencias de maternidad, centra el objeto del recurso en determinar si se produjo o no una vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE como consecuencia del disfrute de las licencias de maternidad por la recurrente.

El Tribunal parte de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y recuerda la doctrina que estableció en su Sentencia 66/2014 sobre la vulneración del artículo 14 CE en relación con la discriminación por razón de sexo. Así, tal y como estableció en la citada sentencia, señala que existe vulneración de tal derecho cuando se acredite que el factor del sexo ha sido la causa directa de una minusvaloración o cuando el tratamiento peyorativo tenga «una relación de conexión directa e inequívoca» con el sexo de la persona.

A continuación, el Tribunal Constitucional destaca que la Administración aplicó el artículo 245 del Reglamento 2/2011 de la carrera judicial –que establece que las licencias y permisos no se verán afectados por los traslados o promoción de los jueces, y que una vez producido el traslado, el plazo posesorio empezará a contarse a partir del día siguiente al de finalización del permiso o licencia– sin tener en cuenta el artículo 51 de la Ley Orgánica 3/2007, de acuerdo con el cual compete a las Administraciones Públicas remover los obstáculos que impliquen discriminación en el acceso a la función pública, facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral sin menoscabo de la promoción profesional, y establecer medidas para eliminar cualquier tipo de discriminación por razón del sexo.

Indica el Tribunal, que los permisos y licencias relacionados con la maternidad no pueden tener el mismo tratamiento que el resto, ya que el embarazo, afecta de modo exclusivo a la mujer, de manera que el principio de no discriminación por razón de sexo obliga a establecer medidas que compensen las desventajas que se pueden generar en los derechos económicos y profesionales de la mujer como consecuencia del embarazo.

El Tribunal rechaza así las alegaciones de la Abogacía del Estado –no hay discriminación porque el artículo 245 del Reglamento se aplica por igual a hombres y mujeres cualquiera que sea el permiso o licencia– acudiendo a la STJUE de 16 de febrero de 2006, C-294/2004, asunto Sarkatzis, en la que el TJUE señaló que la mujer «*que sufre un trato desfavorable a consecuencia de su ausencia debida a un permiso de maternidad es víctima de una discriminación por razón de su embarazo y de ese permiso*».

Finalmente, considera que por parte de la Administración se produjo una vulneración del derecho de no discriminación por razón de sexo (artículo 14

CE) de la recurrente, ya que le negó la percepción del complemento económico de destino al no haber tomado posesión del mismo de modo efectivo, cuando lo cierto es que la demandante no podía materialmente tomar posesión por encontrarse disfrutando de una licencia por embarazo de riesgo, omitiendo los deberes que el ordenamiento jurídico impone a los poderes públicos en relación con la igualdad. Entiende el Tribunal que el hecho de que la toma de posesión para la percepción del complemento de destino se exija tanto a hombres como a mujeres e independientemente de cual sea la licencia o permiso que se disfrute, no excluye la discriminación ya que la maternidad va ligada de modo exclusivo a las mujeres.

Termina señalando que, en estos casos, cuando una empleada pública obtiene un destino mientras se encuentra disfrutando de una licencia de maternidad o de embarazo de riesgo, los derechos económicos y profesionales inherentes al nombramiento, deben entenderse adquiridos desde el mismo momento en que la mujer hubiese podido tomar posesión si no hubiese estado disfrutando de dicha licencia.

**STC 192/2016, de 16 de noviembre.**

**RI: Estimación. Nulidad total de la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.**

**Ponente: Asúa Batarrita.**

**Conceptos: Derecho civil valenciano. Competencias estatales y autonómicas en materia civil. Relaciones entre los hijos y sus progenitores no convivientes.**

**Preceptos de referencia: Art. 149.1.8.ª CE y art. 49.2.1.ª Estatuto Autonomía de Valencia.**

**1. Introducción. Derecho civil valenciano.**—Como ha habido ocasión de señalar en las reseñas de las sentencias 82/2016 (ley de régimen económico matrimonial) y 110/2016 (ley de uniones de hecho formalizadas), no hay duda de que la Comunidad Valenciana ostenta competencias para legislar en materia civil a pesar de no haber llegado a disponer de una Compilación. Tales competencias vienen expresamente recogidas en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad (EAV). No obstante, se limitan al Derecho civil consuetudinario valenciano cuya existencia en el momento de entrar en vigor la Constitución de 1978 quede debidamente probada. Esa es la base o conjunto normativo susceptible de «conservación», «modificación» e incluso de «desarrollo», esto último siempre por vía de conexión con otras instituciones. No cabe ir más allá. Los *Furs* del antiguo Reino de Valencia no sobrevivieron a la Guerra de Sucesión española ni a los Decretos de Nueva Planta. Fueron abolidos sin posibilidad de recuperación al amparo de las competencias civiles que Valencia pudo asumir en el marco de la Constitución de 1978. Las competencias valencianas son pues más limitadas que las que ostentan otras Comunidades. Un cambio de esta situación pasa necesariamente por una reforma constitucional o, a lo sumo, por una reinterpretación del art. 149.1.8.ª CE. Este precepto es inmune a otras leyes y, en particular, a eventuales reformas estatutarias. La reforma del Estatuto valenciano en 2006 no supuso variación alguna. Se mantiene pues la doctrina constitucional sentada raíz de la Ley 6/1986 de arrendamientos históricos valencianos (STC 121/1992). Por

tales razones la sentencia que ahora nos ocupa declara inconstitucional y nula la totalidad de la ley impugnada.

**2. Contenido de la ley recurrida.**—Tal como explica el Preámbulo, la ley 5/2011 vendría a ser el segundo paso, tras la de régimen económico, para la elaboración de un futuro «*Código de derecho civil valenciano*», todo ello sobre la base de un pretendido «salto cualitativo» por obra de la reforma estatutaria de 2006. La ley tenía por objeto «*las relaciones familiares de los progenitores que no conviven, con sus hijos e hijas sometidos a su autoridad parental, y las de éstos y éstas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, otros parientes y personas allegadas*» (art. 1). La regulación alcanzaba pues los efectos civiles de la nulidad, separación y divorcio y, más allá, la extinción de las uniones de hecho, en relación con los hijos. Debía aplicarse a los «*hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana*» (art. 2). Tras una serie de definiciones (art. 3), la ley se ocupaba de los siguientes extremos: Pacto de convivencia familiar entre los progenitores, sujeto a aprobación judicial con audiencia del fiscal, para regular «*los términos de su relación con sus hijos e hijas*» (art. 4); medidas judiciales (art. 5), entre las que cabe destacar la opción por el régimen de custodia compartida (art. 5.2: «*Como regla general, [el juez] atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos*»); atribución del uso de la vivienda y ajuar familiares (art. 6); y gastos de atención a los hijos e hijas (art. 7). La ley se completaba con una DA (encaje procesal de la tramitación del pacto de convivencia), dos DDTT (revisión de medidas ya adoptadas y aplicación a procedimientos pendientes de sentencia), una DD (genérica) y cuatro DDFD (invocación del art. 49.1.2 del EAV como título competencial habilitante, aplicación supletoria del Código Civil español, desarrollo reglamentario de la ley y, finalmente, entrada en vigor).

**3. Alegaciones del Gobierno español y de las instituciones valencianas.**—Tanto las alegaciones de las partes como la decisión del Tribunal recorren caminos ya transitados en los casos relativos a las leyes de régimen económico matrimonial y uniones de hecho formalizadas. La abogacía del Estado denunciaba que la Comunidad valenciana había desbordado el marco competencial fijado en la Constitución y en la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 121/1992, sobre arrendamientos históricos). Valencia, entendían, debía haberse limitado a legislar para conservar o modificar el derecho consuetudinario existente cuando entró en vigor la Constitución o, a lo sumo, para desarrollarlo por la vía de las instituciones conexas. En vez de eso, la Comunidad habría llevado a cabo una regulación *ex novo* entrando de lleno en la reserva al Estado de la materia civil (art. 149.1.8.ª CE). Las instituciones valencianas, por su parte, defendían la plena constitucionalidad de la ley, aunque con argumentos en parte diferentes. La *Generalitat* recurría, sobre todo, al cambio de escenario que habría supuesto la reforma estatutaria de 2006. Las *Corts*, por su parte, hacían hincapié además en la ya vieja LO 12/1982 de transferencia de competencias estatales a la Comunidad. He aquí la síntesis del Tribunal Constitucional: «*Resumidamente [...] mientras la Generalitat defiende que el calificativo «foral» incluido en el art. 49.1.2 y en la disposición transitoria tercera del Estatuto de Autonomía para la Comuni-*

*dad Valenciana (EAV[2006]) para referirse al Derecho civil valenciano, resulta esencial para la resolución de este litigio por ser el que justifica la plena recuperación del Derecho del histórico Reino de Valencia contenido en sus antiguos «Furs» derogados en 1707 para la representación de las Cortes Valencianas es la Ley Orgánica 12/1982 y el respeto a la doctrina de la STC 121/1992 lo que conduce necesariamente a afirmar que la competencia legislativa de la Generalitat en materia de Derecho civil no deriva de la aplicación del art. 149.1.8 CE, sino de la transferencia llevada a cabo por la Ley Orgánica de 10 de agosto, de transferencia de competencias de titularidad estatal a la Comunidad Autónoma Valenciana (en adelante, Ley Orgánica 12/1982)» (FJ 1).*

**4. Doctrina del Tribunal Constitucional.**—Como cabe suponer, el Tribunal efectúa una amplia remisión a sus sentencias sobre las leyes de régimen económico matrimonial (STC 82/2016) y de uniones de hecho formalizadas (STC 110/2016). Sobre todo a la primera pues, como en ella, la problemática es estrictamente de civil, sin interferencias administrativas (*vid.* la reseña de la STC 110/2016). Las normas de referencia esenciales son por tanto los arts. 149.1.8.<sup>a</sup> CE y 49.2.1 EAV/2016. Frente a ellos carecen de toda relevancia el art. 7.1 y la disposición transitoria tercera EAV/2006 así como la Ley Orgánica 12/1982. El problema no es otro que la interpretación del art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE, sobre el cual el Tribunal tiene ya una clara doctrina establecida, también con específica referencia al caso valenciano (STC 121/1992). En este sentido, en esta nueva sentencia, insiste en que *«el art. 149.1.8 CE extiende la garantía de foralidad a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de entrada en vigor de la Constitución Española, pero no a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria cuya vigencia hubiera decaído antes de dicha fecha»* [FJ 3, c)]. Valencia no llegó a tener un Derecho compilado. Su Derecho civil fue abolido como efecto de la Guerra de Sucesión y no puede ser recuperado ahora al amparo de unas competencias que sólo alcanzan al Derecho consuetudinario existente cuando entró en vigor la Constitución de 1978. La situación no ha sido, ni podía ser, modificada por la reforma estatutaria de 2006. *«Como se señala en la STC 82/2016, FJ 6, «tras los avatares codificadores y la solución dada a la llamada cuestión foral, donde no estaba Valencia, a día de hoy el art. 149.1.8 CE le reconoce competencia legislativa sobre aquellas materias civiles que forman parte de su acervo normativo o consuetudinario antes de la entrada en vigor de la Constitución. El EAV tanto en su redacción primigenia como en la reciente reforma, asume idéntica competencia sobre el derecho civil valenciano, pero tal competencia legislativa sólo puede tener por objeto las probadas y subsistentes costumbres forales que se hayan observado en determinadas zonas del territorio autonómico, siendo vetado a la Comunidad Autónoma valenciana, crear un Derecho civil ex novo»»* (FJ 4). Por ello, prosigue el Tribunal, *«la posible conexión entre los antiguos y derogados «Furs» del Reino de Valencia y las relaciones paterno-filiales reguladas en la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011 no resulta relevante, ya que lo que debe probarse es la pervivencia en el año 1978 de las costumbres que pudieran servir de punto de conexión. A este respecto, a diferencia de lo que quedó establecido en relación a los arrendamientos históricos, aquí no se ha acreditado la subsistencia de tales costumbres [STC 121/1992, FJ 2 a)], lo que resultaba imprescindible de conformidad*

con nuestra doctrina (SSTC 121/1992, FJ 2, y 182 /1992, FJ 3)» (FJ 4). En suma, Valencia tiene menos competencias civiles que otras comunidades, sin que ello suponga una discriminación constitucionalmente reprochable. El sistema podrá ser asimétrico. Pero es el que resulta de la vigente Constitución. La ley valenciana 5/2011, de Relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, es por ello inconstitucional y, en consecuencia, nula en su totalidad.

**5. Alcance temporal de la inconstitucionalidad.**—Como en el caso de las otras leyes civiles valencianas declaradas nulas en todo o en parte (leyes de régimen económico y de uniones de hecho, respectivamente), el Tribunal también debe pronunciarse acerca de las situaciones creadas en aplicación de la ley 5/2011 sobre relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. De nuevo se respetan las «situaciones jurídicas consolidadas», recurriendo para ello no sólo al «principio constitucional de seguridad jurídica» sino también a un sensato argumento de fondo. En este sentido, el Tribunal «entiende que las decisiones adoptadas por los órganos judiciales durante la vigencia de la Ley 5/2011 que ahora se declara inconstitucional, en relación a la fijación de un determinado régimen de guardia y custodia para los hijos menores —independientemente de cuál fuera el régimen que indiquen como preferente o deseable los legisladores estatal y autonómico—, se fundaron en la recta aplicación del principio que rige esta materia que no es otro que el del beneficio y protección del interés del menor» (FJ 5). De ahí la lógica conclusión: «Los regímenes de guardia y custodia establecidos judicialmente en los casos que hubieran sido pertinentes, adoptados bajo la supervisión del Ministerio Fiscal y en atención al superior beneficio de los menores, seguirán rigiéndose, tras la publicación de esta Sentencia, por el mismo régimen de guarda que hubiera sido en su momento ordenado judicialmente, sin que este pronunciamiento deba conllevar necesariamente la modificación de medidas a que se refiere el art. 775 LEC» (FJ 5).

**6. Voto particular discrepante.**—En su voto, el magistrado Xiol defiende una amplia competencia valenciana en materia civil y, por tanto, la plena constitucionalidad de la ley, como ya había hecho en sus votos particulares a las sentencias 82/2016 y 110/2016, que reproduce en sus términos literales precedidos de una breve introducción: «Las razones de mi discrepancia con la doctrina establecida en las SSTC 82/2016 y 110/2016 ya fueron expuestas en sendos Votos particulares que formulé contra dichas Sentencias en que me manifesté en defensa de la constitucionalidad de las competencias que ostenta la Comunitat Valenciana en materia de Derecho civil foral referidas a la regulación del matrimonio. Aquellas razones son íntegramente extensibles a los aspectos civiles de la normativa ahora controvertida sobre relaciones familiares de los hijos con sus progenitores no convivientes que se ha declarado inconstitucional por razones competenciales. Esto es, creo que también la regulación normativa valenciana ahora controvertida (i) se funda en una competencia reconocida inequívocamente en la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana; (ii) los derechos históricos en materia de instituciones privadas son reconocidos por el Tribunal Constitucional cuando se consagran en un estatuto de autonomía; y (iii) aunque no fuera así, dentro de las competencias ordinarias en materia de Derecho civil, la Comunitat Valenciana puede regular esta materia».



**STC 226/2016, de 22 de diciembre.**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Asúa Batarrita. Voto particular concurrente de Pérez de los Cobos, al que se adhiere Ollero Tassara.**

**Conceptos: Libertad de Expresión. Asociaciones. Partidos políticos. Potestad disciplinaria.**

**Preceptos de referencia: Arts. 6, 20 y 22 CE. Art. 8 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos.**

Esta sentencia supone un nuevo capítulo en la siempre interesante, compleja y a veces sorprendente narrativa constitucional sobre la colisión entre el derecho a la libertad de expresión y otros derechos constitucionales. En esta ocasión el contendiente de la libertad reconocida en el artículo 20 de la Constitución no va a ser el casi siempre coprotagonista derecho al honor, sino el derecho de asociación (art. 22 CE) y además bajo un sesgo muy particular; tal asociación es un partido político. Así, el recurso va a permitir al Alto Tribunal *«aclarar su doctrina en relación con las consecuencias asociadas al ejercicio del derecho constitucional de asociación por parte de los partidos políticos»*, y más en particular, *«respecto de los procesos disciplinarios incoados contra los afiliados como consecuencia de las discrepancias críticas (...) en ejercicio de su libertad de expresión»*.

Susana Pérez-Alonso García-Scheredre, la recurrente en amparo, es oriunda de la comarca asturiana de Mieres, escritora de profesión y combativa afiliada del Partido Socialista Obrero Español (PSOE). En el verano de 2006, la Federación socialista asturiana solicita a la Comisión federal la suspensión del proceso de primarias para elegir candidato a la alcaldía de Oviedo. Tal solicitud le resulta insufrible a la actora, quien remite a La Nueva España (uno de los periódicos de mayor tirada en Asturias) una carta al director bajo el título de *Escándalo innecesario en la AMSO* (Agrupación Municipal Socialista de Oviedo), y que contiene expresiones como las siguientes: *«El espectáculo lamentable que se está dando desde el PSOE, desde sus órganos ejecutivos, hace solo honor a una cosa, al ejecutar, en la acepción peor y metafórica que puede darse a semejante término»*; *«Estamos cansados de ver cómo en las listas van personas que no tienen más oficio que el de tener la lengua muy marrón –permítaseme la grosería encubierta–»*; *«Estamos cansados de mangantería, de gente que no trabaja y que su única aspiración es ir en la lista (...)»* o *«La ejecutiva es otra cosa, no una máquina de arrasar compañeros e ideales»*. En noviembre del mismo año, la comisión ejecutiva federal impone a la actora una suspensión en la militancia de 20 meses, al entender que el contenido de la misiva supuso la comisión de dos infracciones muy graves sancionadas en el artículo 44 del Reglamento de afiliados y afiliadas, como son menoscabar la imagen de cargos públicos o instituciones socialistas y actuar en contra de acuerdos expresamente adoptados por órganos de dirección del partido.

Susana Pérez-Alonso recurre su sanción ante la jurisdicción ordinaria. El Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Oviedo desestima la demanda, pero la Audiencia Provincial de Oviedo estima la apelación al entender que se trataba de una crítica lícita, que perseguía no solo influir en el ámbito interno sino también en el externo o público, llegando así al conocimiento de todos los afiliados de Oviedo y de Asturias. La Sala Primera del Tribunal Supremo no comparte este criterio y estima a su vez el recurso de casación, revocando la sentencia de la Audiencia y declarando que se han vertido expresiones *«sus-*

*ceptibles de provocar en los lectores una imagen distorsionada por las connotaciones negativas (...) y susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de los miembros de la ejecutiva»,* motivo por el cual no pueden entenderse como un legítimo ejercicio de libertad de expresión.

La actora recurre en amparo la anterior sentencia, al entender no sólo que se ha lesionado su derecho fundamental a la libertad de expresión, sino que el Tribunal Supremo ha incurrido en un evidente exceso interpretativo de los artículos 22 (derecho de asociación) y 6 (régimen constitucional de los partidos políticos). Así, entiende que en atención a la sumisión de los partidos políticos al carácter democrático de su estructura interna, debe valorarse si la sanción se sustenta sobre una base razonable o más bien sobre un abusivo y arbitrario ejercicio de la potestad disciplinaria frente a los afiliados disidentes o simplemente críticos. Continúa la actora señalando cómo, aun siendo cierto que la libertad de expresión no puede amparar un supuesto derecho al insulto, en este caso las expresiones de la carta no han tenido destinatarios personales o institucionales concretos y determinados; no habiendo injuriados no puede existir injuria, y la sanción es por ende arbitraria.

El Tribunal Constitucional comienza su razonamiento fijando los términos del debate de una manera concisa y a la vez cristalina: sí puede admitirse o no una restricción adicional al ejercicio de la libertad de expresión cuando se ejerce por una persona afiliada a un partido político. En palabras del propio Tribunal, *«la particularidad, en el presente supuesto, de la fijación de los límites a la libertad de expresión consiste en que quien sanciona se ampara a su vez en el ejercicio de un derecho fundamental, en concreto el derecho de asociación ex art. 22 CE».*

Para el Alto Tribunal, la libertad de expresión puede ejercerse y por tanto ampararse no sólo en el ejercicio frente a poderes públicos, sino también frente a particulares (STC 56/1995) toda vez que es un auténtico *«pilar de una sociedad libre y democrática»* (ya señalado en la muy temprana STC 6/1981), sin perjuicio de ubicarse extramuros de su ejercicio *«las expresiones indudablemente injuriosas u oprobiosas o sin relación con las ideas que se expongan»* (STC 50/2010). Pues bien, la protección de este derecho debe entenderse si cabe de una manera aún más reforzada cuando se ejerce en el seno de un partido político, toda vez que estas asociaciones *«son cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones»* (STC 138/2012), de suerte tal que el ejercicio de los derechos fundamentales en su seno y por los afiliados del partido, adquiere una significación constitucional añadida (STC 56/1995).

Llegados a este punto, el Tribunal entra a sopesar los argumentos contrarios, para formular algunas valoraciones de cariz casi más sociológico que jurídico; como que la pertenencia a una forma asociativa impone a sus miembros un mínimo de lealtad para con el proyecto común, o como que la libertad individual de cualquier persona se entiende voluntaria y libremente consagrada cuando se ingresa en un partido político.

A continuación y en una orientación muy significativa, señala cómo, en lo sucesivo y a diferencia de la jurisprudencia constitucional anterior –que entendía que el control por los órganos judiciales de la legalidad estatutaria de una asociación debía ser meramente formal– los órganos judiciales sí que podrán adentrarse en la ponderación de la conformidad constitucional de las decisiones de la asociación, siempre que tales decisiones entrañen, como en el caso de autos, una injerencia en un derecho fundamental.

Así, y analizando el contenido de la carta al director remitida por la actora, el Tribunal valora que si bien muchas de las expresiones que allí se vierten sí que podrían tener relación con las ideas y opiniones de la actora y del partido al que pertenece, muchas otras pueden ser consideradas como gratuitamente provocativas e hirientes, presentando a los órganos de dirección del partido desde una perspectiva tan negativa y hostil que queda seriamente comprometida la consideración pública del partido. Por ello, concluye que la sanción impuesta por la comisión ejecutiva fue un ejercicio legítimo de potestad disciplinaria, fundamentado en la facultad de auto-organización constitucionalmente reconocida a las asociaciones, y deniega el amparo.

La sentencia cuenta con un voto particular del entonces Presidente del Tribunal, Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, al que se adhiere Andrés Ollero Tassara. Ambos magistrados se muestran conformes con la denegación del amparo –el voto particular es concurrente–, pero no con la nueva senda marcada por el Alto Tribunal sobre la posible fiscalización por parte de los órganos judiciales de las medidas disciplinarias de los órganos de dirección de las asociaciones. Para el Presidente, el Tribunal Constitucional había construido una pacífica y a la vez delicada línea jurisprudencial, que al permitir el control judicial únicamente de los elementos formales o reglados del procedimiento disciplinario (competencia, procedimiento, existencia de una mínima base razonable para la imposición de la sanción...) garantizaba el equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales del afiliado sancionado, y los de los demás asociados y de la propia asociación. Tal equilibrio estaría ahora roto, y además de una manera innecesaria: la resolución del caso no habría diferido si el Tribunal hubiera mantenido y reiterado la jurisprudencia anterior.

Las conclusiones que deja esta sentencia bien pueden ser ambivalentes. Por un lado, se trata de una victoria prácticamente unánime (recordemos que el voto particular era concurrente) del derecho de auto-organización asociativa frente a excesos en el ejercicio de la libertad de expresión. Pero por otro, deja también un poso agrídulce para la independencia de los órganos de dirección de las asociaciones, y muy particularmente de los partidos políticos: en lo sucesivo, sus decisiones no estarán sujetas a un limitado control formal de los órganos judiciales, sino que estos podrán también valorar el grado de injerencia que las medidas disciplinarias que adopten puedan tener en los derechos fundamentales de sus afiliados.

# 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), **Nicolás 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), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Antonio Ismael RUIZ ARRANZ** (Universidad Autónoma de Madrid), **Isué VARGAS BRAND** (Universidad Autónoma de Madrid).

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, intimidad personal y familiar y propia imagen. Colisión con la libertad de información y de expresión. Ponderación de ambos derechos. Mayor protección del derecho a la intimidad cuando lo que es objeto de información u opinión son aspectos relativos a la vida íntima o sexual de las personas.**—Las noticias relativas a relaciones sexuales o extramatrimoniales de las personas pueden atentar

contra su derecho fundamental a la intimidad (STS de 27 de noviembre 2014). Así, en el caso de noticias o comentarios en programas de televisión sobre supuestas infidelidades conyugales y su repercusión en la relación matrimonial del afectado, cuando se trata, no de un «famoso» del mundo del espectáculo, sino de un político de gran relevancia (un expresidentes del Gobierno, que parece que, a estos efectos, tendría incluso más exposición a la opinión pública que un miembro secundario de la Casa Real), la Sala otorgó mayor preponderancia al derecho a la intimidad (SSTS de 29 de julio de 2011 y 13 de diciembre de 2013).

**Libertad de información y protección de la vida privada. Necesidad de que la información publicada sea de interés general. Doctrina del TEDH.**—

El TEDH ha destacado que el factor decisivo en la ponderación entre la protección de la vida privada y la libertad de expresión estriba en la contribución que la información publicada realice a un debate de interés general, sin que la satisfacción de la curiosidad por parte del público en relación con detalles de la vida privada de una persona pueda considerarse contribución a tal efecto (STEDH de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania). Así, serán de interés general las publicaciones relativas a cuestiones políticas o crímenes cometidos (STEDH de 16 de abril de 2009, Egeland y Hanseid c. Noruega), o las referentes a deportes o actores (STEDH de 22 de febrero de 2007, Nikowitzyt VN GMBH c. Austria; STEDH de 26 de abril de 2003, Colago Mestre y SIC c. Portugal; STEDH de 8 de junio de 2010, Sapan c. Turquía). Pero no son de interés general los eventuales problemas conyugales de un presidente de la República o las dificultades económicas de un célebre cantante (STEDH de 4 de junio de 2009, Standard Verlags GmbH c. Austria y STEDH de 23 de julio de 2009, Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS) c. Francia). Por el contrario, cuando la información publicada y los comentarios efectuados se refieren exclusivamente a detallar la vida privada de la persona y tienen el único propósito de satisfacer la curiosidad del público a este respecto, la libertad de expresión requiere entonces una interpretación menos amplia (STEDH de 23 de julio de 2009, Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS) c. Francia y STEDH de 7 de febrero de 2012, Von Hannover c. Alemania).

**Información sobre procesos judiciales. No suponen una licencia o excusa para inmiscuirse en la esfera privada de la vida de las personas que queda a salvo de cualquier intromisión. Doctrina constitucional.**—

En cuanto a la información relativa a procesos judiciales la jurisprudencia constitucional (STC de 31 de mayo de 1993; STC de 28 de noviembre de 1994; STC de 14 de septiembre de 1999, entre otras) ha justificado la conveniencia y necesidad de que la sociedad sea informada sobre sucesos de relevancia penal, con independencia de la condición del sujeto privado o persona afectada por la noticia. Pero en este caso, la información no se limitó a la incidencia meramente procesal de que uno de los imputados intentó aportar al mismo unos correos electrónicos con datos privados y personales de otro de los encartados, sino que abundó en el contenido de tales mensajes, incluyendo unos juicios de intenciones sobre la reacción de la esposa ante las supuestas infidelidades, y haciendo mención a una hipotética relación sentimental del demandante con una modelo rusa (lo que ni siquiera tenía relación con los correos en cuestión). Es decir, incurrió en una extralimitación morbosa, con la única finalidad de satisfacer la curiosidad de personas interesadas en las vidas ajenas sin justificación constitucional o legal para ello. Aquí la prensa no cubre ningún papel de guardián de la libertad de expresión, ni de control de las personas con cometidos o

responsabilidades públicas, puesto que el tratamiento informativo ofrecido no se refiere a tales aspectos institucionales o públicos, sino a facetas inviolables de la intimidad de las personas. (STS de 14 de julio de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—A., destacado miembro de la sociedad española, perteneciente a la Casa Real, interpuso demanda por intromisión ilegítima en su derecho al honor y a su intimidad personal y familiar, contra B., un antiguo socio, y contra los titulares de los siguientes medios de difusión: E. E., E. M., E. S. D., S., P., V. y E. P. A. R., solicitando se declarara la existencia de dicha intromisión como consecuencia de la filtración que B. habría hecho de una serie de correos electrónicos propiedad del actor, con la excusa de aportarlos a un procedimiento penal en el que ambos se hallaban incurso, y en los que se contenía información relativa a la vida personal e íntima del demandante. Se solicitaba se declarase que se había producido dicha intromisión ilegítima y se condenase al pago de la cantidad simbólica de un euro en concepto de indemnización por el daño moral y personal padecido. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda pero la Audiencia Provincial de Barcelona acogió el recurso de apelación y condenó a los demandados. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación solo en lo relativo a E. M. y S., por considerar que tales publicaciones no habían vulnerado el derecho a la intimidad del demandante, pues se habían limitado a ofrecer una mera exposición del acontecimiento procesal señalado, sin profundizar en el supuesto contenido de los correos ni hacer comentario alguno sobre el tema de la infidelidad. En lo demás mantuvo el fallo dictado por la Audiencia.

NOTA.—La sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil cuenta con un voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas en el que muestra su discrepancia con el criterio mayoritario, al considerar que con la información y comentarios publicados y emitidos a través de los diferentes medios no se violó el derecho a la intimidad personal y familiar del interesado, dado que los medios de comunicación se limitaron a hacerse eco de la prueba que se intentaba aportar en el proceso penal. Por tanto, no crearon la noticia ni la provocaron, sino que fue fruto de su aportación en un proceso penal por uno de los acusados. Siendo así, se habría publicado una información sobre una base real. De ahí que los comentarios y análisis que efectuaron las distintas publicaciones respecto del contenido de tales correos y de las repercusiones que podrían tener (que podían ser destructivos para el matrimonio, que podían generar la separación conyugal, que si lo habría confesado a su mujer, que se trataba de «cuernos», que se hablaba de la existencia de una modelo rusa, del perdón de la Infanta), no son más que comentarios absolutamente anodinos e insustanciales y no añaden nada que afecte a la intimidad del demandante, pudiéndose inferir que se trata de temas que se deducen por sí solos sin necesidad de mencionarlos, y no contribuyen a incrementar el daño que hubiera podido producirse, pues son un mero corolario del hecho noticiable (art. 7.3 LO 1/1982). (L. A. G. D.)

## DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

**2. Arrendamiento de terreno como cuerpo cierto: Duración: Anulabilidad por vicios: Caducidad.**—El 30 de julio de 2004 la actora, Aberite Lais SENTENCIA. L., y la RENFE, actualmente ADIF, celebraron un contrato de arrendamiento que tenía por objeto un terreno de 7000 metros cuadrados, aproximadamente, situado frente a la estación de contenedores de Abroguñal, calle Méndez Álvaro, del término municipal de Madrid, arrendándose como cuerpo cierto, según croquis, plano de situación y superficie, que se adjuntaba como anexo I. La duración del contrato era de cinco años, desde el 11 de octubre de 2004, fecha pactada para su entrada en vigor, hasta el 30 de septiembre de 2009, fijándose la renta en 126.000 euros anuales, pagaderos en mensualidades de 10.500 euros, IVA excluido, si bien con un plazo de carencia de seis meses, debiendo destinarse el objeto del contrato exclusivamente a la actividad de unidad de suministro de gasóleo A, centro de lavado, autolavado y parking de vehículos pesados, ligeros y semiligeros. Para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones la arrendataria entregaba a la arrendadora un aval bancario por importe de 21.000 euros. Abonó las obras necesarias en el inmueble para una mayor y mejor realización de sus obligaciones o al uso pactado, que serían por cuenta y cargo del arrendatario, autorizándolas la arrendadora. El arrendatario se responsabilizaba de la obtención ante las autoridades competentes de todas aquellas licencias y autorizaciones que fueran necesarias para desarrollar su actividad en el inmueble arrendado, así como de los importes que se derivasen de su obtención. No sería exigible responsabilidad alguna a la RENFE si por los organismos competentes, ya fueran estatales, autonómicos o municipales, no se concedieran las correspondientes licencias para la apertura y funcionamiento de la actividad o se prohibieran o restringieran las mismas una vez concedidas. La denegación o retirada de las preceptivas licencias no afectaría a las obligaciones contraídas por las partes en el contrato, sin que pudiera alegarse por la arrendataria la resolución anticipada del contrato (Estipulación sexta). No obstante, acto seguido, la estipulación séptima, titulada «Condición suspensiva», suspendía la «validez y eficacia obligatoria» de lo pactado hasta que fueran obtenidas por el arrendatario con carácter definitivo, «las licencias, permisos y autorizaciones necesarias para la instalación y explotación de la actividad objeto del contrato. Transcurridos tres meses desde la firma de este contrato, sin que, por cualquier causa se hubiese cumplido la citada condición suspensiva, el presente contrato devendrá inválido, nulo y privado de eficacia obligatoria para las partes a todos los efectos sin que por las mismas haya nada que exigirse o reclamarse». El 21 de diciembre de 2004 ambas partes suscribieron un protocolo adicional por el que ampliaban el periodo de carencia para el pago de la renta por la arrendataria hasta el 30 de abril de 2005. La sociedad arrendataria recibió la parcela y el 24 de noviembre solicitó la correspondiente licencia de actividad, cuya falta, sin embargo, no le impidió, de hecho, ejercer la actividad pactada. La licencia fue denegada por resolución de la Dirección General de Gestión Urbanística de Madrid, de 8 de noviembre de 2005, notificada a la arrendataria el 12 de diciembre siguiente. La arrendataria no impugnó la denegación de licencia, y hasta febrero de 2007 estuvo pagando mensualmente la renta estipulada. Tras producirse el impago de la renta, la arrendadora promovió el 28 de noviembre de 2008, juicio de desahucio y de reclamación de cantidad por rentas debidas (actua-

ciones de juicio verbal 2031/2008 del Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Madrid), y el 29 de abril de 2009 ejecutó el aval bancario por importe de 21.000 euros, pactado en la estipulación 11.ª del contrato y entregado en el acto de su firma.

El 11 de julio de 2009, después de haberse señalado la vista de dicho juicio verbal para el 19 de octubre de 2009 y el lanzamiento para el 21 de enero de 2010, la arrendataria, hoy recurrente, presentó la demanda del presente litigio ejercitando una acción principal de nulidad y otra subsidiaria de resolución del contrato con base, en lo que aquí interesa, en que la cosa recibida era inhábil para el fin pretendido, pues la licencia de actividad le había sido denegada. La arrendadora con evidente dolo y a sabiendas de la situación urbanística de los terrenos arrendados, la había inducido por error a suscribir el contrato de arrendamiento con RENFE, cuyo objeto era imposible de llevar a cabo. Como medida cautelar interesaba el reintegro del aval a la entidad del crédito avalista. Como consecuencia de la interposición y admisión a trámite de la demanda se suspendió el curso de las actuaciones del juicio de desahucio. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, y recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial la confirmó.

Son desestimados los óbices de admisibilidad opuestos por la parte recurrida al único motivo de casación invocado por la parte recurrente, consistente en la infracción del artículo 1301 CC. La única pretensión subsistente del demandante, hoy recurrente, es la de la nulidad del contrato de arrendamiento por error y dolo, ya que la de resolución del contrato por incumplimiento, formulada con carácter subsidiaria, basándose en que la demandada habría obstaculizado la obtención de licencia por la arrendataria, aunque mantenida en apelación, no se reitera ante esta Sala, según resulta tanto del motivo único como de las peticiones del escrito de interposición del propio recurso.

Esa pretensión de nulidad por error y dolo, fundada en la falta de licencia para el ejercicio de la actividad especificada en el contrato, era inviable desde un principio por los propios términos de la estipulación 6.ª del contrato, que asignaba íntegramente a la sociedad arrendataria no sólo la responsabilidad de obtener las licencias y autorizaciones necesarias para el ejercicio de su actividad sino también todos los riesgos derivados de su no obtención, eximiendo por completo a la arrendadora de cualquier responsabilidad al respecto.

Es cierto que la cláusula 7.ª, establecía una condición suspensiva al supeditar «la validez y eficacia» del contrato a la obtención por la arrendataria, «con carácter definitivo» de «las licencias, permisos y autorizaciones necesarias para la instalación y explotación de la actividad objeto del contrato», de modo que el contrato «devendrá inválido, nulo y privado de eficacia obligatoria para las partes», si la citada condición suspensiva no se hubiera cumplido «transcurridos tres meses desde la firma de este documento»; pero también es cierto que ambas partes decidieron de consuno tener por no puesta esta estipulación al comenzar la ejecución del contrato conforme a lo previsto en la estipulación segunda, es decir, el 11 de octubre de 2004, y, por tanto, antes de haber transcurrido tres meses desde su firma. De hecho, ninguna de las dos partes hace valer esa condición suspensiva ni a su favor ni en contra de la otra parte.

No obstante, como quiera que la sentencia recurrida desestima la acción de anulación por considerar caducada la acción, como también decidió la sentencia de primera instancia, y como quiera que el recurso se funda en infracción del artículo 1301 CC invocando el interés casacional representado



por la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales que a su vez se funda en la doctrina jurisprudencial de esta Sala, procede dar respuesta a la cuestión jurídica planteada.

**Doctrina jurisprudencial sobre consumación de contratos de tracto sucesivo.**—Según el artículo 1301 CC «la acción de nulidad sólo durará cuatro años», y este tiempo empezará a correr, «en los casos de error, o de dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato». De esta regulación se desprende que el plazo de cuatro años no comienza a correr desde la perfección del contrato, que se produce por el mero consentimiento (art. 1258), sino desde un momento no necesariamente posterior, ya que perfección y consumación pueden coincidir en el tiempo, pero sí conceptualmente distinto en cuanto caracterizado por la ejecución del contrato o cumplimiento por las partes de sus obligaciones contractuales. Así las sentencias del Pleno de esta Sala de 12 de enero de 2014, declara terminantemente que «el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato».

El problema consiste en determinar cuándo se produce la consumación del contrato a los efectos de que empiece a correr el plazo de cuatro años, y su solución no presenta especiales dificultades en los contratos de ejecución instantánea o simultánea, cuando se recibe íntegramente la prestación de la única parte obligada, si el contrato no generó obligaciones recíprocas o, en el caso de las recíprocas, cuando ambas partes contratantes reciben de la otra la prestación correspondiente. En cambio, cuando el contrato sea de tracto sucesivo, e incluso cuando sea de tracto único, pero de ejecución diferida en el tiempo, como sucede con la compraventa con precio aplazado, sí puede presentar dificultades la determinación del momento de su consumación.

Estas dificultades se reflejan en la doctrina jurisprudencial de esta Sala, que, a su vez, aparece citada en las sentencias de las Audiencias Provinciales invocadas en el recurso. Por un lado hay sentencias que parecen identificar la consumación del contrato con su agotamiento o completa ejecución de las prestaciones de las partes (así las sentencias de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928, y más recientemente la sentencia de 11 de junio de 2003 que cita, a su vez, la de 5 de mayo de 1983. Por otro lado hay sentencias más recientes que implícitamente no identifican la consumación del contrato con su agotamiento o extinción porque poniendo el artículo 1301 en relación con el 1969, consideran determinante que se haya podido tener conocimiento del error o el dolo. Así lo hace la ya citada sentencia del Pleno de 12 de enero de 2015, no sin puntualizar que la doctrina que sienta se refiere a los contratos bancarios o de inversión que presentan una cierta complejidad y en virtud de una interpretación del artículo 1301 ajustada a la presente realidad social, pues «en la fecha en que el artículo 1301 CC fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba a los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la acción contractual». Siguiendo la línea marcada por esta doctrina jurisprudencial más reciente, reiterada por SSTs de 7 de julio y 16 de septiembre de 2015 y 3 de febrero de 2016, procede declarar que en los contratos de tracto sucesivo que no presenten especial complejidad, como es el caso del arrendamiento litigioso, la consumación se produce, a los efectos del cómputo inicial del plazo de cuatro años establecido en el artículo 1301 CC, cuando quien luego alegue el dolo o el error hubiera recibido de la otra parte su prestación esencial; en el caso del arrendatario, la cesión de la cosa por el arrenda-

dor en condiciones de uso o goce pacífico (arts. 1544, 1546 y 1554 CC), pues desde este momento nace su obligación de devolver la finca, al concluir el arriendo, tal como la recibió (art. 1561) y es responsable del deterioro o pérdida que tuviera la cosa arrendada (art. 1563), del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato.

De aplicar todo lo antedicho al motivo examinado se desprende que la sentencia recurrida no infringe el artículo 1301, pues, al margen de que algunas de sus consideraciones sobre el momento de la perfección del contrato, puedan hacer pensar que identifica consumación con perfección, lo cierto es que, al añadir que «todo lo más», el plazo habría transcurrido «a los cuatro años del comienzo de la vigencia pactada», es decir, cuatro años desde el 11 de octubre de 2004, resuelve con acierto al identificar la consumación con el comienzo de la vigencia, entendido como comienzo de la ejecución del contrato, que desde el punto de vista del arrendatario supuestamente víctima del dolo o del error no exigía el pago por él de las correspondientes mensualidades de renta, para el que inicialmente tenía un periodo de carencia de seis meses posteriormente ampliado hasta el 30 de abril de 2005. En consecuencia, producida la consumación del contrato el 11 de octubre de 2004 y presentada la demanda el 11 de julio de 2009, en esta última fecha ya habían transcurrido los cuatro años de duración de la acción.

De lo anterior resulta, a su vez, que el pago de la renta por el arrendatario no habría venido sino a extinguir la acción de nulidad por la válida confirmación del contrato (art. 1309 CC), que se produjo tácitamente mediante un abono de la renta que tuvo lugar no solo antes de la denegación de licencia, ya que la renta comenzó a pagarse el 30 de abril de 2005 y la resolución denegatoria de la licencia se notificó al hoy recurrente el 12 de diciembre del mismo año, sino también durante más de un año después de la denegación, pues la sociedad hoy recurrente no dejó de pagar la renta hasta febrero de 2007, lo que supone toda una reiteración de actos que implicaban necesariamente la voluntad de renunciar al derecho a invocar la causa de nulidad una vez cesado el supuesto error sobre la licencia de actividad, inverosímil, por demás, a la vista de los términos del contrato.

Finalmente conviene aclarar que la caducidad de la acción de anulación por error o dolo no impide que, en casos distintos del presente, el arrendatario pueda resolver el contrato por incumplimiento del arrendador si el arrendatario se ve perturbado en el uso pacífico de la cosa por culpa imputable al arrendador (art. 1556 CC que utiliza el término *rescisión* en vez de *resolución*), quedando entonces sujeta la acción de resolución al plazo de prescripción correspondiente. (STS, del Pleno, de 24 de mayo de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Supuesto fáctico de cierta complejidad que obliga a la Sala a analizar con minuciosidad ciertas cláusulas contractuales claramente contradictorias, cuestión que resuelve acertadamente; lo mismo que conductas diversas de lo pactado. Reitera la doctrina jurisprudencial sobre la consumación de los contratos de tracto sucesivo a efectos del ejercicio de la acción de anulabilidad por vicios, plenamente de aprobar. (G. G. C.)

**3. Error vicio en la contratación de productos financieros y de inversión.**—La Sala 1.<sup>a</sup> reitera su doctrina según la cual, en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por parte de la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y riesgos del producto —y, por tanto, no haya padecido error al contratar— lleva a *presumir* en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados. Es decir, la falta de información adecuada no vicia el consentimiento pero sí permite presumirlo *iusuris tantum* (por todas, STS 20 de enero de 2014).

**Relevancia de la información acerca del riesgo de la inversión por la entidad.**—La información relativa al riesgo de la inversión no constituye una mera previsión accesorias, sino que tiene el carácter de esencial, porque se proyecta sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato (art. 1266 CC), que se integra en la causa principal de su celebración. La información sobre los riesgos aparejados a la inversión no alude a cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores —irrelevantes, como tales, para apreciar el error vicio—. Más bien al contrario, a juicio de la Sala 1.<sup>a</sup> la información sobre los riesgos índice en la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores.

Y para poder excluir la existencia de error vicio no basta con la conciencia, más o menos difusa, de estar contratando un producto de riesgo (porque toda inversión conlleva un riesgo). Es preciso conocer los riesgos concretos de cada inversión.

**Cumplimiento de los deberes de información por la entidad sobre el producto y sus riesgos.**—En tanto que la inversión en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que permita al cliente averiguar las cuestiones relevantes en materia de su concreta inversión y formular las preguntas correspondientes (art. 79 LMV), es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar esta información a aquellos clientes sin conocimientos expertos en el mercado de valores. La información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la entidad con *antelación suficiente* al momento de emisión del consentimiento por parte del cliente inversor, a fin de que este pueda formarse adecuadamente.

El haber contratado previamente productos de inversión de naturaleza diferente no convierte al cliente en experto. (STS de 30 de septiembre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—A, albañil, y B, ama de casa, contrataron en 2002 con la entidad C 36 títulos de obligaciones subordinadas, por importe de 36.000 euros. En 2005 vendieron 9 títulos por valor de 9.000 euros, quedando la inversión reducida a 27.000 euros. En 2012, ante la eventualidad de perder la inversión, A y B aceptaron la oferta de recompra y canje por acciones de C. Ante ello, A y B interpusieron demanda contra C solicitando que se declarase la nulidad del contrato indicado por error vicio, con la restitución de prestaciones.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda por considerar fundamentalmente que no se había infor-

mado adecuadamente a los clientes sobre las características y riesgos del producto.

La Audiencia Provincial dictó sentencia estimando el recurso de la entidad C al considerar (i) que la normativa vigente del mercado de valores en la fecha de adquisición no imponía a las entidades especiales obligaciones de información, (ii) que los demandantes tenían experiencia en otros contratos de inversión, y (iii) que cobraron rendimientos de la inversión sin objeción alguna.

A y B interpusieron recurso de casación ante la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo.

NOTA.—Junto a la obligación de la entidad de suministrar información clara, correcta y precisa sobre el producto contratado, la Sala 1.<sup>a</sup> coloca al mismo nivel que esta información se suministre con la suficiente o necesaria antelación, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 5 del anexo al RD 629/1993). Es decir, parece equipararse el suministro de información poco clara al suministro de información sin la antelación suficiente (aun siendo la información clara). Cabe plantearse entonces dos cuestiones, pues la Sala 1.<sup>a</sup> no las concreta a mi juicio. La primera es cuál es el tiempo de antelación aproximado respecto del momento en que se emite el consentimiento con que la entidad debe informar al cliente. La segunda es si puede entenderse incumplido el deber de información de la entidad financiera que comercializa un producto o servicio de inversión cuando suministra información clara, precisa y suficiente para el cliente pero le otorga un margen temporal relativamente escueto para su análisis (nótese que, si la información es clara y precisa, el tiempo necesario será presumiblemente menor). Es decir, cómo actúan los requisitos de claridad de la información y suficiente antelación a la hora de enjuiciar el cumplimiento o incumplimiento de los deberes de información de la entidad financiera. (A. I. R. A.)

**4. Contrato de préstamo bancario con derivado financiero implícito. Producto financiero complejo. Deber de información al cliente. Deber de la entidad de suministrar al cliente una información suficiente y adecuada para que se represente cabalmente no solo la complejidad del producto sino especialmente los riesgos que asume a través de su contratación.**—Aunque por la fecha del contrato todavía no se había traspuesto la normativa MiFID, lo cierto es que la normativa pre-MiFID ya imponía a las empresas que prestaban servicios financieros unos deberes especiales de información (SSTS de 10 de septiembre de 2015 y 12 de febrero de 2016). La finalidad de estos deberes de información es romper la asimetría informativa, suministrando al cliente minorista, inversor no profesional, la información y el conocimiento sobre el producto financiero que contrata y sus concretos riesgos del que puede carecer. La intensidad en la actividad informativa estará en función de este resultado y, para ello, del grado de complejidad del producto: a mayor complejidad se requerirá una actividad informativa mayor, que disminuirá conforme sea menor la complejidad. De tal forma que la exigencia de información será la que se considere adecuada para que un cliente minorista pueda adquirir un conocimiento cabal del producto que contrata y de sus concretos riesgos.

**Error vicio de la voluntad. Requisitos. Necesidad de que afecte a un elemento esencial del contrato: se da cuando afecta a los riesgos asociados a los eventuales costes económicos de una cancelación anticipada sobre los que el cliente no ha recibido la información adecuada.**—El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de forma que la razonabilidad debe abarcar tanto el carácter aleatorio del negocio como la entidad de los riesgos asumidos. Además, ha de tratarse de un error relevante y excusable, por lo que no se protege a quien, con la debida diligencia en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba. En el caso, la falta de información afectaba a un elemento (los eventuales costes de la cancelación anticipada en caso de amortización del préstamo), que podía tener la consideración de esencial, respecto del cual el defecto de información contribuyó a que el cliente contratara el producto afectado por un error sustancial y trascendente, en cuanto que, de conocerse ese extremo, no se hubiera concertado el producto financiero. (STS de 1 de julio de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La mercantil MG, S. L. concertó un préstamo a interés variable con la entidad BBVA para financiar la adquisición, instalación y montaje de una planta de energía solar. El contrato contenía una cláusula con un derivado financiero destinado a la sustitución del pago del interés variable de mercado por otro calculado según unas complejas reglas y que tenía una especial incidencia para el caso de llevarse a cabo una amortización o cancelación —total o parcial— anticipada del préstamo. Sobvenida una amortización parcial el cliente comprobó los perjudiciales resultados que, para sus intereses, tenía la aplicación de dicho derivado dadas las notables pérdidas económicas que le suponía. Por este motivo interpuso demanda solicitando la declaración de nulidad del contrato por error vicio del consentimiento derivado de la falta de información recibida sobre las características de este derivado y, en especial, sobre los riesgos y costes que implicaban para una cancelación parcial. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca acogió el recurso de apelación y estimó parcialmente la demanda declarando la nulidad de la cláusula relativa a la liquidación del derivado financiero por la amortización o vencimiento anticipado, y mantuvo la validez del contrato en todo lo demás. El Tribunal Supremo dio lugar a la casación por infracción procesal al entender que la Audiencia había incurrido en incongruencia, ya que se había dado cosa distinta a la pedida. Asumiendo la instancia, dictó nueva sentencia en la que revocó la de primera instancia y estimó la demanda, decretando la nulidad del contrato y la restitución recíproca de los pagos que las partes se hubiesen efectuado.

NOTA.—Esta sentencia es un ejemplo más de una situación que se viene mostrando asaz frecuente en los últimos años, auspiciada sobre todo por los efectos de la crisis económica. El mercado financiero se ha visto inundado de productos que, hasta no hace tanto, estaban reservados para un sector minoritario de inversionistas y en el marco de una actividad económica en muchas ocasiones profesional. Sin embargo, la comercialización de estos productos com-

plejos (preferentes, swapps, multividias, derivados, etc.) se ha generalizado dirigiéndose a cualquier tipo de clientela, la mayoría de la veces neófita y desconocedora de los intrincados mecanismos económicos y de cálculo que caracterizan el funcionamiento de aquellos. Esto determina por lo general una acusada asimetría entre la información que maneja la entidad financiera y la que traslada al cliente, de manera que muy a menudo éste último forma su voluntad a partir de un conocimiento inexacto de la realidad del contenido en sí del producto, y también de las exactas consecuencias o efectos que del mismo se deriva para su patrimonio. Es precisamente esta ausencia o defectuosa información la que provoca el error vicio en el que muchas veces incurre el inversionista. Esto ha determinado, en el plano legislativo, la producción de una cuidada y minuciosa normativa dirigida a proteger los intereses de los clientes mediante la imposición a las entidades financieras de unos especiales deberes de información, control y comprobación para asegurarse de que, efectivamente, el particular se ha hecho una idea cabal tanto del contenido del producto como de sus efectos. Y en el plano jurisprudencial se ha establecido una doctrina que considera que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea (SSTS de 21 de noviembre de 2012, 24 de octubre de 2013, 20 de enero de 2014, 26 de febrero de 2015 y 30 de junio de 2015, entre otras muchas).

De otra parte, en el terreno doctrinal se ha planteado si realmente la solución adoptada respecto del incumplimiento de los deberes de información, a través de la anulación del contrato por error, es la idónea o si, por el contrario, sería preferible reconducir tales incumplimientos hacia el sistema de la indemnización por daños (en este sentido, MORALES MORENO, A. M. «Permuta financiera de interés (swap), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 noviembre 2012», *RDM*, 289 (2013), p. 436). Esta solución parece ser más conforme con los criterios establecidos con carácter general en los instrumentos de unificación del Derecho de contratos y responde a una tradición arraigada en el Derecho europeo continental (así, PECL, 4:117; DCFR, II-7:214; UNIDROIT, 3.2 (16); CELS, 55). Esta misma solución se recoge en la Propuesta de Modernización del Código civil español (MORALES MORENO, A. M. «De nuevo sobre el error». *AAMN*, 55 (2015), p. 713-ss, según el cual la imputabilidad del error puede permitir aplicar la responsabilidad por culpa *in contrahendo*, prevista en el art. 1245 de la Propuesta y ofrecer al *errans* el remedio de la indemnización). Un amplio y profundo análisis de los problemas derivados de la información y del error en los contratos, puede verse en MORALES MORENO, A. M. *El error en los contratos*. CEURA. Madrid, 1988; GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información*. La Ley, Madrid, 1994; DE LA MAZA GAZMURI, I. *Los límites del deber precontractual de información*. Civitas. Navarra, 2010. (I. D.-L.)

**5. No ha lugar de la nulidad de la compraventa de vivienda en construcción con comprador consumidor, por la no estipulación de la fecha o plazo de entrega. Resolución del contrato por incumplimiento del comprador.**—De acuerdo al artículo 1128 CC, «[S]i la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél.». Por tanto, no cabe deducirse la nulidad del contrato por la falta de plazo, conforme a lo previsto en el artículo 1256 CC —«[L]a validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» — (STS 15 de junio de 2016). El Tribunal Supremo señala que nunca ha habido base jurídica para excluir la aplicación del artículo 1128 CC cuando el comprador tenga la condición de consumidor o usuario, y el deudor la condición de empresario o profesional. Por otro lado, el Alto Tribunal considera que la parte vendedora no hubiese dispuesto de la facultad de postergar su cumplimiento —unilateral e indefinidamente—, si la parte compradora hubiese pedido la fijación judicial del plazo. Incluso sin hacerlo, el Alto Tribunal estima que la parte compradora pudo resolver el contrato por incumplimiento, por no poner la vivienda a su disposición en el momento de haber terminado la construcción y de pasar con creces el plazo natural para tal efecto (SSTS 30 de enero de 2014 y 11 de diciembre de 2014). Además, el Alto Tribunal argumenta que, si la cláusula del plazo o término de entrega hubiese sido abusiva en el contrato de compraventa con consumidor, se tendría que declarar la nulidad de pleno derecho de tal cláusula, más no la nulidad de todo el contrato (art. 10.2 *bis* LGDCU).

En efecto, el Tribunal Supremo consideró que, como los compradores incumplieron su obligación de pago de una parte muy sustancial del precio, se hizo evidente que la empresa vendedora ya no confiara en el futuro cumplimiento de dicha obligación. Por otro lado, el Alto Tribunal estimó económicamente absurdo y no probado que, tras la difícil situación financiera comunicada por el consumidor comprador, hubiera la empresa vendedora renunciado a su facultad de resolución contractual, hasta que apareciera un tercer comprador, con quien pudiera realizar una venta de reemplazo a un precio igual o mayor.

Finalmente, el Alto Tribunal concluyó que la parte compradora no aportó ninguna prueba de los daños y perjuicios contractuales de la vendedora, que desvirtuara la cuantificación de los daños aducidos por la vendedora, los cuales consistían en los adelantos del pago del precio (102.000 €). Por tanto, no hay razón para ordenar la restitución del precio en favor de la parte compradora. (STS de 23 de septiembre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

**HECHOS.**—El señor P (comprador – consumidor) demandó a la mercantil E (vendedora), alegando la nulidad del contrato de compraventa de vivienda en construcción, donde no se pactó nada acerca del plazo para la entrega de la vivienda. Por su parte, la mercantil E formuló demanda de reconversión, alegando la resolución del contrato mencionado, por incumplimiento de la parte compradora.

En su sentencia de 20 de mayo de 2012, el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Vigo, estimó la reconversión. El Juzgado declaró la resolución del contrato, por incumplimiento del comprador. El Juzgado encontró que la compraventa no pudo llevarse a

cabo por la exclusiva imposibilidad del comprador de pagar el precio de la vivienda, gracias a su separación matrimonial.

La Audiencia Provincial de Pontevedra, en su Sentencia de 21 de febrero de 2014, estimó el recurso de apelación instado por la parte compradora, desestimando la demanda reconvenzional de la vendedora. Se condenó a pagar a la mercantil E el dinero anticipado del precio del comprador, más los intereses legales desde las fechas de entregas. La Audiencia consideró que carecía de validez el contrato de compraventa de vivienda en construcción por parte del consumidor a una promotora, en el que no se había pactado ningún plazo para la terminar la obra, más cuando hubo, por parte del comprador, un cumplimiento anticipado de su obligación de pagar el precio. Esto para la Audiencia significó un perjuicio para el comprador y un beneficio para la mercantil, «que se aprovecha, en fin, *sie die* del dinero recibido mediante una facultad de prolongar unilateral e indefinidamente el cumplimiento de su respectiva y más esencial obligación, de entrega de la vivienda».

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la vendedora. (I. V. B.)

**6. Plazo adicional de cumplimiento en Derecho español.**—El Código Civil español, a diferencia de otros códigos civiles europeos (por ejemplo, el §323 BGB, «Nachfrist») no contempla la institución del «plazo adicional de cumplimiento» pero la imprescindible finalidad a la que sirve no puede quedar desatendida. Por ello, la Sala 1.<sup>a</sup> declara en esta sentencia que, aun a falta de cláusula resolutoria expresa, un retraso en el cumplimiento, aunque en sí mismo no sea esencial, justificará la resolución del contrato cuando, por su duración o sus consecuencias, ya no quepa exigir al acreedor conforme a la buena fe que continúe vinculado por el contrato.

**El incumplimiento del plazo de entrega como incumplimiento resolutorio.**—Solo cuando las partes han querido dar al plazo de entrega carácter esencial con efectos resolutorios explícitos, el retraso del vendedor en la entrega ampara la resolución. Cuando las partes no quisieron dar al plazo de entrega un carácter esencial con efectos resolutorios explícitos (cláusula resolutoria expresa), el retraso del vendedor en la entrega solo ampara la resolución si el cumplimiento tardío frustra los legítimos intereses del comprador. Tal sucede, cuando el tiempo de cumplimiento se hubiere convertido en contenido de la misma prestación o, con otras palabras, cuando el tiempo de cumplimiento sea esencial, por determinar el único momento en que el interés del acreedor puede ser satisfecho y, por lo tanto, permitir al mismo que una prestación fuera de él sea rechazada y, al fin, tratada como un verdadero incumplimiento resolutorio y no como un cumplimiento irregular o retrasado, causante de las consecuencias secundarias vinculadas a la mora (STS 104/2011, de 8 de marzo).

**Regla de la previsibilidad e interés negativo.**—El requisito de la previsibilidad, al tiempo de la celebración del contrato, de los daños y perjuicios causados (art. 1107 I CC), es también aplicable cuando la indemnización se pide en la medida del denominado «interés de confianza» o «interés contractual negativo». (STS de 25 de mayo de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]



HECHOS.—El 4 de septiembre de 2007 la compañía «Ferrocarriles del Suroeste, S. A. (FESUR)» celebró con la compañía «Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S. A. (CAF)» un contrato de suministro por el cual CAF se obligaba a fabricar y suministrar 9 locomotoras y a venderlas a FESUR, que se obligó a comprarlas. El contrato establecía un calendario para la entrega de las locomotoras, conforme al cuál, la primera locomotora debía entregarse a FESUR en noviembre de 2009 y la última en diciembre de 2010. Según el contrato, FESUR podía resolver el contrato por diversos motivos, pero entre ellos no se encontraba el retraso en la entrega de las locomotoras con arreglo al calendario acordado. El 22 de diciembre de 2008 FESUR celebró una serie de contratos con determinadas entidades financieras con la finalidad de financiar, durante 15 años aproximadamente (hasta el 1 de octubre de 2025), el coste de adquisición de las locomotoras (un contrato de cesión; diez contratos de leasing; un contrato de crédito; y contratos de cobertura de tipos de interés). Con arreglo al contrato de cesión, el banco financiador se colocaba en la posición de FESUR en el contrato de suministro para volver a ceder a FESUR, en el mismo acto, los derechos y obligaciones derivados del propio contrato de suministro, con determinadas excepciones, y entre las que se encontraban la obligación de pagar el precio a CAF, la propiedad de las locomotoras y las piezas de parque, y la facultad de resolución del contrato por incumplimiento. Por su parte, los contratos de leasing, el contrato de crédito y los de cobertura de tipos de interés preveían la facultad de los respectivos financiadores de declarar el vencimiento anticipado para el supuesto de que los bienes objeto de arrendamiento (esto es, las locomotoras) no hubieran sido entregados al arrendatario (esto es, a FESUR) en el plazo máximo de 6 meses a contar desde las fechas de entrega previstas en el contrato de suministro. Como colofón, el contrato de cesión a que se ha hecho referencia al inicio, reconocía el derecho del banco a ceder a FESUR de nuevo la obligación de pago a CAF, la propiedad de las locomotoras, las piezas del parque y la facultad de resolución del contrato, si se producía la resolución anticipada por cualquier causa de cualquiera de los contratos de Leasing, del Contrato de Crédito o de los Contratos de Cobertura.

CAF no conocía la financiación de FESUR para la adquisición de las locomotoras.

Mediante comunicaciones de fechas 18 de mayo y 28 de julio de 2009, CAF manifestó a FESUR la necesidad de reprogramar el calendario contractual de entrega de las locomotoras: en concreto, propuso que la primera locomotora se entregase en mayo de 2010, es decir, 6 meses después del plazo, noviembre de 2009, pactado en el Contrato de Suministro. FESUR no aceptó expresamente la novación de los plazos propuesta. A lo largo de 2009 y de 2010, FESUR envió comunicaciones por correo electrónico a CAF, mostrando su preocupación por los plazos de entrega de las locomotoras y expresando la importancia que tenía el cumplimiento de los mismos para el buen fin de los Contratos de Financiación. Las comunicaciones remitidas por FESUR a CAF en

2009 y 2010 reflejaban el riesgo de que no se mantuviera la financiación concedida a FESUR, si CAF incurría en un retraso de más de 6 meses sobre el calendario pactado para la entrega de las locomotoras en el contrato.

En mayo de 2010, es decir, en la fecha que CAF había señalado para la entrega a FESUR de la primera locomotora en la propuesta de nuevo calendario de entregas a la que nos hemos referido en el anterior apartado 3, la locomotora no fue entregada.

El 25 de agosto de 2010, se produjo la resolución de los contratos de financiación de FESUR por el banco financiador, formalizándose el 24 de septiembre la cesión del banco a FESUR de las exclusiones del contrato (la obligación de pago a CAF, la propiedad de las locomotoras, las piezas del parque y la facultad de resolución del contrato de suministro que el banco se había reservado en el contrato de cesión).

El 30 de septiembre de 2010 FESUR remitió a CAF una carta comunicándole la resolución del contrato de suministro. Señaló, como causa de la resolución, el incumplimiento por parte de CAF de la obligación de entrega de las dos primeras locomotoras, excediéndose en más de seis meses de las fechas de entrega pactadas en el Contrato de Suministro; y que ese retraso había provocado la cancelación anticipada de la financiación externa con la que FESUR contaba para atender las obligaciones de pago asumidas en el Contrato de Suministro, y sin la que le era imposible cumplirlas.

Como respuesta a la referida declaración de resolución, CAF, mediante comunicación dirigida a FESUR con fecha 1 de diciembre de 2010, requirió a FESUR para que recibiese las locomotoras. Sin embargo, a 30 de diciembre de 2010, ninguna locomotora tenía autorización para ser puesta en servicio.

El 29 de julio de 2011 FESUR interpuso contra CAF. CAF, a su vez, reconvino interesando que, en líneas generales, se condenase a FESUR a cumplir el contrato y a abonar una indemnización. El Juzgado dictó sentencia en la que estimó parcialmente la demanda, declaró la validez de la resolución del contrato de suministro y condenó a CAF a restituir las cantidades anticipadas por FESUR más una indemnización.

La Audiencia Provincial, en apelación, estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por CAF; desestimó la demanda de FESUR; y estimó parcialmente la reconvención de CAF, declarando vigente el contrato de suministro.

Frente a esta sentencia, FESUR interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. La Sala 1.ª del Tribunal Supremo ha casado la sentencia de la Audiencia.

NOTA.—Nótese que el ponente de esta sentencia, quien ya había descrito al plazo adicional de cumplimiento («*Nachfrist*») como «*la más valiosa contribución de la ciencia jurídica alemana al Derecho del incumplimiento*» (PANTALEÓN, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, p. 1733) plasma en esta resolución el acertado criterio de que la resolución por incumplimiento (art. 1124 CC) únicamente requiere que la entidad y circunstancias del incumplimiento sean tales que razonablemente, de acuerdo con las exigencias de la buena fe contractual,

no quepa seguir exigiendo a la parte cumplidora, o dispuesta a cumplir, que continúen vinculada por el contrato (PANTALEÓN, F., «El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate», *ADC*, pp. 1047-1048).

Respecto al plazo adicional de cumplimiento, el artículo 15 del Anteproyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario prevé, para el vencimiento anticipado, la concesión de un plazo adicional de cumplimiento. En particular, el precepto establece como requisito para ejercer válidamente la facultad de vencimiento anticipado que el prestamista haya requerido de pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos quince días para su cumplimiento, advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total del préstamo. (*A. I. R. A.*)

**7. Indemnización de daños y perjuicios causados por la información defectuosa sobre un producto de inversión.**—El incumplimiento grave de los deberes de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero (art. 79 bis LMV 1988), una vez determinada la relación de causalidad, puede constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por el cliente que consistan en la pérdida de valor de los productos de inversión adquiridos.

En particular, la Sala 1.<sup>a</sup> declara aquí que el incumplimiento por la entidad de sus deberes de información sobre los riesgos inherentes al producto, tanto por la información omitida como por la información facilitada (cuando se induce a pensar en la existencia de garantías de devolución del capital) tiene la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, si el incumplimiento de los deberes de información impuestos por la normativa del mercado de valores propició que el cliente asumiera el riesgo conducente a la pérdida de la inversión.

**Alcance de la indemnización de daños causados por la información defectuosa sobre un producto de inversión y daños morales.**—Cuando se exige indemnización de daños morales por el incumplimiento de un contrato de contenido puramente económico, como es el caso del asesoramiento de inversiones, aunque pudiera entenderse que existe una relación de causalidad fenomenológica entre la conducta de la entidad y los daños psicológicos que hubiera podido sufrir el cliente, no puede establecerse una imputación objetiva en base al criterio del fin de protección de la norma cuando explícita o implícitamente no se ha tomado en consideración la vulneración de bienes de la personalidad (tales como la integridad, la dignidad o la libertad personal) en relación con el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas, salvo en el caso de que el incumplimiento contractual sea doloso (art. 1.107 II CC). (**STS de 30 de septiembre de 2016**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

**HECHOS.**—D. Celso era cliente de la entidad Renta 4, Sociedad de Valores, S. A. («Renta 4»). Su perfil asignado era conservador y había realizado diversas inversiones en valores bursátiles y otros activos financieros.

En junio de 2008, Renta 4 le ofreció la contratación de un bono estructurado emitido por Lehman Brothers, referenciado a la evolución de las acciones españolas, Telefónica y Santander. En el folle-

to informativo del producto se mencionaba que el capital estaba 100% garantizado en todo momento.

El cliente emitió la orden de compra el 20 de junio de 2008 por importe de 100.000 euros. En septiembre de 2008 Lehman Brothers quebró.

D. Celso interpuso demanda contra Renta 4 interesando que, sobre la base de una declaración de incumplimiento de sus obligaciones de información clara, veraz, correcta, suficiente y oportuna sobre el producto tanto antes de su contratación como con posterioridad, y de sus obligaciones de asesoramiento diligente, depósito, administración y gestión legal del producto, se condenara a Renta 4 a indemnizarle en 100.000 euros por la pérdida de la inversión y 10.000 euros por los daños morales.

El Juzgado de Primera Instancia, entendiendo que había existido asesoramiento, consideró que Renta 4 actuó negligentemente en su asesoramiento, condenando a Renta 4 a indemnizar al demandante en 50.000 euros, al considerar que no era posible conocer qué actitud hubiera tomado el cliente de haber sido adecuadamente informado.

La sentencia de instancia fue recurrida por ambas partes. La Audiencia Provincial, confirmando la existencia de relación de asesoramiento, desestimó el recurso de apelación del demandante y estimó el de la demandada. En su razonamiento la Audiencia esgrimió que no existían datos concluyentes de que Renta 4 pudiera haber tenido información fiable sobre la próxima insolvencia de Lehman Brothers.

El demandante, D. Celso, interpuso recurso de casación frente a la sentencia de apelación.

NOTA.—En cuanto a la improcedencia de indemnizar los daños morales (*rectius*, daño no patrimonial) por la información defectuosa, aunque se comparte el resultado a que llega la Sala 1.<sup>a</sup>, debe advertirse que lo relevante es si el daño no patrimonial cae dentro del fin de protección del contrato concreto de que se trate (art. 1107 I CC). Ello no sucede en contratos cuyo contenido es puramente económico, como lo fue el contrato de la sentencia reseñada. En conclusión, debe indagarse si el interés no patrimonial del acreedor, que resulta lesionado por el comportamiento del deudor, se ha incorporado al contrato, asumiendo el acreedor el riesgo de tener que reparar este daño en caso de incumplimiento [*vid.* RODRÍGUEZ GUTIÁN, A., «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual: (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)», *ADC*, p. 256].

En otro orden, debe mencionarse la reflexión de la Sala 1.<sup>a</sup>, cuando considera que en caso de dolo el deudor responderá de todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 1107 II CC) y que, por tanto, se indemniza el daño no patrimonial de concurrir dolo del deudor. Esta postura ha sido recogida por la STS de 15 de junio de 2010, que establece un criterio de imputación novedoso y que parece responder al intento de ensanchar la responsabilidad del deudor hacia el daño no patrimonial, previa justificación de la existencia de dolo. Un mejor entendimiento de la doctrina del fin de protección del con-

trato, relativa al daño no patrimonial, evitaría tener que recurrir al párrafo segundo del artículo 1107 II CC para conceder, en su caso, la indemnización por daño no patrimonial. (A. I. R. A.)

**8. Validez *ex ante* de una cláusula penal y límite de proporcionalidad a la libertad de los contratantes de establecer penas privadas.**—El Derecho español permite las cláusulas penales con función coercitiva, sancionadora o punitiva: no sólo de liquidación anticipada de los daños y perjuicios que puedan causar los incumplimientos contractuales por ellas contemplados. Se permiten incluso en el artículo 1152.1 CC («si otra cosa no se hubiere pactado») las penas que no sustituyen, sino que se acumulan a la indemnización de daños y perjuicios (por todas, STS 197/2016, de 30 de marzo).

Ahora bien, pueden considerarse contrarias a la moral o al orden público las penas convencionales cuya cuantía exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal correspondiente. No sólo las cláusulas penales «opresivas», intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado (STS 26/2013, de 5 de febrero) o las «usurarias», aceptadas por el obligado a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; sino también aquéllas en las que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla; en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor. Para ese último tipo de cláusulas, con penalidades desproporcionadas en el sentido descrito, la Sala 1.<sup>a</sup> expresa su disposición a admitir la reducción judicial conservadora de su validez; que, a juicio de la Sala, no guarda ningún tipo de relación con la previsión del artículo 1154 CC. La carga de alegar y de probar (si no es evidente) que la penalidad era, desde la perspectiva *ex ante* considerada, extraordinariamente excesiva, corresponderá al contratante que se oponga a que la cláusula penal le sea aplicada en los términos pactados (art. 217.3 LEC).

**Validez de una cláusula penal en atención a las consecuencias dañosas efectivamente causadas al acreedor por el incumplimiento contemplado en la cláusula penal de que se trate, en relación con las razonablemente previsibles al tiempo de contratar.**—Para la aplicación del artículo 1.154 CC, no basta el hecho de que, producido precisamente el incumplimiento contractual que la cláusula penal contempla, la cuantía de la penalidad a pagar resulte ser mayor que la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente causados por el referido incumplimiento, ni aun cuando la diferencia entre una y otra cuantía venga a sobrepasar la que era, *ex ante*, proporcionada a la función punitiva de la cláusula penal de que se trate. Sin embargo, sí parece compatible con el principio *pacta sunt servanda* (art. 1091 CC) que la pena pueda moderarse judicialmente aplicando el artículo 1154 CC por analogía, cuando aquella diferencia sea tan extraordinariamente elevada, que deba atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía (extraordinariamente más elevada) de los daños y perjuicios que

causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal. La Sala 1.<sup>a</sup> entiende que aplicar, en un supuesto así, la pena en los términos pactados resultaría tan incongruente con la voluntad de los contratantes, como hacerlo en caso de que «la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor». (STS de 13 de septiembre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—El 22 de julio de 2004 doña Leticia y doña Estela celebraron, en documento privado, un contrato por el que doña Leticia vendió a doña Estela y ésta compró una determinada finca: una porción de terreno con casa y patio en su interior. El precio de dicha compraventa se fijó en la cantidad de 180.303 euros; de los que la compradora abonó 24.040 en el mismo acto. Se pactó que el 9 de agosto de 2005 pagaría la cantidad de 66.111 euros, y el 9 de septiembre de 2006, la cantidad de 90.151 euros. Ese mismo 9 de septiembre de 2006 se señaló como fecha máxima para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, acto en el que la compradora debería haber pagado la totalidad del precio pactado. En el contrato se incluyó una cláusula penal, según la cual si llegada la fecha de otorgamiento de la escritura pública, que se ha establecido en el pacto cuarto de este contrato, la parte compradora no pagare el precio establecido, la señora vendedora podrá optar entre (i) exigir judicial o extrajudicialmente la parte pendiente de pago; o (ii) dar por resuelto el contrato, otorgándose a la compradora un término de 20 días hábiles a fin de pagar la cantidad que reste pendiente de pago y, transcurrido este término, reteniendo el 40% de las cantidades recibidas hasta el acto del incumplimiento, quedándose con ese importe en concepto de arras penitenciales y devolviendo a la compradora el 60% de las cantidades recibidas. Por otra parte, para el supuesto de que la vendedora no hiciese entrega de la posesión de la finca, firmando la escritura en su totalidad el día 9 de septiembre del año 2006, o no personase en la notaría designada por la señora compradora, o personándose no firmase la escritura pública, se estableció como cláusula de penalización la cantidad de 250,00 euros por cada día hábil de retraso, hasta la fecha de otorgamiento de la escritura pública y la efectiva entrega de la posesión de la finca. Este importe se restaría de la cantidad que restase pendiente de pago y sin perjuicio de las acciones legales que tuviera por convenientes ejercitar doña Estela para el estricto cumplimiento de este contrato. El 9 de agosto de 2005 doña Estela pagó a doña Leticia el segundo plazo del precio de la compraventa: 66.111 euros. Llegado el día 9 de septiembre de 2006, doña Leticia (vendedora) solicitó a doña Estela que el otorgamiento de la escritura se pospusiera al siguiente 25 de septiembre; fecha en la que doña Leticia no acudió a la notaría designada por la compradora, doña Estela. El 2 de octubre de 2006, la vendedora remitió una carta a la compradora haciéndole saber que se negaba a la venta del inmueble, porque el contrato firmado era, a su juicio, lesivo en más de la mitad. En la misma carta, la vendedora requería a doña Estela para que se aviniese a resolver convencionalmente el contrato, a fin de devolver las cantidades pagadas a cuenta de precio, es decir 90.151,00 €. A mediados de 2007 doña Estela interpuso demanda pidiendo que se condenara a doña Leticia a otorgar la escri-

tura pública de compraventa de la finca, contra el pago de la cantidad de 90.151 euros que aquella consignó en el Juzgado. Doña Leticia no contestó a la demanda ni compareció al acto de la audiencia previa. El 26 de mayo de 2008 el Juzgado dictó sentencia por la que estimó íntegramente la demanda de doña Estela. El 31 de julio de 2008 doña Leticia y doña Estela otorgaron escritura de elevación a público de contrato privado de compraventa y cancelación de condición resolutoria. Ni en el clausulado ni en otro lugar de esta escritura se hizo referencia alguna a la cláusula penal pactada en el contrato privado de compraventa de 22 de julio de 2004. En diciembre de 2010, doña Estela interpuso contra doña Leticia nueva demanda iniciadora de la que trae causa la sentencia reseñada, pidiendo que se la condenase a pagarle la cantidad de 110.500 euros en aplicación dicha cláusula penal. El cálculo del montante de la cantidad reclamada tomaba en consideración, como fecha de inicio, la fecha pactada para la elevación a público del contrato privado (26 de septiembre de 2006), y, como fecha de término, el día de efectiva elevación a público, esto es, el 31 de julio de 2008 (442 días x 250 €: 110.500 €).

La demanda fue estimada íntegramente por el juzgado de primera instancia por considerar que la segunda escritura no constituyó una novación extintiva del primer contrato y, por ende, de la cláusula penal en él inserto. Contra esta sentencia, la representación procesal de doña Leticia interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial rechazó la existencia de novación extintiva, pero entendió que la pena reclamada era desproporcionada, acordó su moderación en un 20% de la suma reclamada, estimando así parcialmente el recurso.

Frente a esta sentencia, doña Estela recurrió en casación, por vulneración del artículo 1154 CC y la jurisprudencia que lo interpreta.

La Sala 1.<sup>a</sup> desestimó el recurso de apelación, por considerar inadmisibile, conforme a la buena fe, del ejercicio por doña Estela de la pretensión deducida en la demanda iniciadora del proceso.

NOTA.—Como la sentencia se encarga de poner de manifiesto, la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión de General de Codificación y que publicó el Ministerio de Justicia en el año 2009, contiene un artículo 1150 a cuyo tenor «el Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido». La codificación de un precepto del Código Civil en este sentido, traería como consecuencia la superación de la doctrina jurisprudencial que impide aplicar la facultad moderadora del artículo 1154 CC, cuando la pena está establecida para un determinado incumplimiento, aunque fuese parcial, y se produce concretamente la infracción prevista en el contrato. (A. I. R. A.)

**9. Contrato de obra: Acumulación de autos: Vicios de la construcción: Aplicación de la LOE.**—El presente procedimiento resulta de una acumulación de otros dos, uno el instado por el constructor frente a la propiedad en reclamación de honorarios por incrementos en la obra, que resulta contestado

por la propiedad Biochemical, que a su vez reconvino contra aquél y contra el director de la obra don Arturo. Alegaba Biochemical que nada adeudaba y, a su vez, reclamaba por defectos de ejecución y de dirección de obra y daños y perjuicios por la pérdida de la subvención concedida al haberse incumplido los plazos. El otro procedimiento acumulado fue el instado por Luis Fernán González Estudio de Ingeniería, SLP, frente a Biochemical y a don Carlos María en reclamación de honorarios por la dirección de la obra, por el trabajo de coordinación de Seguridad y Salud y por sus labores de Project Management, que fue contestada por ambos; Biochemical alegando pago por el proyecto y negando trabajos de dicha mercantil-actora como coordinadora que se suscribió por don Arturo reclamándose 66.834 euros al primero, por obras que resultaron mal ejecutadas y 35.0048 al segundo, y solidariamente a ambos 435.378,42 euros como daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Oviedo desestimó la demanda y estimó parcialmente la reconvencción en ambos procedimientos. La sec. 5.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo estimó parcialmente el recurso de Biochemical en cuanto a imponer las costas a don Evelio, y desestimó igualmente la apelación de don Arturo.

**Inaplicación del artículo 1591 CC.**—El recurrente entiende que se ha producido una deficiente interpretación del artículo 1591 CC, que debería haber llevado a la declaración de existencia de ruina funcional. Pero esta Sala debe declarar que no concurre interés casacional, dado que la resolución recurrida, aunque cita jurisprudencia que interpreta dicho precepto, basa su decisión en la normativa de la LOE, que fue la invocada en la demanda y en el recurso de apelación. En la sentencia recurrida se declara: «Con carácter general, un vicio de estas características debe ser imputado al constructor, pues sabido es que tras la entrada en vigor de la LOE, desde el momento en que en ella se definen con detalle las obligaciones que incumben a cada uno de los agentes en el proceso edificatorio, es al contratista, y no al director de la obra, a quien se impone con claridad la obligación de comprobar los materiales, su calidad y su correcta ejecución y disposición en los elementos constructivos y de las instalaciones de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de la obra, de tal modo que en supuestos, como el presente, en que el proyecto contemplaba un material de hormigón ciclópeo, sólo se podrá exigir responsabilidad conforme a la LOE al director de obra si el defecto proviene de haber dado el director de ella instrucciones a pie de obra que modifiquen lo proyectado y de esa modificación se derive directa o indirectamente el daño, o en supuestos en que el defecto sea tan fácilmente perceptible que el director de obra no debiera haber firmado el certificado de fin de obra».

En este concreto caso existen razones específicas para atribuir responsabilidad al ingeniero director de obra y ello por cuanto que, junto a la LOE, deben tenerse presente los términos del contrato celebrado entre don Arturo y Biochemical a propósito de la dirección de la obra, debiendo ser destacada su cláusula cuarta, que literalmente transcrita dice: «Desarrollo del trabajo por el ingeniero. El ingeniero tendrá que velar para que las obras se lleven a cabo con sujeción al proyecto —y sus posibles modificaciones—, cumpliendo todas las pautas y directrices fijadas. También se deberán utilizar los productos y materiales especificados en aquel». Para continuar dicha estipulación señalando que: «El ingeniero deberá entregar los planos de detalle necesarios y dará órdenes precisas tanto de forma gráfica como escrita, para la perfecta ejecución de los trabajos velando en todo momento por la calidad de ejecución de los mismos. Todos estos mandatos se recogerán en el Libro de órdenes de la obra que se rellenará durante el transcurso del mismo» (folio 634).



En base a lo expuesto, siendo los criterios de imputación los propios de la LOE y los derivados del contrato, no cabe entrar en el análisis del artículo 1591 CC, pues no fue el eje argumental de la resolución recurrida, ni tampoco de la demanda ni del recurso de apelación (art. 477.3 LEC), ni la jurisprudencia que lo interpreta constituyó la *ratio decidendi* de la resolución recurrida. El ámbito normativo fue el propio de la LOE, dado que la licencia fue de 29 octubre de 2010, es decir, diez años después de la entrada en vigor de la misma (DT 1.ª de la LOE). (STS de 4 de mayo de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

**10. Contrato de mandato. Sociedades familiares. Poder de representación recíproco formulado en términos muy generales. Interpretación: debe estarse a la voluntad de las partes más que a la mera literalidad del poder, por tener su fundamento en el vínculo de confianza existente entre mandante y mandatario.**—En relación con la interpretación del poder de representación, especialmente cuando se trata de poderes formulados en términos muy generales, la voluntad querida por las partes se erige en el criterio rector de la interpretación, sin que pueda atenderse de manera automática o mecánica a la mera literalidad, sino que ha de estarse principalmente al sentido del encargo realizado, esto es, a la intención y voluntad del otorgante en orden a la finalidad querida y en relación con las circunstancias que concurren. Habida cuenta del que el contrato de mandato se fundamenta en el recíproco vínculo de confianza entre mandante y mandatario, es necesario destacar los especiales deberes de fidelidad y lealtad que constituyen auténticas directrices en el desenvolvimiento de la actividad de gestión que realiza el mandatario (STS de 28 de octubre de 2004). Estos deberes, fundados tanto en la buena fe como en su proyección en el artículo 1258 CC y artículo 1719 CC, implican que el mandatario debe comportarse como cabe esperar de acuerdo con la confianza depositada (*servare fidem*), diligentemente y a favor del interés gestionado, con subordinación del propio interés.

**Extralimitación en el ejercicio del poder. Se da cuando se actúa en interés propio y no del representado, sin que, al conferirse el poder, exista voluntad de encomendar al mandatario la realización de actos que exceden de la gestión ordinaria.**—De los amplios poderes recíprocamente conferidos no cabe interpretar que el sentido o la finalidad de los mismos, máxime en una sociedad de base familiar, fuese facultar a cualquiera de ellos para comprar para sí, o para su esposa, las participaciones de los demás, sin consentimiento de éstos, alterando el equilibrio de la sociedad en beneficio propio. Extremo que excede de las facultades de gestión otorgadas y que requieren del consentimiento o acuerdo con los demás partícipes de la sociedad. En este sentido, los demandados no transmitieron instrucción alguna a su mandatario para que vendiese las participaciones de aquéllos. Más aún, las referidas compras se produjeron cuando ya habían surgido desavenencias entre los hermanos acerca de la gestión de la sociedad. En síntesis, el mandatario, hijo y hermano de los demandados, no actuó en interés de sus mandantes, sino en el suyo propio buscando detentar la mayoría del capital y, en consecuencia, el control efectivo de la sociedad familiar. (STS de 20 de mayo de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—En una sociedad de base familiar, integrada por la madre B. y los hijos A. y L., todos ellos se habían conferido recíprocamente amplios poderes para representarse unos a u otros en la realización de muy variados actos jurídicos, incluidos los de enajenación, aunque no así para la autocontratación. Con ocasión de las desavenencias surgidas entre A. y sus parientes por mor de la gestión de las empresas familiares, A. revocó los poderes conferidos a su madre y a su hermano por escritura de marzo 2009. Estos, a su vez, hicieron lo propio respecto de A. en escrituras de octubre y noviembre de 2009, respectivamente. No obstante, en octubre de 2009 A., manifestando actuar en nombre y representación de su hermano y de su madre, vendió en escritura pública a su esposa D. varias participaciones sociales de aquéllos. Al tener B. y L. conocimiento de las transmisiones llevadas a cabo por A., rechazaron tales operaciones y se negaron a aceptar el pago que se les pretendía hacer. Semanas después fueron B. y L. quienes, manifestando actuar en nombre de A., transmitieron diferentes participaciones sociales a los hijos de L. Así las cosas, A. y D. interpusieron demanda contra B., L. y los hijos de éste solicitando se declarase la nulidad de esta última venta de las participaciones sociales. Los demandados se opusieron y, además formularon reconvencción para pedir a su vez que se declarase la nulidad de las efectuadas por A. en nombre de éstos por no existir la representación que se había arrogado. En instancia se desestimó la demanda y se estimó la reconvencción. La Audiencia Provincial de Bilbao dio lugar a la apelación, estimó la demanda principal, declarando nulas las transmisiones efectuadas por B. y L. en noviembre, y desestimó la reconvencción, al entender que la conducta de B. y L. había supuesto una ratificación o confirmación tácita de los actos llevados a cabo por A. en octubre de aquel año; sin que apreciara extralimitación en el uso que hizo A. del poder otorgado a su favor, ni tampoco autocontratación. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por B. y L., en el sentido de declarar la nulidad de las transmisiones llevadas a cabo por A., en nombre de su madre y hermano, y a favor de su esposa; y mantuvo la nulidad de las transmisiones realizadas por B. y L. en nombre de A.

NOTA.—El Tribunal Supremo recoge como esencial en el contrato de mandato un requisito, que fue idea de POTHIER, consistente en que para que un asunto pueda constituir materia de este contrato hace falta que concierna al interés del mandante o de un tercero y no a un asunto que concierna únicamente a intereses del mandatario (v. Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2010, p. 472). (*I. D.-L. S.*)

**11. Contrato de seguro. Seguro de daños. Doctrina jurisprudencial sobre la interpretación y aplicación del artículo 20.8.<sup>a</sup> LCS sobre la existencia de causa justificada que excluya el retraso culpable y exonere al asegurador del recargo previsto en la norma: la simple existencia de un proceso judicial no supone que la compañía asegurada pueda eximirse de su deber de pago o consignación de las cantidades reclamadas.—Es doctrina constante de la Sala que ha de hacerse una interpretación restrictiva**

de la regla contenida en el apartado 8.º del artículo 20 LCS, en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma, al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados. De manera que la mera existencia de un proceso no constituye causa que justifique por sí el retraso, o que permita presumir la razonabilidad de la oposición. Solo quedará justificado este retraso cuando se pruebe la auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar, como sería el caso en que la resolución judicial es imprescindible para despejar las dudas en torno a la realidad del siniestro o su cobertura.

**Finalidad de la indemnización por demora del artículo 20 LCS. Carácter de sanción por incumplimiento de la obligación de pago de la aseguradora.**—Con carácter general, el propósito del artículo 20 LCS es sancionar la falta de pago de la indemnización, o de ofrecimiento de una indemnización adecuada, a partir del momento en que un ordenado asegurador, teniendo conocimiento del siniestro, la habría satisfecho u ofrecido. (STS de 1 de julio de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—BBE, titular de un planta energética, suscribió un contrato de seguros con las entidades MAPFRE, ACE y HDI para la cobertura, de un lado, de «todo riesgo de daño material» en la maquinaria (Secc. A), y de otro el «pago por capacidad», para cubrir la pérdida de ingresos de explotación derivada de las averías. Vigente el contrato las partes suscribieron un suplemento en el que modificaron diversas cláusulas pertenecientes a la Secc. B, para excluir determinados riesgos, entre ellos, los relativos a «vicio propio, defecto latente». Con ocasión de una inspección se comprobó que una turbina presentaba graves deficiencias debidas a error o defecto de diseño. La asegurada reclamó las indemnizaciones oportunas por los dos conceptos antes indicados, pero las aseguradoras solo se avinieron a satisfacer la suma correspondiente a la pérdida de ingresos, al entender que la causa de la avería había quedado excluida en el suplemento firmado. BBE presentó demanda en reclamación de la cantidad no abonada y el pago de los intereses del artículo 20 LCS. Desestimada en primera instancia, la Audiencia Provincial de Bilbao acogió el recurso de apelación al considerar que se trataba de un evento cubierto por la póliza, la cual, de otra parte, debía ser interpretada en beneficio del asegurado, según los propios términos del contrato. Condenó igualmente al pago de los intereses por demora previstos en el artículo 20 LCS, al estimar que no había causa que justificase el retraso en el pago de las cantidades reclamadas de acuerdo con el seguro concertado. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—La aplicación del interés moratorio del artículo 20 LCS ha sido una cuestión frecuentemente debatida en el ámbito judicial, en especial, por las controversias que genera su apartado 8.º, en la medida que permite a la compañía aseguradora eximirse del pago de los intereses de demora pese a haber incurrido en ella, si existe una causa «justificada» o que «no le fuera imputable». La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha evolucionado desde una posición inicialmente menos favorable al asegurado, descartando

estos intereses si para determinar la suma indemnizatoria hubiera sido necesario el proceso, hacia una postura más rigurosa con las compañías de seguros, según la cual para eliminar la condena de intereses no bastará con la mera incertidumbre de la cantidad a pagar por la aseguradora sino que será necesario valorar si la resistencia de la aseguradora a abonar lo que, al menos con toda certeza, le incumbía, estaba o no justificada o el retraso en el pago le era o no imputable, tal como establece la norma; siendo lo decisivo, por tanto, la actitud de la aseguradora ante una obligación resarcitoria no nacida de la sentencia ni necesitada de una especial intimación del acreedor (SSTS de 13 octubre 1999 y 26 enero 2000); hasta el punto de afirmarse que procederán los intereses especiales del artículo 20 LCS si la aseguradora consignaba la cantidad indudablemente debida, pero lo hacía con condiciones (STS de 12 de abril de 2002). Esta otra postura viene a suponer una mitigación de la regla «in illiquidis non fit mora», pues no toda controversia o discrepancia entre las partes excluye el devengo, ni, por tanto, el hecho de que tenga que seguirse un proceso judicial hasta determinar la prestación del asegurador elimina su procedencia, pues, de ser así, se frustraría la finalidad del precepto de conseguir el cumplimiento más rápido posible por parte de los aseguradores y evitar recursos infundados de éstos para, en cambio, fomentar la litigiosidad con la esperanza de que cualquier rebaja, en la correspondiente sentencia, de las cantidades pedidas por los demandantes viniera a eximirlos de aquel incremento. Semejante manera de entender el requisito de la liquidez resulta muy beneficiosa para los intereses de los asegurados, en comparación con el modo tradicional de aplicar la máxima *in illiquidis non fit mora*. En definitiva, cabe concluir que el mero alegato de la índole ilíquida de la deuda del asegurador no enerva, por sí solo, el devengo de los intereses moratorios especiales previstos en el artículo 20 LCS [LA CASA GARCÍA, *Devengo de interese moratorios*, en «La protección del cliente en el mercado asegurador». Thomson-Civitas. Madrid, 2014, pp. 856-857. De esta manera, pocas dudas existen en torno a la naturaleza punitiva o disuasoria de estos intereses, si bien la doctrina los ha calificado en ocasiones como auténtica cláusula penal legal [CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, FUJ, Jerez, 1989, pp. 242-244; GÓMEZ SEGADE, *Rasgos fundamentales de la nueva Ley sobre el Contrato de Seguro*, AJ, V, 1981, p. 37]; y otras veces, más que una cláusula penal, se ha considerado que contiene una modalización del régimen general sobre la mora en las obligaciones pecuniarias tendente a acentuar el carácter punitivo de la indemnización de daños y perjuicios irrogados por el retraso del asegurador, con el fin de propiciar una tutela eficaz del asegurado [LA CASA GARCÍA, *La mora del asegurador en la Ley de Contrato de Seguro*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 162; SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, t. XXIV, v. 2, EDERSA, Madrid, 1990]. Vendrían a representar una liquidación anticipada de los daños y perjuicios ocasionados por la mora del asegurador, a la que se dota de un acusado carácter penitencial en razón a las reglas sentadas sobre el cálculo

de la correspondiente indemnización [MORENO VELASCO, *Algunos comentarios sobre los problemas prácticos de la aplicación de los intereses moratorios en la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación*, La Ley, 4, 2005, p. 1434]. (L. A. G. D.)

## **12. Préstamo hipotecario: Nulidad de cláusula general en contrato concertado con consumidores: Ejecución por venta notarial.**

—Fermín y Lorenza contrataron con Banesto un préstamo hipotecario el 31 enero 2005 por importe de 240.000 euros. En garantía de la devolución del capital, y de los intereses y costas, hasta un límite de 360.000, se constituyó una hipoteca sobre finca urbana sita en Son Ramonell, dentro del término municipal Marratxi. La estipulación 11.<sup>a</sup> disponía: «Para el caso de que la ejecución de la hipoteca tenga lugar por el procedimiento extrajudicial a que se refieren los artículos 129 LH y 234 ss del RH, los otorgantes, además de pactar de modo expreso la sujeción a dicho procedimiento, hacen constar lo siguiente: a) Los valores en que se tasán las fincas hipotecadas para que sirvan de tipo en la subasta serán los mismos que han quedado señalados en la cláusula anterior. b) El domicilio señalado por las partes prestataria e hipotecante para la práctica de los requerimientos y notificaciones a que haya lugar será el mismo señalado a tales efectos en la cláusula anterior. c) La parte hipotecante designa a BANESTO SA, por medio de sus representantes estatutarios o legales, como persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de las fincas hipotecadas en su representación». En el mes de octubre de 2011, los prestatarios dejaron de pagar las cuotas mensuales. El 8 de mayo de 2012, Banesto inició los trámites de la venta extrajudicial de la finca hipotecada. El 25 de junio de 2012 se requirió de pago a la Sra. Lorenza y el 18 de julio de 2012, al Sr. Fermín. Transcurridos 30 días desde el requerimiento, el notario anunció la subasta con antelación de 20 días hábiles. La subasta se celebró el 28 de noviembre de 2012. El bien salió a subasta por un valor de tasación de 300.095,60 euros. El banco se adjudicó la finca por el 60% de su valor (180.057,36 euros), el 11 de enero de 2013.

El 20 de noviembre de 2012, la Sra. Lorenza presentó la demanda que dio inicio al presente procedimiento, en el que pedía la declaración de nulidad de la estipulación 11.<sup>a</sup> de la escritura de préstamo hipotecario. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad de estipulación. Entiende que se trata de una condición general, predisuelta por el banco en un contrato con un consumidor, de carácter abusivo. Invoca la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la interpretación de la Directiva 93/13. El Juzgado entiende que en la medida en que el cauce procesal regulado para la ejecución extrajudicial prevista en el artículo 129 LH, merme o dificulte al prestatario hacer efectivo el ejercicio de los derechos que la UE confiere a los consumidores, el juez comunitario está habilitado para no aplicar la normativa procesal nacional. Por el contenido de la cláusula, que no afecta a un elemento esencial del contrato, concluye que procede directamente el control de contenido y no el de la transparencia. La cláusula provoca un desequilibrio por las siguientes razones: i) La venta extrajudicial, prevista en el artículo 129 LH, en su regulación anterior a la Ley 1/2013, constituye un medio para eludir el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas consagrado por la doctrina del TJUE; ii) La suspensión de la venta extrajudicial requiere del previo ejercicio ante el órgano jurisdiccional de la pretensión de nulidad por abusividad

de una cláusula, lo que denota una merma del derecho que consagra la sentencia del caso Mohamed Aziz, de 14 de marzo de 2013, de ver suspendido su procedimiento en el mismo momento en el que se plantee el debate del control del contenido. Apelada por el Banco, la sec. 5.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en su sentencia de 12 de mayo de 2014 confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia. Considera que el procedimiento de venta extrajudicial del artículo 129 LH tiene naturaleza ejecutiva, siendo el único que requiere de un pacto expreso, y es el que menos garantías de contradicción presenta para el deudor, tanto en los motivos de la oposición, como en la facultad de su suspensión por alegaciones de posibles cláusulas abusivas. La Audiencia Provincial advierte una analogía entre este caso y el que motivó el caso Aziz, y por ello entiende que la cláusula es abusiva. Razona que no pasa el control de transparencia y tampoco el de contenido. Este procedimiento, en su redacción anterior a la Ley 1/2013, aplicable al caso, no respetaba los derechos que le correspondían al consumidor frente a eventuales cláusulas abusivas e impedía que el juez pudiera apreciar de oficio su abusividad o que el notario lo advirtiera. El Banco interpone recurso de casación.

**Infracción del artículo 80 TRLCU.**—La estipulación 11.ª objeto de controversia no se refiere al objeto principal del contrato, sino a la posibilidad convenida por las partes de que, en caso de vencimiento anticipado por incumplimiento del prestatario de sus obligaciones de devolución de las cuotas pactadas, el acreedor pudiera instar la ejecución o venta extrajudicial prevista en el artículo 129 LH. El control de transparencia, tal como ha sido configurado por esta Sala desde su sentencia de 9 de mayo de 2013, y el Tribunal de Justicia de la UE, se refiere a las cláusulas de los contratos concertados por los consumidores que definen el objeto principal del contrato. Respecto de estas cláusulas, el control de transparencia, que se configura como un parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta «tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la *carga económica* que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la *carga jurídica* del mismo, es decir la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo (STS 9 de mayo de 2013).

Esta doctrina ha sido desarrollada y aclarada por ss. posteriores, entre ellas las de 24 de marzo y 29 de abril de 2015. Esta última ofrece una explicación del sentido y alcance de este control de transparencia: «Que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios y bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7b LCGC). Supone además que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el artículo 5.5 LCGC. Es pre-

ciso que, además sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá». «El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (...), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados». «Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de la transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación».

Esta configuración jurisprudencial del control de transparencia es acorde con la interpretación que sobre los preceptos de la Directiva afectados ha realizado el TJUE en las sentencias de 30 de abril de 2014 y 23 de abril de 2015. Esta última advierte que, a efectos de la observancia de la exigencia de transparencia, reviste una importancia esencial para el consumidor la exposición de las particularidades del mecanismo mediante el que la entidad predisponente ha de cumplir la prestación pactada, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él. Y condiciona la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato a que «la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él».

Pero, como se ha señalado en la doctrina, la falta de transparencia como criterio determinante del carácter abusivo de una cláusula tiene sentido respecto de las cláusulas que configuran el objeto principal del contrato, en la medida en que, conforme al artículo 4,2 de la Directiva, el control de contenido no puede referirse «a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Para el resto de las cláusulas, como la que es objeto de enjuiciamiento, respecto de la que cabe el control de contenido, los deberes de transparencia exigibles son los previstos en el artículo 5 LCGC para su incorporación. De tal forma que, superado este control de inclusión, el posible carácter abusivo de la cláusula no dependerá de la información previa o de cómo se haya presentado, sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor.

En el presente caso, la sentencia recurrida ha declarado abusiva la cláusula (estipulación 11.<sup>a</sup>) no solo por la aplicación indebida del control de transparencia, sino también por la aplicación del control de contenido. Por ello, aunque tenga razón el motivo al aducir que no procedía aplicar el control de transparencia, no cabe la estimación del recurso sobre la base de este motivo primero.

**Derecho transitorio respecto de la ejecución por venta notarial.**—El motivo 2.º denuncia infracción del apartado 3, artículo 82 TRLGCU, en relación con el ap. 1, porque la sentencia no tiene en cuenta, para enjuiciar la abusividad de la cláusula, las demás cláusulas del contrato y, en consecuencia, no aprecia debidamente que la ausencia de cláusulas abusivas en ese contrato descarta cualquier riesgo de que la cláusula impugnada cause, en perjuicio del adherente, un desequilibrio contractual. En su desarrollo, en atención al carácter individual de la acción ejercitada, se aduce que el riesgo de desequilibrio solo podía darse si el contrato de préstamo contuviese cláusulas abusivas, de modo que el adherente no hubiera podido alegar eficazmente la abusividad de otras cláusulas de este contrato en el procedimiento de venta extrajudicial. En este caso, ni se ha discutido la validez del resto de cláusulas, ni el juez de instancia apreció de oficio la abusividad de cualquier otra cláusula contractual.

Procede estimar el motivo por las siguientes razones:

La demanda solo pretende que se declare la nulidad, por su carácter abusivo, de la estipulación 11.ª del contrato de préstamo hipotecario. La justificación de su abusividad radica en que esta estipulación habilita al acreedor hipotecario para acudir en caso de vencimiento anticipado por incumplimiento del prestatario, a la venta extrajudicial prevista en el artículo 129 LH, que ofrece menos garantías al consumidor para hacer valer su protección frente a eventuales cláusulas abusivas. Cuando se interpuso la demanda estaba a punto de concluir la venta y adjudicación del bien garantizado, lo que ocurrió antes de que se proveyera la demanda. Esta no indicaba qué concretas cláusulas consideraba abusivas, respecto de las que, de haber tenido cauce procesal adecuado, hubiera pretendido la nulidad y se hubiera opuesto a la ejecución, como ocurrió en el caso Aziz que motivó la cuestión prejudicial resuelta por la sentencia de 14 de marzo de 2013 del TJUE. Esta observación es muy relevante porque se ha ejercitado una acción individual que requiere de un juicio concreto sobre la abusividad de la causa, en atención al eventual desequilibrio que provocaba.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, una cláusula que permita al profesional que contrata con el consumidor acudir a la ejecución extrajudicial no es en sí misma abusiva. Así la sentencia de 10 de septiembre de 2014 del TJUE, entiende: «Las disposiciones de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional como la discutida en el litigio principal, que permite el cobro de un crédito, basado en cláusulas contractuales posiblemente abusivas, mediante la ejecución extrajudicial de una garantía que grava un bien inmueble ofrecido en garantía por el consumidor, siempre que esa normativa no haga imposible o excesivamente difícil en la práctica la salvaguardia de los derechos que dicha Directiva atribuye al consumidor, lo que corresponde verificar al tribunal remitente».

El Tribunal de Justicia en su sentencia de 10 de septiembre de 2014 parte de que la consideración, reiterada por la sentencia de 25 de junio de 2015, de que «a falta de armonización en el Derecho de la UE de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer esas reglas en virtud del principio de autonomía procesal, a condición, sin embargo, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente



difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la UE (principio de efectividad)».

En relación con el principio de efectividad, la sentencia de 25 de junio de 2015 TJUE entiende que «cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la UE debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento». «Así pues, procede determinar si, en una situación como la del litigio principal, las disposiciones nacionales de que se trata, analizadas en su contexto y teniendo en cuenta el conjunto de vías de impugnación y recursos existentes, garantizan que existen medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y que tales cláusulas no vinculen a estos, tal y como prevén los artículos 6, apartados 1 y 7, de la Directiva 93/13». «Sobre estos medios, y respecto de la objeción planteada de que un sistema de ejecución notarial impide el control judicial de oficio, la sentencia de 10 de septiembre de 2014 del TJUE primero advierten que «aunque la Directiva 93/13 exige en los litigios entre un profesional y un consumidor una intervención positiva, ajena a las partes del contrato, del juez nacional que conoce de ellos, el respeto del principio de efectividad no puede llegar hasta suplir íntegramente la total pasividad del consumidor». Y luego, la sentencia de 25 de junio de 2015 del TJUE, concluye que «no puede considerarse opuesto en sí mismo al principio de efectividad el hecho de que el consumidor sólo pueda invocar la protección de las disposiciones legales en materia de cláusulas abusivas si ejercita una acción judicial. De hecho, la tutela judicial efectiva que garantiza la Directiva 93/13 se basa en la premisa de que los tribunales nacionales conozcan previamente del asunto a instancia de una de las partes del contrato». En el caso que motivó la cuestión prejudicial resuelta por la sentencia de 10 de septiembre de 2014, el TJUE entendió suficiente que la normativa aplicable previera que la venta extrajudicial podía ser impugnada en el plazo de 30 días a partir de la notificación de la ejecución de la garantía y, además, que cabía ejercitar la acción de nulidad de la subasta en el plazo de tres meses desde la adjudicación.

En nuestro caso, la regulación contenida en el artículo 129 LH ha variado de cuando se firmó el contrato de préstamo hipotecario (31 de enero de 2005), en que se incluyó la reseñada estipulación 11.<sup>a</sup>, y se instó la ejecución extrajudicial (8 de mayo de 2012), al momento presente. En su originaria redacción, el precepto no contenía ninguna previsión sobre la posibilidad de impugnación del procedimiento de ejecución y su paralización basado en la existencia de cláusulas abusivas; y tampoco los artículos 234 ss RH. Por contraste, en su redacción actual, tras las modificaciones por Ley 1/2013, de 14 mayo, y Ley 19/2015, de 13 de julio, el artículo 129 LH dota al consumidor de facultades para poder hacer valer ante los tribunales la nulidad de las cláusulas abusivas, con suspensión automática del procedimiento de ejecución. Hay que concluir que aunque el artículo 129 LH, al regular la ejecución notarial de la hipoteca, en su redacción actual, dota de facultades al consumidor para poder hacer valer ante los tribunales la nulidad de las cláusulas abusivas, con suspensión automática del procedimiento de ejecución, en la versión vigente en el momento en que se

firmó el contrato y en que se ejecutó la garantía, carecía de una previsión específica en tal sentido.

Como tampoco existían estas medidas en la ejecución judicial antes de la Ley 1/2013, ello motivó que la sentencia del TJUE del 14 de marzo de 2013, concluyera: «La Directiva 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de la resolución final». Esta sentencia provocó que los tribunales de instancia, mientras no se modificara la normativa procesal para regular el procedimiento, aplicaran no sólo el control de oficio sino también que permitieran la oposición a la ejecución hipotecaria por el carácter abusivo de algunas de las cláusulas que tuvieran incidencia en dicha ejecución o la adopción de medidas cautelares en el procedimiento declarativo en el que se interesara la nulidad de la cláusula. Esta situación de interpretación judicial de la norma procesal de conformidad con las exigencias de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas se regularizó, legislativamente hablando, con la reforma introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

El eventual carácter abusivo de la cláusula que permitía acudir al procedimiento de venta extrajudicial del artículo 129 LH, dependía del contenido de la regulación de esta norma. Bajo la aplicación de la regulación originaria, no se preveía el control de las cláusulas abusivas, mientras que tras las reformas de la Ley 1/2013 y, sobre todo, de la Ley 19/2015, de 13 de julio, sí. En las ejecuciones anteriores, el juicio valorativo del TJUE encomienda a los tribunales nacionales sobre, en la concreta situación enjuiciada, en qué medida sería prácticamente imposible o excesivamente difícil aplicar la protección conferida por la Directiva 93/13, debería realizarse en atención a las insuficientes posibilidades de control de la abusividad de las cláusulas que preveía en ese momento el artículo 129 LH, y por ello sería negativo. Mientras que en las ejecuciones abiertas por el régimen actual, aunque provinieran de la misma cláusula, la valoración debería realizarse conforme a las posibilidades de control de las cláusulas abusivas que ahora se prevén en el propio artículo 129 LH.

Lo anterior resalta que estamos ante una acción individual en la que se pretende la declaración de nulidad de una cláusula en la que se conviene la posibilidad de acudir a la venta extrajudicial, y que el juicio de abusividad es concreto y debe realizarse conforme a las circunstancias del caso.

A la vista de lo anterior, en el presente caso nos encontramos con que sólo se pide la nulidad de la estipulación 11.<sup>a</sup>, y no se aducen por el peticionario las cláusulas que habría podido invocar como abusivas, y por ello nulas, para suspender la ejecución y oponerse a ella, y que no pudieron serlo. Que es lo que pondría en evidencia la limitación efectiva y concreta de los derechos del consumidor, que le habría ocasionado la cláusula controvertida.

Vigente el contrato y antes de la ejecución de la garantía hipotecaria, podría tener sentido una demanda en la que sólo se pidiera la declaración de nulidad de una cláusula que habilitaba al acreedor para acudir a la ejecución

extrajudicial, en caso de incumplimiento del prestatario, para que cesara su vigencia y, por lo tanto, no pudiera acudir a aquel cauce para la ejecución, pero siempre bajo la presuposición de que, en su caso, se invocaría la existencia de una cláusula abusiva que pudiera advertirse entonces.

Pero pendiente el procedimiento de ejecución, el interés en pedir la nulidad de esta cláusula sólo se justifica porque vaya a impedir, o haya impedido impugnar y, en su caso suspender la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas que no sean solo la que permite la venta extrajudicial. Esto es, podría pedirse la nulidad de la estipulación 11.<sup>a</sup> justificando la concreta merma de protección frente a cláusulas abusivas que le ocasionaba aquel cauce de ejecución extrajudicial, pero siempre mediante la indicación de la nulidad de las cláusulas que quería hacer valer.

Por eso, en nuestro caso, en atención al contenido de la cláusula cuya declaración de abusividad se pretende, que radica en el desequilibrio que podría suponer para el consumidor, si se acude a la venta extrajudicial, la limitación de garantías en relación con el control de la abusividad de otras cláusulas contractuales, como no se mencionan por la demandante la existencia de estas cláusulas abusivas que no han podido invocarse, debe rechazarse la apreciación de que haya existido una abusividad real.

De acuerdo con lo anterior, procede estimar el recurso de casación, revocar la sentencia de apelación, y en su lugar acordar la estimación del recurso de apelación formulado por Banesto (ahora Banco Santander), en el sentido de tener por desestimada la demanda. Aunque la demanda ha sido desestimada, en atención a las lógicas dudas que la cuestión suscitaba, se estima oportuno no imponer las costas a ninguna de las partes (art. 394 LEC). (**STS de 14 de julio de 2016**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

NOTA.—Aunque referida a un supuesto de derecho transitorio, que versa sobre materia en rápida evolución, se trata de una sentencia importante destacada como se deduce de haberse dictado por el Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup>, y reconocer la propia resolución, la existencia de dudas interpretativas. De resolverse el recurso antes de las reformas del artículo 129 LH, nadie podría dudar de que el fallo hubiera favorecido al deudor. Por otra parte cabe detectar cierto descuido procesal de este a lo largo de las actuaciones del presente litigio. Nadie ignora, por lo demás, las no infrecuentes maniobras presuntamente abusivas que se cometían en algunas subastas hipotecarias, al margen de la correcta, y legalmente exclusiva, intervención notarial. La doctrina aquí sentada creo que puede suscitar controversia. (*G. G. C.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**13. Eficacia meramente declarativa de los actos administrativos de clasificación de un terreno como monte vecinal de mano común.**—La clasificación administrativa de un terreno como monte vecinal en mano común tiene eficacia meramente declarativa. La competencia para la declaración de la naturaleza del monte corresponde, a su titularidad, o a los derechos a que tales montes afecten corresponde a la jurisdicción civil. Esta competencia no puede quedar supeditada a una previa actuación del Jurado Provincial de Montes Vecinales en Mano Común correspondiente. El Jurado simplemente

constata con efectos declarativos, que no constitutivos, los requisitos que configuran esta forma de propiedad en régimen de comunidad germánica. Ahora bien, las resoluciones del Jurado generan sin duda situaciones jurídicas relevantes tanto en el ámbito administrativo como en el civil y, entre ellas, la declaración clasificatoria con la consiguiente atribución de la titularidad del monte. En consecuencia, la previa atribución de la titularidad dominical realizada por el jurado provincial no puede ser jurisdiccionalmente sobreestimada, pero tampoco ignorada por completo. Y es que el proceso por el que se dirime la propiedad se inicia a partir de esta previa atribución.

Por tanto, la aplicación a un monte determinado de la legislación especial en materia de montes vecinales de mano común (Ley 55/1980, de 11 de noviembre) no puede hacerse depender de una supuesta preceptiva y necesaria tramitación del expediente para la clasificación del monte como vecinal en mano común y de la resolución subsiguiente, firma, del Jurado Provincial de Montes Vecinales en mano común por la que definitivamente se clasifique el monte como vecinal; ello porque los actos administrativos clasificatorios gozan, a juicio de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de eficacia declarativa, no constitutiva. (STS de 14 de julio de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—Una Junta Vecinal de Montes Vecinales en Mano Común (la «Junta Vecinal») promovió ante el Juzgado de Primera Instancia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de Montes Vecinales en Mano Común, un expediente de jurisdicción voluntaria para la aprobación de los estatutos de la comunidad pretendidamente titular de unos montes vecinales en mano común que la misma Junta Vecinal afirmó existentes. Mediante auto, de fecha 5 de febrero de 2010, el Juzgado acordó aprobar dichos estatutos. Se trataba de seis fincas inscritas a favor del común de los vecinos de la localidad en el Registro de la Propiedad.

En febrero de 2012, el Ayuntamiento de la localidad interpuso contra la Junta Vecinal, ante el mismo Juzgado, la demanda iniciadora del proceso, en la que pidió que se declarase que tanto los estatutos como la Junta Vecinal carecían de eficacia jurídica, pues las referidas fincas no habían sido previamente clasificadas como montes vecinales en mano común mediante resolución firme del Jurado Provincial de Montes Vecinales en Mano Común.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, por considerar que la aprobación de los Estatutos de Montes Vecinales en mano común exige la acreditación plena de la existencia de la Comunidad vecinal de dicho lugar, constituida en legal forma.

La Audiencia Provincial confirmó el fallo del Juzgado, sobre la base de su doctrina que afirma que la aplicación a un monte determinado de la legislación especial en materia de montes vecinales en mano común se hace depender de la preceptiva y necesaria tramitación del correspondiente expediente para la clasificación del monte como vecinal en mano común y de la resolución subsiguiente, firme, del Jurado Provincial de Montes Vecinales en Mano Común por la que definitivamente se clasifique el monte discutido como monte vecinal en mano común.

Frente a la sentencia de la Audiencia, la Junta Vecinal interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

**14. La atribución originaria de derechos de autor a una persona jurídica.**—El artículo 5.2 LPI prevé que de la protección que la LPI concede a los autores se puedan beneficiar las personas jurídicas. Y un supuesto típico de atribución originaria de derechos de autor a una persona jurídica es el de las obras colectivas, reguladas en el artículo 8 LPI. Las obras colectivas son aquellas elaboradas por varias personas y constituidas por varias aportaciones, pero en las que existe un único autor, que es quien edita y divulga la obra bajo su nombre. Las distintas aportaciones se funden en una creación única y autónoma, sin que se puedan atribuir derechos a estos participantes sobre la obra colectiva en su conjunto. En estos casos, es frecuente que sea la persona jurídica la que asuma los roles necesarios para ser considerada autora: a) decidir el contenido y objeto de las aportaciones; b) elegir a las personas que van a participar y encargarles la elaboración de los materiales que se integrarán en la obra colectiva; c) coordinar al equipo de trabajo; d) decidir qué aportaciones formarán parte finalmente de la obra y cuáles no; e) decidir la forma y condiciones de publicación de la obra.

**La acción de revisión de la remuneración por la cesión de derechos (art. 47 LPI).**—La acción de revisión del artículo 47 LPI fue introducida en la LPI de 1987. Aunque hay autores que relacionan esta acción con la cláusula *rebus sic stantibus*, el precepto no exige el elemento de ausencia de previsibilidad propio de esta figura, sino solamente una manifiesta desproporción entre la remuneración del autor y los beneficios obtenidos por el cesionario.

Conforme al artículo 47 LPI, cuando la remuneración por la cesión de derechos de autor es a tanto alzado, y cuando se produce una manifiesta desproporción entre dicha cuantía y los beneficios obtenidos por el cesionario, el cedente podrá solicitar la revisión del contrato y, en defecto de acuerdo, acudir al juez para que fije una remuneración equitativa, conforme a las circunstancias del caso. Este precepto se aparta del criterio general de respetar el precio acordado por las partes, aunque pueda resultar injusto, y lo hace para proteger al autor, en la medida en que se entiende que es la parte más débil del contrato. De ahí que el legislador lo configure como un beneficio irrenunciable en el artículo 55 LPI.

Según el Alto Tribunal, la facultad de solicitar la revisión no se otorga a cualquier cedente de derechos de autor, sino exclusivamente al autor, es decir, al titular originario de tales derechos, siempre que se cumplan los requisitos legales. Esta facultad no es transmisible por el autor cuando cede *inter vivos* derechos de propiedad intelectual. Tres son las razones para entender que sólo el autor es el beneficiario de esta acción: 1) el artículo 47 LPI otorga la facultad al autor, no al cesionario; 2) la ubicación sistemática del precepto, complementario del artículo 46.2 LPI, que prevé la modalidad de remuneración a tanto alzado para el autor; 3) el principio de protección del autor, que no se extiende a quienes adquieren de éste los derechos susceptibles de transmisión. En consecuencia, los titulares derivativos de derechos de autor no son beneficiarios de esta acción.

El Tribunal Supremo concede esta acción igualmente a las personas jurídicas que sean titulares originarios de estos derechos, en la medida en que el artículo 47 LPI no distingue entre unos y otros, y en la medida en que el artículo 5.2 LPI extiende la protección prevista para el autor persona física a las personas jurídicas. (STS de 5 de mayo de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La empresa A suscribió con la empresa T dos contratos de cesión en exclusiva de los derechos de impresión, encuadernación, publicidad y venta de la edición de varios libros. A había recibido, a su vez, los derechos de propiedad intelectual de la entidad AO. A interpuso demanda contra T, alegando: 1) que ésta había cedido los derechos a terceros sin haber contado previamente con su consentimiento; 2) había transformado tres de las obras objeto de la cesión al publicarlas como un libro único, junto con una cuarta obra escrita por un tercero; 3) había publicado dos obras sin hacer constar en la portada la autoría de AO. Así, ejercitó acciones de carácter declarativo (incumplimiento y resolución de los contratos e infracción de los derechos de propiedad intelectual), de cesación en la explotación de las obras cedidas, de resarcimiento de daños (por daños patrimoniales derivados de los incumplimientos y por la omisión de la indicación de la autoría en dos de los libros) y la acción de revisión del artículo 47 LPI, por desproporción entre la remuneración establecida por las partes y los beneficios obtenidos por la editorial demandada.

El Juez de lo Mercantil estimó todas las acciones declarativas y de cesación, pero desestimó las pretensiones relativas al resarcimiento de los daños y a la acción de revisión. Entendió que se había producido la cesión inconsentida alegada, la transformación señalada y la ausencia de mención de la autoría. Desestimó la acción de revisión, por entender que no concurrían los presupuestos legales, y las de indemnización, por no considerar acreditado el daño.

A interpuso recurso de apelación por haberse desestimado injustificadamente la acción de revisión y las acciones de indemnización. T se opuso al recurso alegando: 1) error al atribuir legitimación activa a A, pues ésta carece de la condición de autora, condición de la que también carece AO, pues la autoría correspondía a tres personas físicas que fueron quienes materialmente elaboraron la obra; 2) error al considerar que T había cedido sin autorización los derechos que A le transmitió, cuando lo cierto es que no se produjo cesión alguna a terceros; 3) error al considerar que había existido transformación de la obra. La Audiencia estimó en parte el recurso interpuesto por A, en cuanto a la acción de revisión —motivo por el que condenó a la demandada a pagar el 7% de los ingresos obtenidos— y en cuanto a la acción de indemnización de los daños de carácter patrimonial derivados de la infracción de los derechos de propiedad intelectual.

T interpone recurso de casación, alegando, en lo que aquí interesa: a) el artículo 5.1 LPI impide considerar como autor de una obra a una persona jurídica; b) no cabe el ejercicio de la acción de revisión por un cesionario de los derechos de autor. El Tribunal Supremo desestima la primera pretensión, al entender que las personas jurídicas pueden ser titulares originarias de derechos de autor. En este caso, AO tiene la condición de titular originario de los derechos de autor de la obra colectiva. En cambio, el Alto Tribunal sí que estima la segunda alegación, al señalar que la acción de revisión del artículo 47 LPI únicamente está prevista únicamente para los autores y no para los cesionarios. En consecuencia, es AO la titular de esta acción y no A. La titular originaria de los

derechos de autor sobre las obras colectivas fue AO y A es solamente titular derivativa de tales derechos en virtud de la cesión realizada por AO.

NOTA.—Sobre la atribución originaria de derechos de autor a una persona jurídica, *vid.* también la STS de 19 de marzo de 2014. En relación a la acción de revisión, destaca la STS de 24 de enero de 2000, donde se indicó que esta figura no era aplicable retroactivamente a aquellos contratos celebrados con anterioridad a la LPI de 1987, y la STS de 29 de marzo de 2001, que se detuvo en analizar el requisito de la desproporción manifiesta entre la remuneración percibida por el autor y los beneficios del editor. (S. L. M.)

**15. Distinción entre comunidad de pastos y servidumbre de pastos.**—Los artículos 392, 530 y 531 CC contienen la clave para la distinción de ambas figuras. Lo importante es la calificación del inmueble de que se trate como predio ajeno respecto de algunos de los interesados en determinado aprovechamiento (servidumbre) o como predio perteneciente a todos los interesados en dominio singular agrupado para el disfrute común por todos ellos o su dominio plural proindiviso (comunidad). Las principales características de la comunidad de pastos son: a) los condóminos suelen estar unidos por un vínculo personal de vecindad; b) el número de titulares por la misma razón es indeterminado y variable, de tal forma que el aprovechamiento se hace sin delimitación precisa, faltando la idea de cuota en el sentido romano de este término; c) la participación que le corresponde al comunero es inalienable; d) la comunidad es indisoluble e improcedente el ejercicio de la acción *communi dividundo*, con lo que se consigue que vecinos de pueblos enteros puedan vivir merced a esta forma de propiedad, acomodada a sus necesidades.

A la hora de diferenciar ambas figuras, conviene distinguir varias situaciones que se pueden producir. En primer lugar, una persona o una colectividad es titular del derecho de propiedad sobre un determinado predio, y otra persona o colectividad es titular del *ius in re aliena* a aprovechar los pastos de dicho predio. Esto constituye una auténtica servidumbre de pastos, a la que se refiere el artículo 603 CC, aplicable igualmente a las servidumbres de pastos constituidas con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil. Lo normal será que también la persona o colectividad a la que el predio pertenece tenga la facultad de aprovechar los pastos del mismo.

En segundo lugar, una persona o colectividad es titular del derecho de propiedad sobre un determinado predio, y otra persona u otra colectividad es titular del derecho de propiedad sobre un predio diferente. Y una y otra personas o colectividades tienen el *ius in re aliena* a aprovechar los pastos del predio ajeno y la *facultas domini* de aprovechar los del propio, disfrutando así del aprovechamiento en común de los pastos de ambos predios. Se trata en este caso de una comunidad de pastos resultado de una servidumbre recíproca. El artículo 602 CC se refiere a esta situación. Puede tratarse, no obstante, de más de dos predios.

En tercer lugar, varias personas determinadas o una o más colectividades son cotitulares del derecho de propiedad sobre un predio, y todas ellas tienen la facultad (integrante del dominio) de aprovechamiento solidario de los pastos de dicho predio. En esta situación no existe servidumbre de pastos alguna. Se trata de una comunidad de pastos sobre predio común.

En cuarto lugar, cuando la titularidad de la servidumbre de pastos (situación 1) o de cualquiera de las servidumbres recíprocas de pastos (situación 2) o la propiedad del predio común dedicado a pastos (situación 3), pertenezca a quienes tengan en cada momento la condición de vecinos de uno o varios pueblos o parroquias, existirá una comunidad de tipo germánico bien sobre el derecho de servidumbre de que se trate (en las situaciones 1 y 2), bien sobre el derecho de propiedad (en la situación 3). Tal comunidad de tipo germánico puede tener por objeto un derecho real de servidumbre de pastos. La existencia, por tanto, de un aprovechamiento comunal o vecinal de pastos no implica necesariamente la existencia de una situación de comunidad de pastos sobre predio común. **(STS de 4 de mayo de 2016; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—Los vecinos de S interpusieron demanda contra los vecinos de B y contra la Diputación Foral de Álava, solicitando que se declarase: a) la existencia de una comunidad facera en el término de la Sierra del T, constituida de una parte por los vecinos de S y de otra por los vecinos de B; b) que la Loma de R es propiedad comunal de los vecinos de S únicamente. De forma subsidiaria, solicitan que se declare la existencia a favor de los actores de una servidumbre perpetua de hierbas, pastos, aguas y maderas sobre los terrenos objeto del pleito. La Junta de B, en su contestación: 1) rechazó que existiera la comunidad pretendida por la actora, puesto que el monte en cuestión es propiedad sólo del pueblo B; 2) reconoció que durante mucho tiempo los vecinos de S fueron titulares de un derecho de servidumbre de pastos y leñas sobre tales terrenos, pero que se había extinguido por el transcurso de más de veinte años sin que fuera ejercitado; 3) sobre la Loma de L dijo que desconocía su ubicación (Burgos o Álava), pero que si la actora pretendía modificar los límites existentes entre las dos provincias, ello no podía producirse por sententia, sino mediante ley orgánica. La Diputación Foral de Álava contestó: a) que el Catálogo de Montes de Utilidad Pública de Álava recoge el monte del T como perteneciente a la localidad alavesa de B; b) aquellos montes cuya titularidad es compartida por pueblos de una y otra provincia aparecen perfectamente recogidos en los dos Catálogos; c) lo que fue antiguamente objeto de discusión entre las localidades litigantes fue el aprovechamiento de los pastos entonces existentes en la Sierra del T, y que en tales controversias S nunca cuestionó la pertenencia a B de dicho monte; d) la naturaleza de servidumbre del derecho de aprovechamiento de pastos del que S es titular quedó fijada en escritura pública de 9 de junio de 1951, documento pactado por las Juntas de S y B.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron las principales pretensiones de la parte actora. La Audiencia declaró que, de la prueba practicada, no cabe deducir que sobre el monte del T exista una comunidad facera, como pretenden los actores, ni tampoco ha quedado acreditado que S sea titular del terreno de la Loma de L. En relación con la pretensión subsidiaria, se plantean si el derecho de aprovechamiento de pastos, aguas y leñas sobre el monte T se mantiene vigente o si, como defiende la demandada, ese derecho de servidumbre que en su día correspondió a los vecinos de S ha prescrito. El Juez de Primera



Instancia se pronunció en este último sentido, sobre la base del artículo 546.2.º CC. La Audiencia consideró, a este respecto, que el Concejo de S goza de una servidumbre de pastos y aguas para los ganados en el monte T, terrenos propiedad de B. Y en cuanto a la loma de R, siempre ha pertenecido a B, donde los de S podrían retirar sus ganados por la noche hasta que se les permitió permanecer también a la puesta de sol en los mismos terrenos. Entiende que no se ha acreditado que durante los últimos veinte años se hubiera interrumpido el aprovechamiento por los vecinos de S, sobre los terrenos objeto del pleito. Así, la Audiencia revocó la sentencia del Juzgado en orden a declarar que existe una servidumbre de hierbas, pastos y aguas sobre los terrenos.

Contra esta sentencia, los vecinos de S interpusieron recurso de casación, en base a los siguientes argumentos: a) la infracción de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, y la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes; b) no se trata de una servidumbre, sino de una comunidad en mano común. El Tribunal Supremo llega a la misma conclusión que la Audiencia. Aplicando la doctrina jurisprudencial sobre las diferencias entre las servidumbres y las comunidades de pastos y leñas, y al no haberse probado la existencia de comunidad, califica el derecho de los vecinos de S como una servidumbre.

NOTA.—Sobre las diferencias entre la comunidad de pastos y la servidumbre de pastos, *vid.* las SSTs de 2 de febrero de 1954, de 19 de febrero de 1954, de 23 de octubre de 1964, de 2 de febrero de 1965, de 24 de febrero de 1984, de 16 de febrero de 1987 y de 7 de noviembre de 2006. (S. L. M.)

**16. Servidumbre de paso. Constitución por destino del padre de familia. Naturaleza jurídica. La servidumbre del artículo 541 CC constituye un supuesto de constitución tácita o voluntaria.**—La naturaleza jurídica de la servidumbre de constitución por destino del *pater familias* es una cuestión controvertida que gira en torno a dos tesis: la voluntaria y la legal. No obstante, esta Sala se inclina por la tesis de la voluntad tácita o voluntaria. Los argumentos son los siguientes:

Interpretación histórica: la constitución tácita o voluntaria de esta servidumbre responde mejor tanto a la tradición histórica de la figura como a los antecedentes inmediatos que incidieron en el sentido y finalidad del artículo 541 CC. En efecto, en esta línea, y aunque el rigorismo propio del Derecho romano clásico no la reconociera expresamente, pues exigía la constitución *nominatim* de la servidumbre, no obstante se tiene una clara constancia de que la figura se generalizó a través de la obra de los glosadores que bajo el prisma central de la posición del *pater familias* atendían a su voluntad presunta en el título de transmisión, de forma que si nada se decía en contra, operaba tácitamente este modo de constitución tanto *mortis causa*, como *intervivos*. Posteriormente, el Derecho consuetudinario francés acogió este planteamiento y de ahí pasó al Código Civil francés de 1804; irradiando a los restantes Códigos de la época, entre ellos a nuestro Código Civil y al Código Civil italiano de 1865. El comentario de García Goyena al artículo 540 del Proyecto de 1851, antecedente directo de nuestro actual precepto, resulta especialmente ilustrativo al respecto, pues después de dar cuenta de

las concordancias del artículo: «694 Francés, 748 Holandés, 484 de Vaud, 652 Sardo, 765 Luisiana y 615 Napolitano», señala que la figura «presume un convenio tácito de dejar las cosas como estaban; y la servidumbre revive en un caso y se establece en el otro».

Por su parte, la tesis de la constitución *ex lege* o automática de esta servidumbre se aparta de la tradición y antecedentes señalados. En este sentido, no hay duda de que su planteamiento arranca de la modificación operada en esta línea por el Código Civil italiano de 1942, particularmente de lo dispuesto en su artículo 1062.

Interpretación literal: la interpretación literal del precepto, condicionado por los antecedentes examinados, impide ignorar el sentido y finalidad que la informa respecto del carácter voluntario de esta servidumbre. En este sentido, no puede desconocerse que la propia letra del precepto parte de la presunción de la voluntad en el modo o en el *iter* de constitución de esta servidumbre. Juego de la voluntad que se manifiesta tanto en el momento de la decisión del propietario común de crear la situación del servicio o signo aparente, como en el momento de transmisión o separación de las fincas, sin que nada en contrario se exprese o se declare. Por tanto, el juego de la voluntad condiciona la interpretación de la norma, pues recorre toda la extensión de la formulación positiva informando la conexión lógica de todos sus elementos técnicos, a saber, el propio acto de destinación del *pater familias* y la creación del signo aparente, su consideración de título, y el acuerdo tácito en la transmisión de la finca y su constitución como servidumbre. De esta forma, la necesaria atención a la presunción de voluntad en el acto de destinación de esta servidumbre impide que se soslayen los aspectos prácticos que se derivan de la prueba de la misma, tal y como hace la tesis de su constitución automática o *ex lege*, pues la valoración de este juego de la voluntad no sólo permite la no aplicación del artículo 541 CC en el supuesto en que se acredite la inexistencia de una propia voluntad constitutiva de la servidumbre, sino también, en caso de su constitución, que se pueda tener en cuenta para la interpretación y alcance de la servidumbre a tenor del título de transmisión y de los actos posteriores de los propios interesados.

Interpretación sistemática: hay que señalar que la tesis de su configuración automática o *ex lege*, cercena injustificadamente el alcance sistemático que se deriva de este juego de la voluntad, especialmente con relación a la servidumbre cuyo acto de destinación responde a un criterio de mera utilidad, conveniencia o comodidad entre las fincas, y no a un estricto requisito de necesidad o servicio respecto del predio dominante que la justifique pues, en tal caso, dicha particularidad del criterio de mera comodidad resultaría inobservado con relación a la posible extinción de la servidumbre por causa de innecesariedad sobrevenida en los supuestos de constitución *ex lege* (caso del art. 568 CC), que solo atiende a la razón de necesidad o servicio que se deriva de las servidumbres de paso legales o forzosas.

Por último, y con relación a lo ya expuesto, también hay que destacar que el desenvolvimiento jurisprudencial de esta Sala, con independencia de pronunciamientos más o menos favorables a una u otra tesis, en el desarrollo de los requisitos exigidos para la existencia de esta servidumbre ha atendido, de forma clara, al reconocimiento del juego de la voluntad tanto respecto del acto de destinación del signo por el propietario común de ambas fincas, como requisito previo para su constitución, como a la falta de declaración en contra en el título de enajenación o transmisión de la finca, como condición para su existencia.

**Requisito para la aplicación del artículo 541 CC. Prueba de la voluntad del propietario común de las fincas de originar un gravamen sobre la finca enajenada.**—Uno de los requisitos que deben concurrir para su constitución (vía art. 541 CC), consiste en la acreditación de la voluntad del último propietario común de las fincas de configurar dicho signo aparente como un auténtico gravamen sobre la finca vendida a los demandados.

**Cuando el signo aparente responde a una función de mera utilidad o conveniencia, sin revelar una necesaria función de servicio entre fincas se requiere actos concluyentes de la voluntad de constituir el gravamen.**—En este contexto, esta prueba es de mayor grado en los supuestos en donde el signo externo sólo responde a una función de mera utilidad o conveniencia sin revelar, por su entidad, una clara y necesaria función de servicio entre una y otra finca. De ahí que la existencia de este gravamen, atendida a su constitución tácita, requiera de actos concluyentes (*facta concludentia*), realizados por las partes al respecto, sin que pueda servir a tales efectos los actos de mera tolerancia observados por la propietaria del predio sirviente. (STS 22 de julio de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La cuestión de fondo gira en torno a si para la aplicación del artículo 541 CC es necesario justificar que la existencia y persistencia de los signos aparentes responden a la voluntad del propietario común de los predios en el momento de la enajenación de los fundos. En concreto, se trata de la apertura de una puerta y un camino, de unos seis metros de anchura, que pasa sobre la finca propiedad de los demandados y que sirve para comunicar la finca del demandante con un sendero. Dichos signos fueron establecidos por el propietario común de las dos fincas, aunque posteriormente ambas fincas se volvieron a reunir bajo la titularidad de un solo dueño. Este último, transmitió la totalidad de su patrimonio, y con ello los dos fundos, a la entidad mercantil SA, que, a su vez, vendió uno de los inmuebles a los demandados. Posteriormente, en ejecución por parte de la Agencia Tributaria de una hipoteca constituida por la entidad mercantil SA en garantía de una deuda tributaria, los ahora demandantes resultan adjudicatarios de la otra finca. En base a los signos aparentes mencionados, los actores presentan una acción confesoria de servidumbre de paso sobre la finca de los demandados. Se da la circunstancia de que la finca del demandante disponía de cuatro accesos desde el exterior, de ellos tres directos a la vía pública que sirven para el normal aprovechamiento del fundo. Tanto el Juzgado de Instancia como la Audiencia Provincial resuelven en contra de la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia se pronuncia sobre la clásica polémica en torno a la naturaleza voluntaria o legal de la servidumbre constituida en aplicación del artículo 541 CC, decantándose por la tesis voluntarista. En la doctrina, a favor de la tesis voluntaria se han manifestado, entre otros, ROCA JUAN, «Comentarios de los artículos 530 a 604 CC», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. VII, vol. 2.º, 2.ª ed. Edersa. Madrid, 1990, p. 79); BONET CORREA, «La constitución de las servidumbres por signo aparente. La destinación del padre de familia», CSIC-Junta de

Estudios Económicos, Jurídicos y Sociales. Madrid, 1970, p. 134. Sin embargo, la tesis legal la han defendido, entre otros, LUNA-LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, t. III, *Derechos Reales*, vol. 2, 2.ª ed. Dykinson, Madrid 2004, pp. 121 y 122; GUILARTE GUTIÉRREZ, «La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español». Montecorvo. Madrid, 1984, pp. 520 y 521; y REBOLLEDO VARELA, «Constitución por signo aparente», en *Tratado de Servidumbres* (coord. Rebolledo Valera). Aranzadi. Navarra, 2002, pp. 233 y 234. En la jurisprudencia no se ha mantenido una postura inequívoca sobre esta cuestión. Así, se inclinan por la tesis de constitución legal las SSTs de 2 de junio 1972, 27 de septiembre de 1984, 6 de diciembre de 1985 y 6 de julio de 1992, en cambio, abogan por la tesis voluntarista las SSTs de 3 de marzo de 1942, 11 de junio de 1975, 13 de mayo y 10 de noviembre de 1986, 29 de diciembre de 1989, 31 de enero de 1990 y las de 18 de febrero y 22 de julio de 2016. (C. O. M.)

**17. Servidumbre. Constitución por título. Concepto de título. Doctrina jurisprudencial.**—La doctrina jurisprudencial considera título constitutivo de la servidumbre cualquier negocio o acto jurídico creador de la misma, oneroso o gratuito, *inter vivos o mortis causa*, en virtud del cual se establezca la limitación del derecho de propiedad, sin necesidad de que aquel negocio o acto quede plasmado documentalmente.

**Requisitos de la declaración de voluntad: debe quedar bien clara la voluntad de los otorgantes de querer constituir una servidumbre.**—La voluntad constitutiva ha de ser expresa: se requiere, cuando se trata de la creación *inter vivos* del derecho real, del indispensable concierto de voluntades dirigido a ese fin y no es necesaria la escritura pública como elemento *ad solemnitatem* que afecte a la eficacia obligatoria y validez de lo pactado, siempre que conste bien clara la voluntad de los otorgantes de establecer una servidumbre. Cuando falte la prueba de una voluntad constitutiva de carácter expreso o en caso de duda ha de operar la presunción de libertad del fundo.

**Constitución a título gratuito: necesidad de escritura pública.**—La STS de 20 de octubre de 1993, ratificando que por título no debe entenderse necesariamente un documento, rechaza la posibilidad de adquisición de la servidumbre sin que se acredite una contraprestación si el acuerdo de voluntades no consta en escritura pública, como exige con el rango de forma constitutiva el artículo 633 CC para las donaciones.

**Servidumbre de luces y vistas. Constitución por prescripción. Cómputo de plazo: diferenciación entre ventanas abiertas en pared medianera o propia del dueño del predio sirviente (servidumbre positiva) y ventanas abiertas en pared propia del dueño del fundo dominante (servidumbre negativa).**—El Tribunal Supremo ha aseverado que debe partirse del supuesto de que toda servidumbre de luces y vistas, al ser continua y aparente, es susceptible de ser adquirida por prescripción de veinte años, conforme a los artículos 537 y 538 CC, teniendo dicha servidumbre carácter de negativa cuando los huecos están abiertos en pared propia del dueño del predio dominante y de positiva cuando tales huecos se hallan en pared medianera o propia del dueño del sirviente; en el caso de la servidumbre negativa, el cómputo del plazo prescriptivo no puede iniciarse sino a partir de la producción de un acto obstativo, por el que el dueño del que sería predio dominante prohíbe al del sirviente la

ejecución de un hecho que le sería lícito sin la servidumbre (por ejemplo, requerimiento para no edificar, interdicto de obra nueva para suspender la construcción), mientras que en el supuesto de la positiva el «dies a quo» del citado plazo lo constituye 1 día mismo de la apertura de los huecos (por ejemplo, STS de 8 de octubre de 1988).

**La doctrina de la accesión invertida no es aplicable a las relaciones de vecindad en materia de luces y vistas.**—En la jurisprudencia ha prevalecido el criterio contrario a la apreciación de la accesión invertida en relación con la servidumbre de luces y vistas, haciéndose hincapié en la inexistencia del requisito de la buena fe, pero no sin exponer otras razones. Así: «Especialmente la sentencia de 1 de octubre de 1984, trata de objetivar el problema apoyándose asimismo en argumentos no dependientes de la buena o mala fe sino en la sumisión del Juez al imperio de la Ley. Y, es sobre este último planteamiento, desde donde ha de enfocarse y resolverse el problema, ya que la doctrina de la accesión invertida, como tal creación jurisprudencial, dentro de la tarea de prestar complemento al ordenamiento jurídico que interpreta se explica en tanto en cuanto viene a dar respuesta a una laguna legal surgida cuando la construcción no se hace toda ella en terreno propio, esto es, cuando se construye parcialmente en terreno ajeno (y se tiene buena fe). Pero si el caso concreto halla pleno y claro encaje en el supuesto normativo, por más que resulten penosas las consecuencias del restablecimiento de la situación jurídica lesionada, no hay otra alternativa que la del respeto riguroso de la norma en cuestión, y, ninguna duda deja al respecto la aplicación al caso del artículo 582 CC que claramente ordena que no se abran ventanas con vistas rectas ni balcones u otros voladizos semejantes sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad. Otra cosa es que la ejecución de las medidas restitutorias al estado precedente se lleven a cabo con el menor costo posible para el ejecutado». (STS de 13 de mayo de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La actora interpone acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, de desagüe y de alero por su construcción ilegal (infracción de las distancias del artículo 582 CC, invasión de vuelo y subsuelo de la propiedad de la actora). Los demandados se oponen y además formulan reconversión instando que han adquirido las mencionadas servidumbres sobre la propiedad de la actora; o, en su defecto, que se declare el derecho a adquirir por accesión invertida una franja de terreno, colindante a la propiedad de la actora, de una anchura suficiente para que los huecos existentes, el alero y el desagüe queden regularizados conforme a la normativa legal. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estimando parcialmente la reconvencción declara la existencia de las servidumbres de luces y vistas, alero, vertiente de tejados y desagüe. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación y declara que la finca de la actora se halla libre de aquellas servidumbres condenando a los demandados a regularizar las ventanas abiertas conforme a lo establecido en el Código Civil, retirar o cegar el desagüe con aguas residuales y retranquear el alero. Negada la servidumbre, examina la pretensión de la accesión invertida y la desestima. Interpuesto el recurso de casación el Tribunal Supremo declara no haber lugar.

NOTA.—La sentencia realiza un repaso sobre la posición de la jurisprudencia en relación a la adquisición de la servidumbre de luces y vistas por medio de la accesión invertida. En este punto, hay uniformidad en negar la posibilidad de adquirir la servidumbre por accesión invertida, por «no ser medio hábil para ello ya que las servidumbres sólo se adquieren por los medios establecidos por la ley». En realidad, la STS de 10 de diciembre 1980, que admitió la accesión invertida como forma de solución del conflicto planteado por la apertura de huecos y ventanas contra las prohibiciones contenidas en los artículos 581 y ss CC, no aplicó la doctrina de la accesión invertida como medio de constitución de la servidumbre de luces y vistas, sino que permitió la adquisición de la franja de terreno necesaria para completar la distancia prescrita por la ley para poder mantener los huecos o voladizos abiertos entre fundos limítrofes. Por el contrario, las SSTs de 1 de octubre de 1984 (construcción de una escalera en suelo propio infringiendo la distancia establecida respecto a la servidumbre de vistas del art. 585 CC), 22 de noviembre de 1989 y 7 de diciembre de 1995 (en ambos casos, apertura de huecos o ventanas sobre fundo vecino sin respetar el espacio mínimo legal) se oponen a la aplicación de la doctrina de la accesión invertida en estos casos. Los argumentos que se esgrimen como fundamento de esta negativa son dos: a) falta de buena fe del que abre el hueco en contra de las prescripciones legales y b) inexistencia de laguna legal por lo que no es necesario acudir a la doctrina de la accesión invertida para modular la aplicación del artículo 582 CC. Sobre la cuestión *vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANCILLA, «La accesión horizontal en las construcciones extralimitadas (Una revisión crítica de la accesión invertida)», CRPME, Madrid, 2009, pp. 259 ss. (C. O. M.)

**18. Hipoteca constituida sobre inmueble transmitido con explícita condición resolutoria y prohibición de disposición y gravamen. Requisitos para que el acreedor hipotecario sea mantenido en su adquisición.**—Respecto a la prohibición de disposición y gravamen, conforme al artículo 34 LH, «[E]l tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro». Respecto a la condición resolutoria explícita, el Tribunal Supremo señala que los derechos de hipoteca son uno de los derechos de terceros que se contemplan en los artículos 1124. IV CC y 37 LH (que tratan sobre la resolución contractual sin perjuicio de derechos de terceros de buena fe y conforme a la LH). En el caso concreto, ni la prohibición de disposición o de gravar el inmueble, ni la condición resolutoria explícita a las que se sometieron los contratos de compraventa constaban en el Registro de la Propiedad cuando se constituyeron las hipotecas en favor del demandado. Lo que es natural conforme a los artículos 26 y 27 LH, los cuales prevén que las prohibiciones de disponer voluntarias que tengan su origen en contratos onerosos carecen de eficacia «jurídico-real», por ello, tales prohibiciones no tienen acceso al Registro (SSTS 26 de julio de 1993 y 17 de enero

de 1995). De este modo, el Alto Tribunal considera que mantener al propietario del inmueble liberado de las hipotecas constituidas es un resultado «no solo jurídicamente insostenible, sino a la vez profundamente injusto», pues el propietario se beneficiaría a costa del titular de la hipoteca, siendo el propietario el que realmente infringió la prohibición de gravar la finca impuesta por los vendedores. **(STS de 27 de julio de 2016; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

**HECHOS.**—La señora E demandó a la mercantil P, la sociedad H y al Banco S por incumplimiento de los contratos de compraventa de una finca que fue transmitida a la mercantil P, con prohibición de disponer de esta y gravarla y con una condición resolutoria explícita. Adicionalmente, la demandante solicita que se declaren canceladas las tres hipotecas constituidas sobre la finca en favor del Banco S, para garantizar los créditos en favor de la mercantil P y la sociedad H, pues se habían constituido con claro fraude y abuso del derecho, y con mala fe, por no respetar la prohibición de disponer y gravar.

En su sentencia de 16 de febrero de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Telde estimó íntegramente la demanda. El Juzgado estimó el incumplimiento grave del negocio jurídico de la compraventa por parte de la mercantil P. En relación a las pretensiones dirigidas contra el Banco S, el Juzgado declaró la cancelación de las hipotecas, sobre la base de que, aunque la prohibición de gravar no había sido inscrita en el Registro de la Propiedad, el Banco tenía pleno conocimiento de la realidad extra registral con anterioridad a la constitución de las hipotecas.

En la sentencia de 18 de marzo de 2014, la Audiencia Provincial de Las Palmas Gran Canaria estimó el recurso de apelación interpuesto por la mercantil P y el Banco S. La Audiencia señaló que de las pruebas practicadas no se podía deducir la mala fe del Banco y, en cambio, considera que la parte actora tuvo negligencia al no cerciorarse que la inscripción de las prohibiciones de enajenar quedase en el Registro o, en su caso, interesando por sí misma su inscripción, por lo que absolvió al banco de cualquier condena. Pese a lo anterior, la Audiencia estimó parcialmente la demanda, ordenando cancelar en el Registro de la Propiedad todas las inscripciones hechas sobre el inmueble (sin justificación). En respuesta a la aclaración del fallo solicitada por el Banco —para que se mantuvieran inalteradas las inscripciones de la hipoteca—, la Audiencia ratificó su sentencia, indicando que el fallo afectaba al banco como a cualquier tercero de buena fe. Asimismo, la Audiencia señaló que solo había absuelto al Banco de la petición de condena, junto con los otros codemandados, pero que el Banco «no adquirió por transmisión ningún derecho real inscrito en el Registro, ni adquirió ningún derecho a título oneroso, solo una garantía que se extingue al extinguirse la propiedad».

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el Banco S. Lo anterior, sobre la base de que cuando el Banco S adquirió los derechos de hipoteca del inmueble no constaba en el Registro de la Propiedad ni la prohibición de disponer y gravar ni la condición resolutoria explícita, pactadas en la compraventa del inmueble. *(I. V. B.)*

## DERECHO DE FAMILIA

**19. Modificación de la pensión de alimentos por el nacimiento de un hijo nuevo.**—El nacimiento de hijos nuevos no determina, por sí mismo, la cesación de la pensión de alimentos a los hijos anteriores ni su reducción. No obstante, habrá que tener en cuenta la situación económica del alimentante, pues situaciones extremas, como estar desempleado, podrían conllevar una redistribución de los recursos para que la pensión alcance a todos los hijos. El hecho de que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos. El tratamiento jurídico es el mismo, pues todos ellos son iguales ante la Ley y todos tienen el mismo derecho a percibir alimentos de sus progenitores (art. 39 CE), sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otra posterior fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante. En consecuencia, el nacimiento de un nuevo hijo puede suponer una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarlos a favor de los anteriores.

En estos casos habrá que fijar un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante. La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligadas a hacerlo, conforme a los artículos 142 y ss. CC, las mismas contra los que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres, si bien teniendo en cuenta el artículo 152.2 CC.

**Los gastos escolares como gastos ordinarios.**—Los gastos causados al comienzo del curso escolar de cada año son gastos ordinarios en cuanto son gastos necesarios para la educación de los hijos, incluidos, por lo tanto, en el concepto legal de alimentos. Y porque se producen cada año son, como los demás gastos propios de los alimentos, periódicos y, por lo tanto, previsibles en el sí y aproximadamente en el cuánto. En consecuencia, son gastos que deben ser tenidos en cuenta cuando se fija la pensión alimenticia. Por otro lado, los gastos extraordinarios son aquellos que son imprevisibles, no se sabe si se producirán, ni cuándo lo harán y, en consecuencia, no son periódicos. (STS de 21 de septiembre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—A interpuso demanda contra T, solicitando la modificación de las medidas definitivas adoptadas en sentencia de divorcio, en relación con la pensión de alimentos establecida a favor de su hija menor habida en el matrimonio. En particular, que se fijara en la cuantía de 100 euros mensuales, con la supresión de la imposición del pago de los gastos escolares y la participación en el 50% de los gastos extraordinarios que puedan devenir con el carácter de necesidad, todo ello por haber sufrido una variación sustancial de sus cir-



cunstancias económicas. Señala que se encuentra en situación de desempleo por la que percibe la cantidad de 426 euros. Añade que ha tenido un nuevo hijo, fruto de una relación posterior, con los consiguientes gastos que conlleva, estando actualmente su pareja en situación de desempleo sin prestación alguna. Apunta que no está cumpliendo con el pago de la pensión de alimentos fijada en su día en la sentencia de divorcio por imposibilidad, abonando mensualmente lo que puede. Igualmente señala que los gastos escolares tienen la condición de gastos ordinarios que forman parte del concepto legal de alimentos y que van incluidos en la pensión de alimentos. La demandada se opuso, solicitando el mantenimiento de las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, fijando la pensión de alimentos en 170 euros mensuales, por considerar que constituye el mínimo vital para lograr un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional. Indicó que la alteración de las circunstancias justifica la reducción de la pensión de alimentos. Señala también que si bien la nueva descendencia del demandante no puede fundamentar por sí sola la reducción de la pensión de alimentos, es un dato a tener en cuenta, máxime cuando la nueva pareja del demandante se encuentra también en situación de desempleo. Asimismo señala que el demandante deberá abonar el 50% de los gastos extraordinarios, entre los cuales se incluyen los gastos escolares y los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social. Contra dicha resolución el demandante interpuso recurso de apelación, que desestimó la Audiencia Provincial, al afirmar que la pensión de alimentos a favor de los hijos es una obligación ineludible cuyo mínimo vital se fija en los 170 euros fijados por la anterior sentencia.

Finalmente, A recurre en casación, alegando, básicamente, la infracción del artículo 146 CC. Argumenta el recurrente que su situación debería determinar, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, una reducción de la pensión de alimentos, que habría de fijarse en 100 euros, cantidad que permitiría cubrir las necesidades de ambos hijos atendiendo a sus actuales ingresos. Además, entiende que los gastos escolares tienen la condición de gastos ordinarios que forman parte del concepto legal de alimentos y que van incluidos en la pensión de alimentos. El Tribunal Supremo declara que se han tenido en cuenta todas esas circunstancias para reducir la pensión de alimentos a la hija de 200 a 170 euros. Sin embargo, señala que la sentencia recurrida es contraria a la doctrina jurisprudencial sobre los gastos escolares. El Alto Tribunal, en numerosas sentencias, ha dejado dicho que los gastos causados al comienzo del curso escolar de cada año son gastos ordinarios en cuanto son gastos necesarios para la educación de los hijos, incluidos, por tanto, en el concepto legal de alimentos. Y porque se producen cada año son, como los demás gastos propios de los alimentos, periódicos y, en consecuencia, previsibles en el sí y aproximadamente en el cuánto. De ahí que acoja esta doctrina y termine estimando parcialmente el recurso de casación, señalando que, a la hora de computar los alimentos, deberá tenerse en cuenta el prorrateo de los gastos de inicio del curso escolar.

NOTA.—El Tribunal Supremo ha declarado ya en varias sentencias que el nacimiento de un nuevo hijo no puede justificar, por sí mismo, la reducción de la pensión de alimentos de los hijos anteriores. Así, *vid.* SSTs de 10 de julio de 2015, 2 de marzo de 2015, 12 de febrero de 2014 y 30 de abril de 2013. Sobre los gastos escolares como gastos ordinarios incluidos en el concepto de alimentos, *vid.* STS de 15 de octubre de 2014. (S. L. M.)

**20. Requisitos para la adopción del sistema de guarda y custodia compartida. Interés del menor.**—Para la adopción del sistema de guarda y custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en atención al desarrollo e interés del menor, así como unas habilidades para el diálogo entre los progenitores (STS 29 de abril de 2013). En ausencia de un mínimo de capacidad de diálogo, se hace desaconsejable la adopción del sistema de custodia compartida, dado que en él es preciso mantener conversaciones respetuosas y fluidas, que redundan en beneficio último del menor.

**Cargas del matrimonio e hipoteca.**—No se puede considerar la hipoteca carga del matrimonio, sino que se trata de una deuda de la sociedad de gananciales (art. 1362.2 CC) que, hasta que la sociedad de gananciales no haya sido liquidada, deberá ser pagada por mitad por los propietarios del inmueble. (STS de 21 de septiembre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Don Maximiliano presentó demanda de divorcio y medidas provisionales contra doña Sonsoles. Por su parte, doña Sonsoles presentó demanda de divorcio contra don Maximiliano.

El Juzgado de Primera Instancia acordó la disolución del matrimonio con la atribución a la madre de la guardia y custodia del hijo menor de edad; y la atribución al menor y al progenitor custodio, doña Sonsoles, el uso y disfrute del domicilio conyugal, fijándose un régimen de visitas a favor de don Maximiliano.

Don Maximiliano formuló recurso de apelación, poniendo en conocimiento de la Audiencia que se había modificado su jornada en cuanto a horario e ingresos mensuales, interesando que ambas circunstancias fueran tenidas en cuenta para acordar la custodia a su favor o subsidiariamente la custodia compartida. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de instancia. (A. I. R. A.)

**21. Separación de bienes: Indemnización del artículo 1439 CC: Determinación cuantitativa: Discrepancia interpretativa: Ausencia de interés casacional.**—Se formula recurso de casación para que se unifique la doctrina jurisprudencial sobre el cálculo de la indemnización de la compensación establecida en el artículo 1438 CC, dada la evidente contradicción existente al respecto entre las Audiencias Provinciales, lo que, de aceptarse, llevaría a una modificación del fallo de la sentencia recurrida que concede la indemnización a la esposa, y esto no se discute, porque, aunque «haya contado con la ayuda de una asistente un día a la semana, ha aportado efectivamente su trabajo a la casa familiar, lo que la convierte en acreedora del percibo de una compensación *ex* artículo 1438 CC, que habrá de cuantificarse en fun-

ción del salario o contribución que hubiera cobrado una tercera persona por desarrollar la actividad por aquella realizada, si bien (...) es preciso descontar la cantidad invertida en una asistenta durante un día a la semana por lo que considera la Sala que debe moderarse la cuantía de la indemnización, fijándose en 50.000 euros...».

Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala relativa a cuando procede la indemnización prevista en el artículo 1438. No lo es en cuanto a los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y de la forma de pagarla, como tampoco lo es en las Audiencias Provinciales en las que las discrepancias son evidentes. Así se ha declarado, respecto a la primera, que el derecho a obtener la compensación requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge (SSTS de 14 de julio de 2011, 31 de enero de 2014, 26 de marzo, 14 de abril, 25 de noviembre y 11 de diciembre de 2015). Respecto a la segunda cuestión, la primera regla de determinación es el acuerdo entre los cónyuges al pactar este régimen, como prevé el propio artículo 1438, pero es evidente que este convenio no existe en la mayoría de los casos como sería deseable, ni es posible suplirlo mediante la fijación de una doctrina jurisprudencial unificadora, como se pretende, dado el evidente margen de discrecionalidad existente para valorar de forma ponderada todas las circunstancias concurrentes para establecer la compensación.

La STS de 25 de noviembre de 2015 recuerda que la forma de determinar la cuantía de la compensación ofrece algunos problemas: «En la STS de 14 de julio de 2011 se dijo que el artículo 1438 se remite al convenio, o sea a lo que los cónyuges, al pactar este régimen, puedan establecer respecto a los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla. Ahora bien, esta opción no se utiliza, como sería deseable, ni se ha utilizado en este caso por lo que entonces será el juez quien deba fijarla, para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación que no sea la que resulta de una norma especial en el marco del régimen económico matrimonial de separación de bienes y no del de participación de los artículos 1411 y ss. Cc. Una de las opciones posibles es el equivalente al salario mínimo interprofesional, o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar. Sin duda es un criterio que ofrece unas razonables y objetivas pautas de valoración, aunque en la práctica pueda resultar insuficiente en cuanto se niega a la acreedora alguno de los beneficios propios de los asalariados que revierten en el beneficio económico para el cónyuge deudor y se ignora la cualificación profesional de quien resulta beneficiado. Pero nada obsta a que el Juez utilice otras opciones para fijar finalmente la cuantía de la compensación, teniendo en cuenta que uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios ni participar en los del otro». Por su parte, la STS de 11 de diciembre de 2015 señala que se trata de una norma de liquidación del régimen matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación.

La conclusión es evidente. Si la fundamentación de la sentencia tiene en cuenta la doctrina de esta Sala respecto a la procedencia de la indemnización compensatoria, y alcanza una conclusión en función de distintas cir-

cunstances concurrentes, las citadas u otras que pudieran concurrir en el caso concreto, y lo hace de manera ponderada y motivadamente, no será una cuestión que deberá alterarse en casación mediante el recurso en interés casacional, del que carece, al responder a la doctrina expresada en esta Sala, tal y como ocurre en este caso en el que la sentencia recurrida, a través de un juicio ponderado, con la prueba de la que dispone, ha tenido en cuenta los parámetros resultantes de la doctrina jurisprudencial para determinar el importe de la compensación, con lo que no hay ni la infracción del artículo 1438, ni el asunto presenta el interés casacional que justifique la admisión del recurso. (STS de 5 de mayo de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—En un juicio de divorcio la única cuestión que llega a la Sala 1.<sup>a</sup> es la relativa a la determinación de la cuantía de la compensación del artículo 1438. Solicitada en la demanda la suma de 115.200 euros, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia la establece en 72.240 euros, mientras que la Audiencia Provincial la reduce a 50.000 euros.

NOTA.—Aunque no puede calificarse de *vexata quaestio* la relativa a la reciente doctrina jurisprudencial sobre el artículo 1438, que ha motivado, incluso, sentencias del Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup>, si cabría aludir al indudable carácter *singular* de la misma. En el presente caso se reconoce la diversidad de interpretaciones jurisprudenciales que se dan en la realidad ante los tribunales de instancia, y, sobre la base de un mínimo de aceptación de la actual doctrina oficial, se aceptan las diferentes cuantías fijadas en cada caso ponderadamente por aquellos. La sentencia del Pleno de 26 de marzo de 2015, y la sentencia de la Sala de 14 de abril de 2016 se recogen en ADC, 2016, p. 1183 ss con anotación de G. G. C.). (G. G. C.)

**22. Divorcio: Liquidación del régimen de separación de bienes: Cargas del matrimonio.**—El marido recurre en casación la sentencia de apelación que confirma la de instancia y le impone, en concepto de contribución a las cargas del matrimonio, la obligación de abonar el importe del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, propiedad privativa de la esposa, y el préstamo personal por esta concertado para la adquisición del vehículo de su propiedad destinado a su uso y al de sus hijos.

Son antecedentes de interés los siguientes hechos:

La esposa doña Tarsila, el 29 de diciembre de 2009 interpuso demanda de divorcio contra don José Manuel en la que, entre otras medidas, solicitaba la adopción de una pensión compensatoria a su favor por importe de 1.200 euros mensuales actualizables anualmente conforme al IPC y que, en concepto de contribución a las cargas del matrimonio, el marido abonara, como ya lo venía haciendo, el préstamo hipotecario que gravaba el domicilio conyugal, el préstamo personal concertado para las reformas de este y el préstamo obtenido para la financiación del vehículo utilizado por la esposa e hijos.

La parte demandada, que convino en la disolución del matrimonio por divorcio, se opuso a la adopción de las precedentes medidas alegando los siguientes motivos de fondo: i) No existía situación de desequilibrio económico que justificase la adopción de la pensión compensatoria a favor de demandante en atención a su edad, estado de salud, cualificación profesional, dedica-

ción a la familia, colaboración mercantil con la actividad mercantil de su esposo y breve duración de la convivencia conyugal. ii) El préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar y los otros dos préstamos personales concedidos a la Sr.<sup>a</sup> Tarsila no constituían cargas del matrimonio; iii) La vivienda y el vehículo para cuya adquisición se concertaron los préstamos eran propiedad privativa de la demandante; y iv) El régimen matrimonial vigente durante su relación conyugal lo fue el de separación de bienes.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y acordó que el marido abonase, hasta su liquidación, y en concepto de pensión compensatoria, el importe del préstamo hipotecario que gravaba el domicilio conyugal y el préstamo para la financiación del vehículo de doña Tarsila. Contra dicha sentencia ambos litigantes interpusieron sendos recursos de casación. La Audiencia Provincial confirmó íntegramente la sentencia apelada.

**Doctrina jurisprudencial sobre si el pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, y otros de análoga naturaleza, pueden englobarse dentro de las «cargas del matrimonio».**—Se expone y analiza detalladamente las SSTS de 31 de mayo de 2006, 28 de marzo de 2011, 26 de noviembre de 2012, 20 de marzo de 2013 y 17 de febrero de 2014, llegando a la conclusión de que aplicando la anterior doctrina al único motivo del recurso resulta su estimación, pues el importe de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario y del préstamo personal concertado para la financiación del vehículo no pueden considerarse *cargas del matrimonio* en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 CC, sin que ello determine que esta Sala deba pronunciarse sobre la solicitud de pensión compensatoria formulada en la demanda.

Sobre esta cuestión sostiene el Ministerio Fiscal que la sentencia de apelación al considerar cargas del matrimonio lo que como pensión compensatoria se calificó en primera instancia, se ha dejado sin ella a la actora pues sobre ella nada se estipula al respecto. Y añade que «al ser un suplico de la demanda de divorcio que ha quedado en nebulosa y sin resolver por la sentencia de la Audiencia Provincial, entendemos que la Excm. Sala, si considerase que se dan los presupuestos tenidos en cuenta por el juzgador de instancia, deberá fijar la cuantía de esta y el plazo de duración del pago de la misma, ya que la sentencia de la Audiencia Provincial nada establece al respecto. Pues bien, esta Sala discrepa de la precedente consideración del Ministerio Fiscal, porque de la sentencia de apelación se deduce que su adopción fue denegada al reconocer que «habría sido más clarificador que se hubiese establecido claramente que no había lugar a la pensión compensatoria y que estas cantidades las consideraba y se imponían como contribución a las cargas del matrimonio». Y porque a dicha sentencia la demandante no interpuso recurso alguno; incluso, solicitada por el esposo la aclaración de la sentencia en el particular relativo al pronunciamiento sobre pensión compensatoria, que fue denegada, la demandante alegó «que la sentencia es clara y no necesita mayores precisiones. La Sala en uso de su autoridad revisoria ha calificado de distinta manera una de las prestaciones económicas que el esposo debe atender, igualmente también ha variado su alcance temporal».

**Interés de los menores.**—La sentencia recurrida, con la legítima intención en favor de los menores de que el padre contribuya a facilitar vivienda a los mismos, le impone la obligación de pagar las cuotas de amortización del préstamo contraído para la adquisición de la vivienda conyugal, que es bien priva-

tivo de la demandante. Pero obvia que el préstamo le fue concedido a ambos cónyuges con carácter solidario por escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgada por el Banco Popular, el 23 de diciembre de 2004, según consta documentalente y reconoce el propio recurrente en su contestación a la demanda. Consecuencia de ello, al ser el padre prestatario, es que se encuentra cubierta la contribución de ambas partes para facilitar vivienda a los menores. Afirma el recurrente que desde el inicio y en la actualidad, y previsiblemente en el futuro, el que está soportando de forma exclusiva este gasto es el padre, lo que por otra parte reconoce la madre en su demanda, y añadía aquél que aunque ese pago no se puede computar como una carga del matrimonio, esa cantidad habrá de tenerse en cuenta en la fijación de la pensión de alimentos. Se reitera que el interés de los menores, que la sentencia recurrida quiere salvaguardar, se encuentra cubierta. Si circunstancias de futuro modificasen la situación fáctica existente, siempre cabrá instar la oportuna modificación de medidas, pero lo indudable es que la obligación de pagar el préstamo no constituye una carga del matrimonio.

La estimación del motivo determina la casación y anulación de la sentencia dejando sin efecto la obligación del recurrente de hacer frente al pago de los dos préstamos en concepto de cargas del matrimonio. **(STS de 21 de julio de 2016; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.] (G. G. C.)

**23. Divorcio: Liquidación de la sociedad de gananciales: Compra de vivienda familiar con precio aplazado antes del matrimonio, pagado con dinero privativo: Hipoteca pagada conjuntamente por los cónyuges: Carácter de la deuda: Defectos del recurso.**—La parte interpone recurso de casación y no el extraordinario por infracción procesal, si es que pretendía combatir los hechos probados de la sentencia recurrida; con la consecuencia lógica de que, por ende, tales hechos quedan incólumes y sobre ellos ha de decidir la Sala. Sin embargo la recurrente incurre en petición de principio o supuesto de la cuestión cuando parte, para la resolución del recurso de casación, de hechos distintos de los que la Audiencia Provincial ha considerado probados. Por tanto se tiene por acreditado que la vivienda la adquirieron los litigantes en estado de solteros, abonando la Sra. Leticia con dinero propio y de sus padres, al otorgamiento de la escritura de compraventa, el 53,50% del precio y el 46,50% restante se abonó con el préstamo hipotecario concertado el mismo día por ambos litigantes, que irían amortizando al 50%. De ahí que en la escritura de c.v. se establezca la cotitularidad de la vivienda con una cuota de 76,75%, a favor de la Sr.<sup>a</sup> Leticia y otra de 23,25% a favor del Sr. Ignacio. A partir de que contrajeron matrimonio las amortizaciones del préstamo hipotecario se hicieron con dinero de la sociedad de gananciales.

**Régimen jurídico de los bienes adquiridos a plazos, por uno de los cónyuges: Régimen general y excepción del artículo 1354 CC.**—El artículo 1357.1 CC dispone que «los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aún cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial». Pero en su párrafo 2.º añade que «se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el art. 1354». Este artículo preceptúa que «los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas». Tal normativa surge tras la reforma operada por Ley 11/1981, y aunque mereció críticas por algún sector de la doctrina, otro

la justificó por acudir a remediar las situaciones poco equitativas que resultaría de una calificación de privatividad en los casos más corrientes en que tales bienes se compran antes de la boda por precio aplazado y después se pagan los plazos con bienes gananciales. Algún autor fundamenta tal previsión en la necesidad de proteger la titularidad común de determinados bienes encaminados a satisfacer las necesidades primarias de la familia, como son la vivienda y ajuar familiares, y como medio para evitar que se eluda la comunidad si en parte ha abonado con fondos comunes y en parte con fondos privativos, persiguiéndose una finalidad tuitiva.

El supuesto se circunscribe a que los futuros esposos hagan aportaciones privadas antes de casarse, para la adquisición de la vivienda que va a ser familiar, y una vez casados paguen los plazos restantes, constante matrimonio, con dinero ganancial.

Es doctrina jurisprudencial (SSTS 23 de marzo de 1992, 7 de junio de 1996, 9 de marzo y 3 de abril de 1998, y 18 de diciembre de 2000) que cuando la vivienda ha sido comprada conjuntamente por ambos esposos, antes de contraer matrimonio por precio aplazado, de forma que una parte del precio se pagó cuando aún eran solteros, con dinero privativo de ellos, y el resto durante el matrimonio y con dinero ganancial, corresponde pro indiviso a la sociedad de gananciales y a los dos esposos en proporción al valor de las respectivas aportaciones, si se trata de vivienda familiar. Incluso se llegó a aplicar tal normativa cuando sólo se pagó durante el matrimonio un solo plazo (STS de 16 de marzo de 2007), pues aunque las circunstancias fuesen muy singulares «no puede conducir más que a una crítica del modo en que el legislador ha regulado el sistema... no a prescindir del precepto». Pero no parece que tal doctrina la contradiga la sentencia recurrida para negar la aplicación del artículo 1354 CC. La razón de aplicar éste descansa en que todo el precio se pagó con dinero privativo, por entender que tiene esta naturaleza el abonado con origen en el préstamo hipotecario, siendo esta deuda privativa, aunque luego se pagase en todo o en parte, constante matrimonio con dinero ganancial.

**Hipoteca por precio aplazado.**—Lo anteriormente expuesto enlaza a juicio de la Sala con el problema nuclear del recurso, cual es, determinar si el pago, vigente la sociedad y con dinero de ésta, el préstamo hipotecario solicitado para abonar el precio de la c.v. del inmueble, se equipara al pago aplazado del precio. Este tema se sometió a enjuiciamiento de la Sala en STS de 31 de octubre de 1989, cuya doctrina se reiteró en STS de 23 de marzo de 1992, conforme a la cual, a efectos y aplicación de lo dispuesto en los artículos 1357 y 1354 CC, son plenamente equiparables las amortizaciones de la hipoteca solicitada para el pago del precio y los pagos de una compraventa a plazos. Con cita de la doctrina de esta Sala se pronuncia, haciendo aplicación de ella, la DGRN en Resolución de 24 de noviembre de 2015.

Por todo lo expuesto se ha de convenir que las cantidades de préstamo hipotecario abonadas constante matrimonio conllevan que se le atribuya a dicho bien, en esa parte, el carácter ganancial, perteneciendo en pro indiviso por esa cuota al activo de la sociedad de gananciales, lo que tendrá efecto a la hora de incluir en el inventario los abonos efectuados por el IBI de la vivienda. Se estima parcialmente el recurso de casación. (**STS de 7 de julio de 2016**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

**24. Criterios de impugnación de la paternidad en reconocimientos de complacencia. No nulidad del reconocimiento de complacencia.**—El Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> sienta como doctrina que el reconocimiento de compla-

encia de la paternidad no es nulo de pleno Derecho por ser de complacencia. Por ello, no cabe negar la inscripción en el Registro Civil del reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se compadece con la realidad biológica.

**Criterios de impugnación de la paternidad en reconocimientos de complacencia. Posible acción de impugnación de la paternidad del reconocedor fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido.**—El Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> fija como doctrina que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad ejercite una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si la acción prospera, el reconocimiento deviene ineficaz. La acción procedente es la de la impugnación de la filiación matrimonial (art. 136 CC), si la paternidad determinada legalmente por el reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercicio de la acción. A contrario, la acción será la del artículo 140 II CC, cuando la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo de ejercicio de la acción.

**Criterios de impugnación de la paternidad en reconocimientos de complacencia. Plazo de caducidad de ejercicio de la acción de impugnación.**—El Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> establece como doctrina que, en caso de que el reconocedor y la madre del reconocido hayan contraído matrimonio con posterioridad al nacimiento del reconocido, la acción de impugnación de la paternidad que el reconocedor puede ejercitar es la regulada en el artículo 136 CC, durante el plazo de caducidad de un año desde la inscripción de la filiación en el Registro. También será esa la acción, cuando el reconocimiento se haya realizado con anterioridad a la celebración del matrimonio; y a no ser que hubiera caducado antes la acción del artículo 140 II CC, en cuyo caso el reconocedor no podrá ejercitar la acción del artículo 136 CC (el matrimonio no abre un nuevo plazo de un año a tal efecto). (STS de 15 de julio de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—Doña Rosalía dio a luz a una hija, doña Carlota, sin que quedara determinada legalmente su paternidad. Posteriormente, doña Rosalía contrajo matrimonio con don Obdulio, sin que este fuera el padre biológico de doña Carlota. Más de dos años después de contraer matrimonio con doña Rosalía, don Obdulio reconoció a doña Carlota como hija suya, sabiendo que no lo era en realidad, con el expreso consentimiento de doña Rosalía. Aproximadamente un año después del reconocimiento, cesó la convivencia conyugal entre don Obdulio y doña Rosalía, saliendo esta última del domicilio familiar e iniciando el procedimiento de divorcio. Un año y medio después del cese de la convivencia conyugal, don Obdulio presentó demanda de impugnación de la filiación de doña Carlota.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de don Obdulio, por considerar que la filiación tenía el carácter de matrimonial y había transcurrido sobradamente el plazo de caducidad de un año del artículo 136 CC desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil.

La Audiencia Provincial confirmó el criterio del Juzgado, salvo en lo referente en condena en costas a don Obdulio, por estimar



contradictoria la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de las cuestiones dilucidadas en ambas instancias. (A. I. R. A.)

**25. Patria potestad: Matrimonio con hijos menores: Padre condenado penalmente por maltrato: Incongruencia: Modificación de medidas: Suspensión de la patria potestad: Duración.**—En la sentencia recurrida se valoran con detenimiento las pruebas practicadas y, en especial, el informe psicosocial acordado por la propia Audiencia Provincial, en la que consta el deseo de los menores de ver a su padre, las visitas que se hicieron con anterioridad, que se desarrollaron con normalidad y la conveniencia de mantenerlas. En base a ello no se aprecia error en la apreciación de la prueba que pudiera motivar la estimación del recurso (art. 24 CE).

**Limitación o suspensión del derecho de visita: Interés de los menores de diez, nueve y seis años.**—El artículo 94 CC permite al Juez limitar o suspender el derecho de visita. Igualmente el artículo 65 de la LO 1/2004 autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita. Por su parte el artículo 3 del Convenio de la ONU sobre Derechos del Niño establece como primordial la consideración del interés del menor. En igual sentido la Carta Europea de Derechos del Niño de 1992, establece como esencial la salvaguarda de los intereses del niño.

El concepto de interés del menor ha sido desarrollado en la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la Infancia y a la Adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que en «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas», se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo», «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten», y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara».

Igualmente el artículo 2 de la mencionada LO 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno «libre de violencia» y que «en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro legítimo que pudiera concurrir» (SSTS de 27 de octubre y 26 de noviembre de 2015). Y en la STS de 14 de febrero de 2016, se deja sin efecto la custodia compartida, en supuesto de violencia contra la mujer, pero no se suprimen las visitas del padre con los hijos.

A la vista de la referida doctrina jurisprudencial, debemos declarar que en la sentencia recurrida no se infringe la misma, pues se limita a mantener un reducido contacto del padre con los hijos en el centro penitenciario, acompañados de tercera persona, sin perjuicio de que cuando salga en libertad se adopten las medidas, ajustadas a derecho, que interesen las partes, dado que el tribunal de apelación carecía de elementos de juicio suficientes para resolver, sobre el derecho de visita, tras la puesta en libertad del demandado.

**Suspensión de la patria potestad.**—Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el padre, con base en la argumentación siguiente:

En la sentencia recurrida no se priva de la patria potestad, sino que se suspende su ejercicio, dado que aquél se encuentra en un centro penitenciario, en aplicación del artículo 156 CC, dada la imposibilidad de su ejercicio efectivo. A ello cabe añadir que tras la sentencia de la Audiencia Provincial, consta condena por delito de maltrato habitual, lo que refuerza la medida

adoptada, dado que el artículo 65 de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece que «el Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guardia y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él».

Por tanto en la sentencia recurrida no se infringe precepto ni se desvincula de la jurisprudencia existente, dado que concurre una base jurídica sólida para suspender el ejercicio de la patria potestad, sin perjuicio de lo cual, en el ejercicio de una ponderada valoración del interés de los menores, mantiene el derecho de visita, si bien restringido. Por igual razón, no procede incrementar el sistema de visitas ni el de comunicaciones acordado, con el fin de no alterar el delicado equilibrio afectivo de los menores.

Sin embargo es desproporcionado supeditar la posibilidad de alterar el sistema de comunicaciones, a la plena libertad del recurrente, pues habrá de permitirse que pueda instarlo desde que consiga el tercer grado y/o la libertad condicional. En caso contrario, no podría ver a los menores en el centro penitenciario (en el que ya no estaría), ni mediante otro sistema de visita.

Por la misma razón, procede dejar sin efecto la suspensión del ejercicio de la patria potestad desde que el recurrente disfrute de libertad condicional, pues en dicho momento cesará el internamiento (completo o parcial) que justificaba la imposibilidad del ejercicio.

En consecuencia, procede estimar el recurso del padre tan sólo en el sentido de que: 1. Habrá de permitírsele que pueda instar la modificación del sistema de visitas y comunicaciones desde que consiga el tercer grado y/o la libertad condicional 2. Se mantiene la suspensión del ejercicio de la patria potestad, sólo hasta que obtenga la libertad condicional de la totalidad de las condenas. (STS de 13 de mayo de 2016; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

NOTA.—Sentencia prudente, que trata de conciliar, en la medida de lo posible, todos los intereses en presencia, en las difíciles y delicadas situaciones concretas que pueden darse respecto del padre, penalmente condenado por maltrato y suspendido de su función parental en relación con sus hijos, cuya protección privilegiada proclaman, al unísono, tanto la ley internacional, como la patria. Todo ello dentro de un marco temporal susceptible inevitablemente de cambio, pero cuyo sentido no conoce, con seguridad, el juzgador presente. Una sugerencia *de lege ferenda* el ahora juzgador: ¿No sería llegado el momento de plantear el tema de la jurisdicción civil familiar, estructurando tribunales de esta naturaleza en todas las instancias, incluyendo el Tribunal Supremo, para hacer más efectivo *the best interest of Child?* (G. G. C.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**26. Testamento abierto: Nulidad por falta de capacidad de la otorgante: Prueba de la incapacidad.**—Doña Lucía, nacida en 1919, viuda, después de otorgar varios testamentos, con fecha 15 de abril de 2011 otorgó testamento abierto ante el notario de Valencia don José Vicente Chornet en el que como cláusulas se hicieron constar: *Primero.—Instituye por sus únicos y*

*universales herederos, por partes iguales entre ellos (llamados doña Delfina, don Eliseo y don Calixto) sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes, y no teniéndolos, se dará el derecho de acrecer. Segunda.—Revoca por el presente testamento cualquier otra disposición de última voluntad anterior al presente.* El notario hace constar que *se halla la compareciente, a mi juicio, con la capacidad legal necesaria para testar y ordena de palabra su última voluntad, que yo, el Notario, consigno en las siguientes.....* Y también: *Tal es el testamento de la compareciente, que leo íntegramente y en alta voz, previa advertencia de su derecho a hacerlo por sí, de que no usa. La testadora encuentra lo escrito y leído ajustado a la expresión de su voluntad y así lo otorga y firma, tras manifestar que sabe y puede leer.* Este testamento fue otorgado previo encargo días antes por su hijo Calixto en el Hospital Casa de Salud de Valencia, de cuyo servicio de Análisis Clínicos se encarga este último, al acudir el notario a dicho Centro tras ser requerido para ello por el citado Calixto. La testadora falleció el 24 de octubre de 2011, en el Hospital Casa de Salud donde había ingresado el 20 de abril de 2011 por indicación del Dr. Leopoldo con el diagnóstico de neumonía.

Dada la importancia que adquiere la prueba de los hechos base de la acción ejercitada, se exponen detalladamente los descritos como tales en la sentencia.

En su declaración testifical el Dr. Leopoldo manifestó que trabajaba en la Salud, igual que Calixto, aunque no tenía relación de amistad, que atendió a la fallecida a su ingreso el 20 de abril de 2011, que la vio ese día y cree que hasta que falleció, tenía buen estado general, consciente y orientada, no apreció ningún signo de demencia, la vio normal, cree que no sufría demencia, hablaba y sabía quien era y dónde estaba.

El doctor Eusebio, radiólogo, en su declaración manifestó ser amigo de los tres hermanos, que vio a la madre el 15 de abril de 2011, informó un estudio de torax y ha valorado un TAC; anteriormente, en abril del 2007 no tenía signos radiológicos de demencia; la imagen solo no define una demencia, se precisan otros estudios complementarios; las demencias dejan o no rastro y secuelas en función del tiempo y hay veces que no se manifiestan en el tiempo. A lo largo del tiempo ha tenido contacto con la difunta cuando iba a rayos, era una relación coloquial y de circunstancias, le sorprendía por lo amable e inteligente, no notó nada raro, aunque la demencia no se puede detectar sólo con elementos radiológicos.

El doctor Amador, oftalmólogo, la intervino de cataratas en ambos ojos el 26 de octubre de 2005, desconociendo las capacidades cognitivas y volitivas a efecto de otorgar testamento, visitándole también acompañada el 18 de abril de 2011, con ocasión de un fuerte lagrimeo. Le explicó lo que iba a hacerle y dijo que sí. La vio rebajada, pero sin síntomas de demencia, durando la visita unos quince minutos.

El Dr. Severiano, en el informe realizado a petición del hijo Eliseo, manifestó que doña Lucía, fallecida el 24 de abril de 2011, inició un cuadro de deterioro cerebral cognoscitivo en marzo de 2004, refiriendo la familia trastorno de orientación y problemas para recordar nombres o citas en su rutina diaria y dificultad en problemas complejos, refiriendo la paciente inseguridad mental. En junio de 2004 es visitada por un neurólogo que realiza E. E. G. y R. N. M. informando ser normal. La evolución es progresiva y lenta, siendo la paciente repetitiva presentando trastornos de la fijación que dificultan la memoria reciente (2005), siendo ésta nula en 2010; progresión implica posteriormente regresión mental a la infancia con referencias repetidas a sus padres

y pérdida progresiva de la memoria inmediata (no recuerda el nacimiento de un bisnieto y el haberlo visitado). En las visitas realizadas en 2011, la expresión es repetitiva, sin memoria reciente ni inmediata, con referencias al pasado lejano (infancia y juventud). Físicamente presenta deterioro del estado y de la deambulaci3n precisando en octubre 2010, bast3n y ayuda de otra persona; en noviembre del mismo a1o, silla de ruedas en la calle y con marcada postura cif3tica en su domicilio; en enero 2011, incontinencia completa. En su declaraci3n como testigo manifest3 que tena amistad y relaci3n profesional con los hermanos, y de conocimiento con la demandante. Fue m3dico de la difunta Celia, la primera vez en 7 de abril de 1995, y la segunda el 27 de julio de 2002, a partir de cuya fecha la vea con bastante regularidad seg3n se le llamaba, siendo el 6 de abril de 2011, el 3ltimo d3a que la visit3. Apreciaba regresi3n en lo remoto, con memoria lejana, le preguntaba por su padre, no le prescribi3 medicamentos sobre la memoria, pues son de poca eficacia o de eficacia discutida o discutible; reconoc3a a sus familiares, aunque no record3 haber tenido un biznieto y que hab3a viajado a Barcelona para verlo; no recordaba acontecimientos recientes, no manten3a conversaciones sobre actualidad; considera improbable que pudiese realizar esfuerzos intelectuales; piensa que era dif3cil, o improbable, que pudiese tomar decisiones sobre su patrimonio, actos complejos. La 3ltima visita transcurri3 con normalidad, la reconoci3 estando una media hora, entend3a lo que le dec3a, pero no se hubiese atrevido a decidir si estaba o no con capacidad para testar, y considera que ese d3a 6 de abril de 2011 hubiese tenido que pedir informes para opinar sobre su capacidad para testar.

El notario Sr. Domingo, que conoc3a a la familia toda la vida, y tambi3n a la difunta, manifest3 que en febrero de 2011, los hermanos Calixto y Delfina fueron a hablar con 3l sobre la posibilidad de que su madre otorgase nuevo estamento, les indic3 que ya tena un testamento anterior, muy complicado y con muchos legados. Ve3a a la difunta con cierta asiduidad por vecindad, les dijo que su madre no estaba con capacidad para otorgar un nuevo testamento por no estar en condiciones, que pod3an luego arreglar la herencia entre ellos. Se reuni3 solo con Calixto y Delfina. En la 3ltima 3poca estaba muy malita. Si la Sr.<sup>a</sup> Luc3a hubiera estado en condiciones no hubiese tenido inconveniente en recogerle la firma e incluso ir a su casa; pero la ve3a muy mal y que no se enteraba. Vi3 un deterioro desde 2010, a1o en que firm3 una escritura y un poder.

El hijo Eliseo no recuerda si sal3a a pasear, pues no la ha visto; su madre utilizaba silla por casa y para incorporarse tena que ser ayudada por alguien, concretamente por dos personas; su madre no era consciente para nada, y se cay3 varias veces de la cama. En las 3ltimas semanas de su vida no trat3 la situaci3n patrimonial, no estaba en condiciones de hacerlo, ve3a en la tele lo que pon3an, cenaba y se acostaba, no pod3a hilvanar una conversaci3n; muchas veces ni le reconoc3a; y aunque le hab3an recomendado medicamentos para la memoria, no tomaba decisiones sobre su tratamiento y requer3an asistencia en las actividades cotidianas.

Julia, asistente de hogar, cuidadora en vida de la difunta y actualmente empleada de la demandante, manifest3 que trabaj3 25 a1os con la madre. Esta no reconoc3a a la asistente de noche llamada Esmeralda. No pod3a mantener conversaciones de actualidad con la familia, le3a pero no comprend3a lo que le3a, y tena que ayudarle a comer; cuando sal3a de casa con sus hijos, no recordaba donde hab3a estado, olvidando a las personas con las que acababa de hablar. El 15 de abril estaba como siempre, no le dijo que tena intenci3n

de ir a un notario; nunca hablaba de cuestiones sobre testamentos; a la vuelta tampoco le dijo donde había estado; saludaba educadamente, confundía electrodomésticos de la vida ordinaria; a veces recordaba que tenía una biznieta, y otras no; no escribía, veía la tele pero no la seguía.

Arcadio, el notario que autorizó el testamento discutido, conocía a Calixto por motivos de salud, pues acudía a su clínica a hacerse análisis de sangre; manifestó que no apreció ninguna causa de incapacidad para otorgar el testamento, que cuando dudaba al respecto, hacía prueba sobre los datos del DNI, e iba preguntando. En el curso de la conversación con la testadora no tuvo ningún tipo de dudas sobre su capacidad, nada le llamó la atención, era un testamento muy normal en el que instituía herederos a sus tres hijos, le dijo que se reunía con amigas y hablaban de estas cosas; era la primera vez que la veía, no compareció en su notaría sino que él acudió al Hospital Casa de Salud llevando el testamento que estaba previamente encargado por Calixto. Para otorgarlo, le dejaron en una sala a solas con la testadora.

Con fecha 27 de enero de 2012 consta informe pericial psiquiátrico de la Dr.<sup>a</sup> Tatiana sobre el estado mental de la difunta de fecha del otorgamiento del testamento, ratificado ante este Tribunal, que sienta como conclusiones: i) A la vista del informe médico y los testimonios de su hija, de su nieto y cuidadoras, podemos asegurar que el grado de deterioro se correspondía con un GDS-6, defecto cognitivo grave; ii) en la fecha de la última modificación del testamento, 15 de abril de 2011, su demencia puede ser calificada de un estadio muy avanzado; iii) del estudio de los elementos de juicio (informes médicos, testimonios y testamento) surgen claros indicios de anormalidad psíquica que dan fe de que no existía la necesaria capacidad para conocer y querer en el momento de modificar el testamento; v) dadas las circunstancias biológicas, de deterioro congénito y sociales de la prestadora, es posible afirmar que el cambio podía ser debido a un proceso de influencia indebida. Este informe se realiza con entrevistas a la hija de la difunta y demandante, a la asistente del hogar, a la cuidadora de noche que trabajó para la difunta desde diciembre de 2009, hasta su fallecimiento, de Gumerindo, nieto de la difunta, y de la documentación consistente en los testamentos otorgados en 1999, 2001 y 2011, documentos con su firma, y el informe médico del Dr. Severiano de 10 de julio de 2011.

El Dr. Roberto elaboró un informe pericial psiquiátrico de 20 de junio de 2012, elaborado por consulta de documentación consistente en el alta por salida, el TAC cerebral del año 2007, el informe del oftalmólogo Dr. Amador, el informe del Dr. Florencio, el informe del Dr. Martín de 26 de marzo de 2012, la historia clínica de su ingreso el 20 de abril de 2011, el informe *post-mortem* del Dr. Severiano, el informe pericial de la Dr.<sup>a</sup> Tatiana, con las siguientes conclusiones: «i) No existe acreditado ni objetivado en la documentación clínica aportada que doña Lucía padeciera ni estuviera diagnosticada de demencia, ni enfermedad mental incapacitante. Si bien existe constancia de síntomas cognitivos, estos son aislados, y no requirieron estudio, seguimiento o tratamiento específico, por lo que quedarían englobados como «propios de la vejez». Asimismo existe evidencia, objetivada y constratada de un deterioro físico progresivo que justificaría la supervisión de tercera persona a nivel funcional; ii) El diagnóstico fiable de demencia requiere de la realización de entrevistas clínicas y pruebas complementarias tales como estudios neuropsicológicos de los que no existe constancia, y pruebas de neuro imagen (TAC normal en el año 2007). El diagnóstico de certeza se realiza del análisis anatómico-patológico postmortem cerebral. En la docu-

mentación clínica aportada no se objetiva la realización de un *screening* o diagnóstico fiable de demencia, ni filiación de grado de deterioro GDS por ningún facultativo acreditado. Las condiciones cognitivas y conductuales que la finada observa durante el año 2011, hasta su fallecimiento de 24 de abril de 2011, son suficientes para la necesaria capacidad de conocer y querer la realización del acto testamental, fechado a 15 de abril de 2011. Esta aseveración es congruente con lo objetivado en los informes clínicos realizados por los diferentes facultativos médicos: iii) no existen datos objetivos de la existencia de influencia indebida, dependencia o coacción de terceras personas para afirmar que la finada doña Lucía tuviera anulada, de forma total o parcial, su libre voluntad para disponer sin restricciones de sus bienes al otorgar testamento en la fecha del 15 de abril de 2011. Es todo cuanto tiene que manifestar el perito psiquiatra firmante, en el cumplimiento de su deber pericial en esta causa».

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y declaró la validez del testamento otorgado. La sentencia de apelación desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante y confirmó la resolución del Juzgado de Primera Instancia. Es de notar la afirmación de la última de que, pese a las dudas razonables que presenta este caso respecto a la posible captación de la voluntad de la prestadora del consentimiento, consideró que la carencia de capacidad mental ha de resultar acreditada, de una manera indudable, al tiempo del otorgamiento del testamento, prevaleciendo, en caso contrario, la presunción *iuris tantum* de capacidad en favor del principio *favor testamenti* y de la intervención notarial y el juicio de capacidad otorgado. En su fundamento 4.º declaró: «Este Tribunal no puede estimar el recurso y acceder a la pretensión revocatoria de la parte demandante pues no queda lo suficientemente acreditado que la testadora en el momento de otorgar, en fecha 15 de abril de 2011, el testamento que se impugna estuviese privada de sus facultades cognitivas y volitivas hasta el punto de no ser capaz de emitir la declaración de voluntad que el testamento recogía y comprender su alcance y significado». «Nos encontramos como declaraciones de personas de este entorno, su cuidadora, su hijo y el notario Sr. Domingo, que no son expertas médicas en la materia, y aunque cabe considerar que este último por su profesión, está acostumbrado a realizar juicios de capacidad, es lo cierto que no puede aseverar que el día 15 de abril de 2011 la testadora no fuese capaz de testar. Respecto al Dr. Severiano, principal testigo de la demandante en el aspecto médico, no obstante sus declaraciones, lo cierto es que tampoco pudo aseverar sobre el estado mental en la fecha del otorgamiento, reconociendo que si se le hubiese preguntado en concreto sobre ello no se hubiese atrevido a decir si estaba o no con capacidad para testar, y hubiese tenido que pedir informes para opinar sobre su capacidad, es decir, no podía con suficiente asertividad llegar a una conclusión de incapacidad». «De otro lado, los testigos, médicos aportados por el demandado, todos ellos compañeros de trabajo o amigos de profesión, que la vieron o el día del otorgamiento o en su posterior ingreso previo a la defunción, dicen que estaba bien, aunque ello referido a su conocimiento por las respectivas intervenciones médicas que no venían referidas a su salud mental sino física, tampoco puede dejarse de lado». «Los escasos antecedentes médicos no son concluyentes». «Tampoco lo son las periciales practicadas *post mortem*, pues son completamente contradictorias, y si bien esta Sala pudo disponer de la inmediata de la perito de la parte actora, y aun sin dudar de su capacidad técnica, resulta que se apoyaba en entrevistas parciales de la demandante, de su hijo y de las empleadas de hogar o

cuidadoras, la primera de las cuales estaba trabajando para la demandante. No incluye ninguna entrevista a otras personas externas al núcleo familiar de la demandante, lo que hubiese dotado a su informe de mayor imparcialidad. Y en todo caso, la valoración del informe del Dr. Severiano, excede con mucho de lo que el propio doctor manifestó en su declaración testifical. La pericial del demandado, no aclarada, se basa exclusivamente en documental que tampoco es concluyente». «Y respecto a la declaración del notario Sr. Arcadio, si bien no fue muy exhaustiva y concreta, puso de manifiesto con total asertividad el convencimiento del mismo de que había realizado un correcto juicio de capacidad de la testadora». «En este contexto, aunque ciertamente llame la atención que el testamento fuese encargado por el demandado, que fue igualmente quien llevó a su madre a urgencias el día del otorgamiento y quien avisó al notario para que acudiese a dicho centro, y aunque ello pueda inducir a pensar en un evidente interés del mismo en el otorgamiento y en su contenido, no es suficiente para apreciar una tarea de captación de voluntad y distorsión de la testadora». «Por último en orden al tema de la medicación que tomaba la difunta, manifestar que no se ha aclarado suficientemente, ni que medicación concreta tomaba, ni desde cuando, ni quien se la había prescrito, ni tampoco su motivo, eficacia y efectos en la testadora el día del otorgamiento o previamente al mismo». «Es por ello, por lo que se puede apreciar cierto grado de un deterioro físico evidente en la prestadora habida cuenta de su edad de 92 años, y aunque igualmente pueda concluirse que su estado mental no era en ocasiones suficientemente completo en orden a su memoria, lo que no puede afirmarse con la determinación y la eficiencia que se exige declarar la nulidad por falta de capacidad es que la prestadora no la tuviese en el momento en que otorgó el testamento. Añadir que si bien efectivamente este testamento modificaba de forma importante los beneficios económicos de su hija en el anterior testamento, incluidos los legados de que dispuso, era un testamento sencillo, que pocas dudas planteaba a su contenido». «Por ello, ante prueba contradictoria y no suficientemente concluyente la valoración de este Tribunal al igual que la del juzgador de instancia, es la existencia de dudas no despejadas por la parte a quien incumbía despejarlas, de acuerdo con el artículo 217 LEC, por lo que procede desestimar este recurso de apelación y todas sus alegaciones». Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, siendo rechazados todos sus motivos.

**Error en la valoración de la prueba. Juicio de probabilidad cualificado suficiente sobre la falta de capacidad de la causante.**—Al amparo del ordinal cuarto del artículo 469.1 LEC se denuncia infracción del artículo 24 CE por error manifiesto en la valoración de la prueba al haber asumido la sentencia recurrida, como hechos probados, hechos incontrovertidos que son abiertamente incompatibles con la capacidad testamentaria de la otorgante y, sin embargo, desconoce esta falta de capacidad con base en razones de todo tipo ilógicas, erróneas o arbitrarias.

En este motivo la recurrente no identifica error patente o arbitrario alguno en la valoración de los concretos medios probatorios que hubiera sido relevante para el fallo, sino que se ha limitado a denunciar una falta de lógica y contradicción en los razonamientos, que no constituyen un error en la valoración de la prueba. En cualquier caso, en el motivo se realiza una lectura solo parcial y sesgada de los razonamientos de la sentencia, al prescindir de su conclusión principal, que no es otra que la falta de acreditación de la carencia de capaci-

dad de doña Lucía en el momento de otorgar testamento, de acuerdo con la valoración procedente de la prueba realizada.

En el motivo segundo, al amparo del ordinal cuarto del artículo 469.1 LEC denuncia la vulneración del artículo 376 LEC y del artículo 24 CE, desarrollado en dos submotivos: i) Alega que el juicio de capacidad del notario otorgante es la única de las pruebas a la que la sentencia confiere poder suficiente de convicción en aras a considerar probada la suficiente capacidad de la testadora: ii) dicha valoración no toma en consideración el hecho acreditado de que la testadora carecía de memoria inmediata o reciente, razón por la cual el tipo de examen de capacidad efectuado por el notario otorgante no pudo advertir la patología mental que afectaba a la testadora.

La recurrente plantea este motivo como un desarrollo o complemento del motivo 1.º, manifestando su discrepancia sobre la valoración conjunta y sobre la conclusión que alcanza. Por lo que debe ser desestimado con idéntico fundamento que el anterior. En cualquier caso, el desarrollo del motivo resulta incorrecto en las dos cuestiones. La Audiencia Provincial basa su conclusión en el *contexto* de la prueba practicada. Por otra parte, la alegada mayor solvencia del *Notario de toda la vida de la familia*, resulta incierta y su valoración como prueba no determinante, no constituye, en caso alguno, un error patente o arbitrario en la valoración de la prueba. En efecto, salvo el otorgamiento de una escritura de poderes en 2010, en la que juzgó capacitada a la testadora para otorgarlo, no autorizó profesionalmente los testamentos anteriores de la causante, ni la partición y aceptación de la herencia de su marido, ni solicitó informe médico sobre su estado mental, realizando su testimonio como mero vecino, «que la veía por la calle y en misa», y reconociendo que no hablaba con ella. La relevancia de este hecho fue valorado correctamente por la Audiencia Provincial en el conjunto de la prueba practicada, particularmente en atención a informes médicos.

En el motivo 3.º, con idéntico amparo, argumenta que de la prueba obrante en autos puede inferirse un juicio de probabilidad cualificado suficiente para adquirir la certeza procesal sobre la falta de capacidad de la causante. Con ello pretende una nueva valoración de la prueba practicada, según su propio análisis o parecer, en sentido distinto a la valoración conjunta de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial; extremo que es impropio de la naturaleza y función de este recurso extraordinario.

**Necesidad de probar de forma concluyente o determinante la falta de capacidad en el momento del otorgamiento: Criterios de probabilidad cualificados: Presunción de capacidad y favor testamenti: Juicio de capacidad del Notario: Doctrina jurisprudencial aplicable.**—Como cuestión previa la recurrente propone la integración excepcional del *factum* en el examen de los diversos motivos planteados. Debe señalarse que dicha integración no puede servir o ser utilizada para llegar a conclusiones o valoraciones de la prueba distintas a las alcanzadas en la instancia, o sustituir por otro el sentido de la valoración conjunta de la prueba practicada, que es lo que pretende la recurrente con relación a una patología de la testadora que no ha resultado acreditada, por lo que dicha integración debe ser desestimada.

Respecto de la violación de los artículos 662 y 663 CC debe precisarse que la recurrente parte de una interpretación errónea de la norma, pues nuestro Código Civil no establece, tal y como alega la parte recurrente, que en los actos o negocios *mortis causa*, la exigencia de la capacidad mental respecto al discernimiento acerca de la finalidad, contenido o trascendencia del acto realizado deberá ser mayor que en los negocios *inter vivos*. Más bien, y en



atención al ámbito en donde opera la acción de nulidad entablada, nuestro Código Civil sitúa el contexto del debate en la necesaria prueba por parte del impugnante, de la ausencia o falta de capacidad mental del testador en el momento de otorgar el testamento. Esta carga de la prueba deriva del principio del *favor testamenti*, que acoge nuestro Código Civil, y de su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado (SSTS de 26 de abril de 2008, 30 de octubre de 2012, 15 de enero de 2013 y 19 de mayo de 2015). Con lo que el legitimado para ejercitar la acción de nulidad debe probar, de modo concluyente, la falta o ausencia de capacidad mental del testador respecto del otorgamiento del testamento objeto de impugnación y destruir, de esta forma, los efectos de la anterior presunción *iuris tantum* de validez testamentaria. Prueba concluyente que no requiere, en sede civil, concorde con la duda razonable que suelen presentar estos casos, que revele una seguridad o certeza absoluta respecto del hecho de la falta de capacidad del testador, sino una determinación suficiente que puede extraerse de la aplicación de criterios de probabilidad cualificada con relación al relato de hechos acreditados en la base fáctica. En este sentido, la instancia, aun reconociendo las dudas razonables que presenta este caso en orden a la posible captación de voluntad de la testadora por uno de sus hijos, que la llevó a urgencias el día del otorgamiento del testamento y que, a su vez, encargó dicho testamento al notario, no obstante, conforme a la valoración conjunta de la prueba practicada, llega a la conclusión de que la parte impugnante no ha acreditado, de forma determinante y suficiente, que la testadora careciera de capacidad mental en el momento del otorgamiento de dicho testamento; sin que su valoración de la prueba resulte ilógica o arbitraria de acuerdo a lo anteriormente señalado. Tampoco resulta correcta la alegación acerca de la valoración preferente o determinante que la instancia realiza con relación al juicio de capacidad del notario autorizante, que al igual que la presunción derivada del principio de *favor testamenti* admite prueba en contrario, pues la sentencia, de la AP valora dicho juicio de capacidad en el *contexto* de la prueba practicada.

Finalmente, tampoco la sentencia, infringe la correcta interpretación y aplicación del artículo 666 CC, que no puede tomarse en un sentido estrictamente literal o estricto, de forma que excluya cualquier valoración de actos o hechos anteriores al otorgamiento del testamento que pudieran resultar relevantes para apreciar la falta de capacidad mental del testador. Prueba de ello, valga la redundancia, es que la valoración conjunta de la prueba efectuada responde, en gran medida, al relato de los hechos acreditados anteriores al otorgamiento del testamento, con trascendencia para comprobar la posible carencia o ausencia de capacidad mental de la testadora. Por lo que no cabe una valoración de estos hechos ya examinados por la instancia, tal y como pretende la recurrente. (STS de 7 de julio de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

NOTA.—Sentencia que presupone un minucioso –cuasi detectivesco– ejercicio de investigación fáctica acerca de la capacidad mental y volitiva del otorgante de un testamento abierto, rodeado de algunas circunstancias singulares que arrojan ciertas sombras de dudas sobre la concurrencia en el caso de la misma; tarea que ha llevado a cabo ejemplarmente la Sala y que, en mi opinión, merece aprobarse. Todo ello sin negar la dificultad extraordinaria de probar esa situación fáctica del otorgante en los actos *mortis causa* cuando

el Notario autorizante, en el caso, no ha requerido el informe de facultativos que lo examinan *ad hoc*. (G. G. C.)

**27. Partición hereditaria realizada por albacea contador-partidor: Impugnación por legatarios.**—La cuestión fáctica parte del testamento abierto otorgado por doña Reyes Paulina, soltera y sin descendencia, en fecha 10 de agosto de 2005; la cual falleció el 23 de octubre de 2006. En dicho testamento instituyó heredera a su madre doña Fátima, que no es parte; designó albacea-contador-partidor a don Hipólito, que tampoco es parte; y nombró a su madre (prelegado); a su hermano don Jenaro, parte demandada y recurrente en casación; a su otro hermano don Ernesto, con igual calidad procesal; a su sobrina y ahijada doña Delia, demandante en la instancia y recurrente en casación; a otros varios legatarios que tampoco han sido parte; también fue demandado don Ambrosio que se allanó a la demanda y no compareció ni en segunda instancia, ni en casación. La partición de la herencia se protocolizó ante Notario el 15 de marzo de 2007, con la participación del albacea don Hipólito, de la heredera doña Fátima y de los legatarios don Jenaro y don Ernesto.

La legataria doña Delia formuló demanda el 10 de marzo de 2011, con un suplico extenso y detallado, interesando la nulidad de determinadas reducciones, y la corrección del valor atribuido a ciertos bienes, y se declare que es propietaria, como consecuencia de ello, de una serie de cuotas de concretos bienes; asimismo, como consecuencia de la partición que se condene a don Ambrosio, a don Ernesto y a don Jenaro, a la entrega de partes alícuotas de determinados bienes. La parte demandada se opuso a las anteriores pretensiones que la indebida valoración puede ser objeto de la acción de rescisión por lesión y que dicha valoración se hizo correctamente por el contador-partidor teniendo en cuenta los dictámenes periciales. Alegó, por último el *favor partitionis* y la doctrina de los actos propios.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Madrid, de 5 de febrero de 2013 hace un estudio exhaustivo de la partición y de la valoración de los bienes y, como corolario, realiza una auténtica partición de la herencia referida, que lleva a estimar parcialmente la demanda. Apelada la sentencia por doña Delia y los codemandados don Jenaro y don Ernesto, la Audiencia Provincial, sec. 25, de Madrid dictó sentencia el 4 de abril de 2014, confirmando la sentencia recurrida. Don Ernesto y don Jenaro interpusieron recurso de casación, en tres motivos: i) No cabe nulidad parcial de la partición, debiendo haber interpuesto la rescisión por lesión en más de la cuarta parte, o bien la acción de complemento del artículo 1079 CC, que en el caso habían caducado; ii) Vulneración del principio general del *favor partitionis* respecto a la valoración de los bienes que hizo el albacea contador-partidor; y iii) Vulneración del principio general por el cual no es lícito ir contra los propios actos, puesto que la demandante había aceptado la partición de forma tácita o incluso expresa, pues habiendo aceptado la herencia, vendió el inmueble cuya valoración discute y no interpuso demanda hasta años más tarde de la partición.

**Doctrina jurisprudencial sobre la partición hereditaria.**—Con la partición cesa la comunidad hereditaria y el derecho en abstracto de los comuneros (herederos, legatarios y, en su caso, legitimarios) se transforma en derecho concreto sobre los bienes que le han sido adjudicados, conforme a la doctrina especificativa de la partición (SSTS 21 de julio de 1985, 13 de octubre de

1990, 5 de marzo de 1991, 28 de mayo de 2004, 16 de septiembre de 2010 y 26 de enero de 2012, de conformidad con el art. 1068 CC). La partición la puede realizar el propio testador o encomendarla al contador-partidor, tal como contempla el artículo 1057, el cual es considerado como un albacea particular cuya misión es llevar a cabo la partición, aplicando normas del albaceazgo, tanto más cuanto en el presente caso en el testamento se le nombró «albacea, comisario, contador-partidor». La partición judicial, prevista en el artículo 1057 CC, es una forma subsidiaria y última de hacer la partición, cuando no la haya hecho el testador, ni haya nombrado un contador-partidor ni haya acuerdo entre los miembros de la comunidad hereditaria, lo que regula el artículo 782 ss LEC. La partición como final de la partición hereditaria goza del *favor partitionis* o «principio de conservación de la partición» como dice la STS de 12 de diciembre de 2005.

La última resolución citada se refiere al error en la partición, tomando en cuenta el impacto del «principio de conservación de la partición», así como a la falta de referencia expresa a las consecuencias del error vicio o del error obstativo –salvo el tratamiento de algunos supuestos especiales–, estimando que en el caso se produjo error en las operaciones particionales, por inexacta representación de la medida o superficie de la finca; tal error no había de llevarse al artículo 1079 CC, sino al artículo 1074, lo que se deduce de la letra del precepto, puesto que no es lo mismo la omisión de un valor que la valoración errónea de un bien, y también de la función que en el conjunto del sistema corresponde al artículo 1074, que reserva a la rescisión la lesión en más de la cuarta parte.

De ello se desprende la dificultad de impugnar la partición y las escasas causas que son admisibles. En primer lugar, no pueden evitarse (STS de 13 de marzo de 2003) como son: la falta de algún elemento esencial (falta de consentimiento o invalidez del testamento); la contravención de norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3 CC), caso del menor o incapacitado sin intervención del defensor judicial con oposición de intereses (STS de 18 de octubre de 2012); concurrencia de vicio de consentimiento o defecto de capacidad.

Fuera de estos casos la discusión sobre el valor de otros elementos relativos a la valoración de bienes (aparte de los escasos supuestos del art. 1079) sólo cabe la rescisión cuando ésta es superior a la cuarta parte del valor del patrimonio hereditario. Aparte es el artículo 1073 CC, de difícil aplicación, partiendo de la aplicación del artículo 1291 CC. En la rescisión por lesión hay que atender al valor total de la masa hereditaria para calcular la lesión (STS 8 de marzo de 2001). Así se dará la lesión por supervaloración de un lote o infravaloración –siempre en más del cuarto– de otro lote, lo que ni siquiera se ha planteado en el presente caso.

En el presente caso la partición la realizó el contador-partidor nombrado por la testadora, al amparo del artículo 1057 CC, y con escasa regulación, lo que ha llevado a la jurisprudencia a aplicar las reglas del albaceazgo, que en este caso queda solventado porque la testadora lo nombró albacea y contador-partidor. Como tal, la jurisprudencia en ocasiones lo ha asimilado al mandato (STS de 19 de febrero de 1992) o al mandato *post mortem* (SSTS de 23 de noviembre de 1974 y 20 de noviembre de 1990). En definitiva, la jurisprudencia mantiene la similitud con el albacea, y todas las teorías se fundamentan en la confianza que en los mismos tiene el testador.

El recurso se desestima por las siguientes razones:

**Incongruencia del recurso.**—El primer motivo se desestima porque el enfoque que hacen los recurrentes no es el de la acción ejercitada ni el que ha

estimado la sentencia recurrida. El suplico de la demanda y el fallo congruente de las sentencias de instancia no parten de la nulidad de la partición, total o parcial. Parten de la inoficiosidad de los legados por razón de la legítima que corresponde a ascendientes; es decir, no se discute la legítima, que es intangible (art. 817 CC) sino que, partiendo de su cuantía indiscutida, se cuestiona la reducción de los legados por ser inoficiosos. La sentencia recurrida acoge estas pretensiones y no declara la nulidad parcial o la rescisión por lesión de la partición, sino «la nulidad de la reducción por inoficioso del 14,3983% de los legados atribuidos a la actora...». Por lo cual, el fallo, congruente con el suplico de la demanda, no entra en la nulidad de la partición, sino en la nulidad de la reducción, con lo cual no aparece en modo alguno la infracción de los artículos que se mencionan como infringidos, ni de la doctrina jurisprudencial sobre la partición, sino que se ha aplicado correctamente la normativa sobre la inoficiosidad de los legados que da lugar a que mengüen estos.

**Inaplicabilidad del principio *favor partitionis*.**—El motivo segundo alega la vulneración del principio general del *favor partitionis*. Pero aquí no se discute el principio que no se aplica al presente caso en que no se ataca la partición, sino que la acción va dirigida a la inoficiosidad de los legados, que defiende la demandante y es acogida por las sentencias de instancia; por tanto, al no recoger el fallo de la sentencia recurrida, que confirma la de primera instancia, la nulidad de la partición, sino la reducción de los legados, no tiene sentido este principio general en el caso concreto. En el mismo motivo se hace referencia expresa a la valoración de bienes, lo cual queda fuera de la casación, cuya función no es revisar la prueba practicada, sino considerar la corrección de la aplicación del ordenamiento jurídico a los hechos probados, sin que la casación pueda convertirse en una tercera instancia, ni permite hacer supuesto de la cuestión.

**Inaplicabilidad del principio de que «nadie puede ir contra sus propios actos».**—El motivo tercero alega vulneración de los artículos 885, 999 y 1000 CC, que poco o nada tienen que ver en el caso presente y del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos. Se desestima por la falta de prueba de los hechos que puedan servir de base a tal doctrina. Las ss. de instancia han analizado esta alegación y la han rechazado por faltar la base fáctica que la sostenga, lo cual no es función de la casación. No cabe obviar que la doctrina de los actos propios, según reiterada jurisprudencia se basa en la serie de actos de la parte que inspiran la confianza y tienen su fundamento en el principio de la buena fe y en el deber de coherencia (SSTS de 13 de octubre de 2014 y 6 de febrero de 2015). Cuya prueba de tales actos no se ha producido. (**STS de 4 de mayo de 2016**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

## DERECHO MERCANTIL

**28. Marca. Acción reivindicatoria: criterio jurisprudencial.**—La jurisprudencia considera que la acción reivindicatoria de una marca o de un nombre comercial, tal y como viene regulada en la Ley de Marcas, constituye un modo especial de adquirir la titularidad del signo, previamente registrado por otro, cuando este registro fue solicitado con fraude de los derechos de un

tercero o con violación de una obligación legal o contractual. Ordinariamente alcanza a supuestos de registro de una marca o nombre comercial por el distribuidor o agente, y, en general, a los de abuso de confianza o incumplimiento de un deber de fidelidad, que presuponen una previa relación entre las partes (tercero defraudado y solicitante de la marca). Pero también tienen cabida los casos de registro de mala fe de una marca o nombre comercial para aprovecharse de la reputación ajena. Es lo que en la doctrina se describe como registro de una marca del que resulte el aprovechamiento o la obstaculización injustificados de la posición ganada por un tercero sin que haya mediado vinculación alguna entre las partes en el conflicto.

**Marca. Acción reivindicatoria: naturaleza.**—La Ley sobreentiende que el reivindicante no es titular registral de la marca reivindicada (por ello, la doctrina considera que se trata de una acción reivindicatoria impropia), pero puede ser tanto el titular de una marca distinta que es infringida por el registro fraudulento, como un usuario de la marca fraudulentamente registrada. Es decir, cuando no existe relación contractual o legal entre las partes ni fraude en el registro, nos encontramos fuera del supuesto de hecho objeto de la acción reivindicatoria marcaria.

**Marca. Acción reivindicatoria: finalidad.**—La reivindicación de la marca trata de hacer coincidir la realidad registral con el mejor derecho extrarregistral sobre el signo cuyo registro como marca se ha solicitado o concedido. Es preciso que el demandante demuestre que ha usado el signo anteriormente, y que resulte probado que el registro de la marca fue solicitado con fraude de los derechos del demandante o con violación de una obligación legal o contractual que el solicitante de la marca tenía respecto del demandante. El fraude de los derechos del demandante se produce no sólo cuando quien solicita el registro como marca del signo que venía siendo usado por el demandante pretende beneficiarse de la posición obtenida por éste en el mercado, sino también cuando pretende obstaculizar, mediante el registro del signo a su nombre, la actuación del demandante que venía utilizando el signo.

**Marca. Mala fe: concepto.**—La Ley de Marcas incorporó a nuestro Derecho interno una norma facultativa formulada por la Directiva 2008/95/CE, que sancionaba con nulidad absoluta la marca obtenida con mala fe del solicitante. La jurisprudencia comunitaria ha establecido los siguientes requisitos para la apreciación de mala fe a estos efectos: *a)* que el solicitante supiera o debiera saber que un tercero venía utilizando un signo confundible con la marca solicitada y *b)* que la intención del solicitante de impedir que un tercero continúe utilizando un signo. Ahora bien, la citada Directiva no regula el concepto de mala fe ni contiene tampoco ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros en lo que respecta a este concepto. Por tanto, el sentido y el alcance del mencionado concepto deben determinarse a la luz del contexto en el que se inserta la disposición de que se trata de la Directiva 2008/95 y el objetivo perseguido por ésta. Así pues, la existencia de la mala fe debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes en el caso y que existían en el momento de presentar la solicitud de registro, tales como, entre otros, el hecho de que el solicitante supiese o debiese haber sabido que un tercero utilizaba un signo idéntico o similar para un producto idéntico o similar. No obstante, la circunstancia de que el solicitante sepa o deba saber que un tercero usa tal signo no basta, por sí sola, para acreditar la existencia de que concurre mala fe en dicho solicitante. Además, procede tomar en consideración la intención del mencionado solicitante en el momento de pre-

sentar la solicitud de registro de una marca, elemento subjetivo que debe determinarse en función de las circunstancias objetivas del caso.

**Marca. Semejanza entre marcas: criterios para su determinación.**—La comparación para evaluar la semejanza entre dos marcas ha de hacerse en un triple plano: gráfico, fonético y conceptual. Ahora bien, los criterios para determinar la semejanza dependen en buena medida de la estructura del signo, pues no es lo mismo comparar marcas denominativas simples, que marcas denominativas complejas, o gráficas o mixtas. La jurisprudencia comunitaria y española ha establecido unas reglas *a)* Las marcas denominativas simples deben compararse entre sí conforme al criterio de la visión de conjunto, es decir, sobre la totalidad de los elementos integrantes de cada denominación y sin descomponer su unidad, tesis matizada por la jurisprudencia comunitaria, al afirmar que para estimar perceptible una diferencia, la combinación de elementos descriptivos debe crear una impresión suficientemente distante de la producida por la mera unión de dichos elementos. *b)* Las marcas denominativas complejas o compuestas también deben ser comparadas conforme a la pauta de la visión de conjunto, sin desintegrar los vocablos que las componen. Una marca compuesta que incorpora una marca anterior debe considerarse similar a esta cuando el elemento dominante de la marca compuesta es idéntico o semejante al signo constitutivo de la marca anterior. Incluso en el caso de que el elemento constitutivo de la marca anterior no sea el dominante de la marca posterior, puede haber semejanza si ocupa en la misma una posición distintiva. *c)* Las marcas gráficas se rigen también por el criterio de la visión de conjunto, en su faceta de impacto visual global que las marcas producen en los consumidores. Aunque sea posible mostrar ciertas diferencias entre las marcas puramente gráficas confrontadas, estas han de considerarse semejantes cuando suscitan una idéntica o parecida impresión visual en la mente de los consumidores. *d)* Las marcas figurativas deben compararse en un doble plano: el gráfico y el conceptual. Cuando la comparación gráfica no sea suficiente, habrá que recurrir al criterio conceptual, es decir, habrá que determinar si los signos que desde un punto de vista meramente gráfico son distintos, evocan un concepto concreto o equivalente. No obstante, el TJCE matiza que la dimensión conceptual de una marca figurativa ha de tomarse en consideración cuando la marca es fuerte (notoria o intrínsecamente distintiva), pero no cuando su distintividad es débil o normal. *e)* En la comparación entre marcas gráficas y denominativas habrá semejanza cuando la marca denominativa constituya la denominación evidente, espontánea y completa del concepto evocado por la marca. *f)* En la comparación entre marcas mixtas, como regla general debe primar el elemento denominativo y solo de manera excepcional será relevante el elemento gráfico o figurativo; lo que ocurrirá cuando el componente denominativo sea una palabra genérica o descriptiva, o cuando el componente denominativo del signo forme parte de un número relativamente alto de marcas pertenecientes a terceros. *g)* En el caso de marcas tridimensionales, la comparación ha de ser eminentemente visual.

**Marca. Semejanza entre marcas: análisis de los elementos que la conforman.**—La comparación entre dos marcas requiere el análisis de los dos elementos que las conforman, es decir, sus signos constitutivos y el ámbito aplicativo al que están destinadas. El principio de especialidad impone, de esta manera, que el titular de una marca dispone de un *ius prohibendi* en relación con productos o servicios idénticos o similares a los registrados. La jurisprudencia comunitaria considera que, para apreciar la similitud entre los productos o servicios designados, procede tener en cuenta todos los factores perti-

nentes que caracterizan la relación entre los productos o servicios. Estos factores incluyen, en particular, su naturaleza, su destino, su utilización y su carácter competidor o complementario. Pero no solo se refiere a la necesaria concurrencia de la doble semejanza entre los signos y su ámbito aplicativo, sino que también señala la mutua interrelación entre ambos. Dado que la apreciación global del riesgo de confusión implica una cierta interdependencia entre los factores tomados en consideración, y en particular, la similitud entre las marcas y la existente entre los productos o servicios designados. Así, un bajo grado de similitud entre los productos o servicios puede ser compensado por un elevado grado de similitud entre las marcas y a la inversa.

**Marca. Riesgo de confusión: directrices para su apreciación.**—Las directrices para apreciar la existencia de riesgo de confusión entre marcas son a) El riesgo de confusión consiste en el de que el público pueda creer que los productos o servicios identificados con los signos que se confrontan proceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas, dado que el riesgo de asociación no es una alternativa a aquel, sino que sirve para precisar su alcance. b) La determinación concreta del riesgo de confusión debe efectuarse en consideración a la impresión de conjunto de los signos en liza producida en el consumidor medio de la categoría de productos, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta el grado de similitud gráfica, fonética y conceptual, en particular, los elementos dominantes. c) De este modo, el riesgo de confusión debe ser investigado globalmente, teniendo en cuenta todos los factores del supuesto concreto que sean pertinentes, así depende, en particular, del conocimiento de la marca en el mercado, de la asociación que puede hacerse de ella con el signo utilizado, del grado de similitud entre la marca y el signo y entre los productos o servicios designados. d) En la valoración global de tales factores ha de buscarse un cierto nivel de compensación, dada la interdependencia entre los mismos, y en particular entre la similitud de las marcas y la semejanza entre los productos o los servicios designados: así, un bajo grado de similitud entre los productos o los servicios designados puede ser compensado por un elevado grado de similitud entre las marcas, y a la inversa. e) A los efectos de esta apreciación global, se supone que el consumidor medio de la categoría de productos considerada es un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. No obstante, debe tenerse en cuenta la circunstancia de que el consumidor medio rara vez tiene la posibilidad de comparar directamente las marcas, sino que debe confiar en la imagen imperfecta que conserva en la memoria. Procede, igualmente, tomar en consideración el hecho de que el nivel de atención del consumidor medio puede variar en función de la categoría de productos o servicios contemplada. f) Pero, esta exigencia de una visión de conjunto, fundada singularmente en que el consumidor medio las percibe como un todo, sin detenerse a examinar sus diferentes detalles, no excluye el estudio analítico y comparativo de los elementos integrantes de los respectivos signos en orden a evaluar la distinta importancia en relación con las circunstancias del caso, pues pueden existir elementos distintivos y dominantes que inciden en la percepción del consumidor conformando la impresión comercial. Lo que se prohíbe es la desintegración artificial; y no cabe descomponer la unidad cuando la estructura prevalezca sobre sus componentes parciales.

**Marca. Principio de inmunidad registral: precisión por la jurisprudencia comunitaria.**—La jurisprudencia nacional admita tal principio, al aplicar, a su vez, el principio *qui suo iure utitur neminem laedit* (quién usa de

su derecho a nadie lesiona). De acuerdo con esta doctrina, en los casos en que dos partes tenían registradas sus respectivas marcas, la que tenía el derecho anterior debía instar la nulidad de la segunda previa o coetáneamente, a instar la declaración de infracción de su derecho, y solamente obtendría una indemnización si la acción de nulidad prosperaba y, además, se declaraba que el segundo registro fue obtenido concurriendo mala fe del solicitante. Es decir, no se estimaba la acción de infracción de una marca en los casos en que existiera otra marca registrada, salvo que se acometiera el examen de una acción de nulidad previa, o acumulada en la demanda por infracción. Sin embargo, como consecuencia de la incorporación de las pautas establecidas por la jurisprudencia comunitaria, estos criterios se han modificado, al indicar que la eficacia retroactiva o *ex tunc* de la declaración de nulidad de una marca, en los casos de un ejercicio acumulado de las acciones de nulidad y violación con éxito de esta última, determina que el asiento practicado a favor de dicho titular, al ser anulado, no puede justificar el uso del signo que amparaba, dado que la marca nunca fue válida. Se reconoce al titular de una marca comunitaria un derecho exclusivo que lo habilita para prohibir, a cualquier tercero, el uso sin su consentimiento en el tráfico económico de signos que puedan resultar lesivos para su marca, independientemente de si ese tercero también tiene una marca comunitaria registrada o no. Con la única excepción de que el titular de la marca comunitaria prioritaria haya tolerado el uso de la marca comunitaria posterior durante más de cinco años consecutivos, caso en que, salvo que concorra mala fe del titular de la segunda marca comunitaria, ya no podrá oponerse a su utilización ni solicitar su nulidad.

**Marca. Marca notoria: requisitos.**—La jurisprudencia considera que este concepto supone un cierto grado de conocimiento por parte del público pertinente, que debe considerarse alcanzado cuando una parte significativa del público interesado por los productos servicios amparados por la marca comunitaria conoce esta marca. Para ello, debe tomarse en consideración todos los elementos pertinentes, es decir, en particular, la cuota de mercado poseída por la marca, la intensidad, la extensión geográfica y la duración del uso, así como la importancia de las inversiones realizadas por la empresa para promocionarla. De este modo, es posible concluir, como ya lo hizo en su día la doctrina, que el requisito determinante de la notoriedad de la marca es su difusión entre el público interesado por los productos y servicios amparados por dicha marca y por los sectores interesados.

**Marca. Protección judicial: criterio de uniformidad.**—En evitación de la posibilidad de que sea diferente la protección que el titular de la marca reciba en éste que en otros Estados miembros, según que el Derecho nacional respectivo le permita o no ejercitar la acción de violación de su marca sin tener que interponer, previamente o a la vez, la de nulidad del registro de la infractora, procede admitir que el titular de una marca protegida en España pueda prohibir a cualquier tercero el uso en el tráfico económico de signos idénticos o similares a ella, siempre que hubieran sido registrados con posterioridad, sin necesidad de una declaración previa de nulidad, cumpliendo las exigencias del imperativo amparo del derecho a la tutela judicial, al igual que sucede con las patentes y los diseños industriales.

**Uso del nombre de dominio: concepto y posibilidad de conflicto con la marca.**—No es un signo distintivo, sino que, desde un punto de vista empresarial, es una dirección identificable desde cualquier ordenador y que es única y diferenciable en la Red. En este sentido, la OMPI define el nombre de dominio como la dirección fácilmente comprensible para el usuario de un ordena-



dor, normalmente en forma sencilla de recordar o identificar. No obstante, lo cual, los conflictos entre los signos distintivos y los nombres de dominio pueden surgir cuando exista coincidencia entre una denominación registrada como marca y un nombre de dominio. (STS de 9 de mayo de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La asociación A. C. D. G interpuso ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao demanda contra don R. y la mercantil D. y A., S. A., ejercitando acción reivindicatoria de marcas de titularidad del demandado; y subsidiariamente, la acción de nulidad absoluta de las citadas marcas, por considerar que se solicitaron de mala fe, y las acciones de nulidad relativa y competencia desleal, en base a ello la parte actora reclamaba la condena de los demandados a cesar en la prestación de servicios descritos en el hecho tercero de la demanda; transferir a la actora las marcas objeto de esta *litis* o, subsidiariamente, la declaración de nulidad absoluta de las mismas, por haberse solicitado de mala fe; la declaración de existencia de actos de competencia desleal; y condena a la demandada a pagar a la actora, en concepto de daños y perjuicios, la cantidad que resulte de la prueba pericial que se practique y las costas. A todo ello se opuso la parte demandada. La sentencia de instancia desestimó íntegramente la demanda, por considerar, en esencia, que no existía riesgo de confusión, que la acción reivindicatoria era de aplicación para proteger los derechos del usuario extrarregistral y no para proteger los derechos del titular registral, quien tenía a su alcance otras acciones, que tampoco existió mala fe del demandado en la solicitud de registro de sus marcas; que las marcas afectadas no eran ni idénticas ni semejantes a ninguna de las de la actora, por lo que exista riesgo alguno de confusión, incluso aunque se considerase que las marcas de la demandante fuesen renombradas; igualmente, consideró la sentencia que no había quedado acreditado que los demandados hayan incurrido en las conductas concurrenciales imputadas. Recurrída en apelación dicha sentencia por la parte actora, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia desestimó el recurso y confirmó la sentencia apelada en todos sus pronunciamientos. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**29. Contrato de auditoría de cuentas: Incumplimiento: Prescripción de la acción.**—Desde el ejercicio 1996, la sociedad Oxiacero, SENTENCIA. A. U., encargó la auditoría de sus cuentas anuales a la sociedad de auditoría Auren SENTENCIA. L. P. asumiendo la correspondiente a las cuentas de los ejercicios 2005 a 2009, ambos inclusive. Gaspar es el auditor de cuentas, socio de Auren, que se hizo cargo de esta auditoría (fallecido durante el proceso fue sucedido procesalmente por sus herederos Cristina y Mauricio). En julio de 2010, el stock de existencias de Oxiacero era muy inferior a las cifras facilitadas por el gerente de la empresa, señor Marcelino. En la demanda interpuesta por la auditada se alegó que los demandados, Auren y Gaspar, no efectuaron las labores de comprobación suficientes sobre los datos que debían reflejar el estado económico real de la empresa auditada e incurrieron en negligencia en la realización de los trabajos de

auditoría contratados, al menos en los ejercicios 2005 a 2009 o, en algunos de ellos, y se solicitó que se les condene en forma solidaria, en concepto de indemnización por daños y perjuicios padecidos, la suma de 5.738.018, 92 euros, más el interés legal desde la fecha de presentación de la demanda hasta el total y completo abono. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Zaragoza de 17 de julio de 2013 desestimó íntegramente la demanda y la Sentencia de la Audiencia Provincial sección 5.ª de Zaragoza de 14 de noviembre de 2013, desestimó igualmente la apelación. El recurso de casación se basa en dos motivos: prescripción de la acción, e infracción del artículo 11 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, en la versión dada por la Ley 44/2002, de 22 de diciembre.

**Plazo de prescripción de la acción.**—El RDL 1/2011 aprobó el Texto Refundido de la Ley de Auditoría, cuyo artículo 22 regulaba la responsabilidad civil de las sociedades de Auditoría, disponiendo en su apartado 4 que «la acción para exigir la responsabilidad contractual del auditor de cuentas y de la sociedad de auditoría prescribirá los cuatro años a contar desde la fecha del informe de auditoría». Este precepto entró en vigor después de que se hubieran emitido los informes de auditoría correspondientes a los ejercicios 2005 a 2009, pero antes de que se ejercitara la acción. El RDL 1/2011 no contiene ninguna disposición transitoria relativa al plazo de prescripción de cuatro años introducido en el actual artículo 22.4 LAC. En ausencia de norma transitoria específica rigen las generales del CC. En este caso no la disposición cuarta, sino la más específica contenida en el art. 1939, según la cual: La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá esta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo.

Bajo una lectura constitucional, la *ratio* de esta disposición transitoria es que la aplicación retroactiva del plazo de prescripción se realice sin merma injustificada del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Si la reforma ha supuesto reducir el plazo de prescripción a cuatro años, lógicamente, su aplicación retroactiva no puede suponer, en la práctica y respecto de las acciones pendientes de ejercicio, una ampliación de los plazos de prescripción ni tampoco puede legitimar el ejercicio de las acciones ya prescritas por aplicación del anterior plazo de 15 años. Pero fuera de estos casos, el nuevo plazo debe computarse desde su entrada en vigor y no desde la fecha del informe. De otro modo, en un caso como el presente, se privaría a la sociedad de acción respecto del informe auditoría de las cuentas del ejercicio 2005, pues a la entrada en vigor del RDL 1/2011, ya se había cumplido los cuatro años desde que se emitió dicho informe. De hecho, el legislador posterior, cuando reforma el plazo de prescripción para las acciones personales del artículo 1964 CC, que pasa de 15 años a 5 años, en la Ley 42/2015, pone lo siguiente: «El tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil».

De tal modo que, en la medida en que cuando se ejercita la acción ni había transcurrido el plazo de 15 años del artículo 1964 (en su versión aplicable al caso), a contar desde que se emitieron los informes correspondientes a los ejercicios 2005 y 2006, ni tampoco el nuevo plazo de 4 años del artículo 22.4 LAC, a contar desde la entrada en vigor del RDL 1/2011, debemos entender que la acción de responsabilidad en relación con estos dos ejercicios (2005 y 2006) no había prescrito. Razón por la cual casamos la sentencia. La conse-

cuencia es que, en relación con los ejercicios 2005 y 2006, debemos juzgar como Tribunal de instancia, teniendo en cuenta el segundo motivo de casación.

**Régimen de responsabilidad de los auditores frente a la sociedad auditada.**—La sociedad que había encargado la auditoría de sus cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2005 a 2009, ejercita frente a Auren y frente a su socio Gaspar una acción de responsabilidad contractual. La remisión que el artículo 11 apartado 1.º LAC, conduce a las reglas de derecho privado, en este caso a los artículos 1101 CC, con las particularidades previstas en la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 211 y 134 TRLSA), aplicable al caso en atención a su vigencia en el tiempo en que se realizaron los informes de auditoría objeto de enjuiciamiento. Se trata de una responsabilidad fundada en el daño y en la culpa, se pretende la indemnización del daño o perjuicios causados a la sociedad actora como consecuencia de un cumplimiento doloso o negligente de las obligaciones del auditor. Estas obligaciones son las legales, que forman parte de la prestación contractual asumida por el auditor, y otras asumidas contractualmente siempre que no sean incompatibles. Bajo este régimen de responsabilidad, para su apreciación, se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: una actuación antijurídica por parte del auditor, en el marco de la relación contractual de auditoría que le une con la sociedad auditada; que esta conducta del auditor sea culpable, por haber actuado con dolo o culpa; la causación de un perjuicio o daño a la sociedad auditada; y una relación de causalidad entre el daño y el perjuicio sufrido por la sociedad auditada y la conducta antijurídica del auditor.

Por otra parte, es preciso advertir que, en la medida en que el contrato de auditoría de cuentas está normado legal y reglamentariamente, sus obligaciones y el modo de cumplir con ellas viene pautado por las previsiones legales acerca del objeto y alcance de la verificación de las cuentas de la sociedad y el contenido del informe (la opinión responsable que ha de emitir y las circunstancias que, de concurrir, debe dejar constancia).

La actividad que se pide del auditor es esencialmente doble: verificar y dictaminar. Debe llevar a cabo una revisión de los documentos contables elaborados por los administradores de la sociedad, en el plazo convenido (que no puede ser inferior al mes), y con arreglo a unas pautas determinadas (previsiones legales y normas técnicas de auditoría. Esta primera prestación está íntimamente ligada a la segunda: como resultado de la revisión de las cuentas, el auditor ha de emitir un informe en el que debe dejar constancia de las circunstancias relevantes para poder otorgar fiabilidad a los documentos contables auditados, y emitir una opinión responsable. Ordinariamente si en la labor de verificación se han seguido las normas técnicas, se detectarán las irregularidades relevantes para poder concluir que las cuentas auditadas no reflejan la imagen fiel de la sociedad, y se podrá constatar de ello en el informe. Pero no puede concluirse que los auditores asuman la obligación de detectar dichas irregularidades, y que el no haberlas detectado y reflejado en su informe determine siempre un incumplimiento contractual. Los auditores se comprometen a desarrollar la actividad de verificación con arreglo a unos parámetros, cuyo seguimiento es el que determinará a la postre el grado de cumplimiento de sus obligaciones.

**Doctrina jurisprudencial sobre la diligencia del auditor.**—Para poder valorar mejor esta responsabilidad conviene tener presente la advertencia contenida en la sentencia de 9 de octubre de 2008:

«Una auditoría de cuentas se considera necesaria —en el caso por la disp. adic. 1.ª de la Ley 19/1988— con una finalidad empírica: La de obtener un

medio que garantice, en la medida de lo razonable, que los estados financieros auditados no adolecen de inexactitudes significativas». «Como consecuencia se exige al auditor una prestación profesional que posibilite dicha función. Esa utilidad, por un lado, y la naturaleza profesional y el contenido técnico de la prestación de la auditoría, por otro, determinan el nivel de la exigencia no sólo según el contrato sino también según la ley, que la impone como premisa necesaria para el cumplimiento de aquella misión». «Cumple el auditor su obligación contractual y los deberes vinculados a su función por la norma cuando actúa con la pericia y diligencia de un buen profesional en la ejecución de la auditoría, lo que en muchos casos dependerá del diseño de la misma». «En definitiva (...) no cabe hacer responsable al auditor de todos los errores o fraudes que puedan cometer los administradores, directivos o personal de la entidad auditada –algunos realizados con la intención de mantenerlos ocultos a toda investigación ajena–, sino sólo a aquellos que con una correcta ejecución de su prestación profesional debería haber descubierto». «La diligencia y pericia del auditor constituyen una regla de determinación de la exactitud del cumplimiento de la prestación por él debida y, a la vez, un criterio de imputación subjetiva de responsabilidad».

Tras estas consideraciones, podemos matizar que la prestación de emitir un informe, con un determinado contenido, es una obligación de resultado, propia de un contrato de obra; pero en cuanto al objetivo final perseguido, avalar la fiabilidad de la información económico-contable suministrada por la sociedad y asegurar que no existen irregularidades relevantes, la obligación asumida por los auditores es de medios, llevar a cabo la revisión y verificación de arreglo a unas normas técnicas, que en condiciones normales resultan eficaces. Este doble plano de las obligaciones asumidas por los auditores en el contrato de auditoría es muy relevante en nuestro caso para valorar la responsabilidad de los demandados.

En apelación las conductas antijurídicas imputadas a los demandados son dos: i) No haber comprobado tras la verificación del muestreo que los resultantes que se incorporaban a las cuentas finales de la sociedad coincidían con las previamente entregadas por la entidad como existentes; y ii) no haber cumplido con la previsión de que las mercancías que se encontraban en el puerto se comprobaran por comunicación dirigida al depositario. Estas conductas habían impedido que los socios de la auditada pudieran advertir la desaparición durante aquellos ejercicios económicos 2005-2009 de, aproximadamente, 2.879.806 kgs de material siderúrgico, que Oxiacero había adquirido por un valor de 1.624.546,58 euros.

Pero la manipulación de los listados era realizada por el gerente de la auditada (Sr. Marcelino) al entregar los listados 2b y 4b, cuyo contenido no coincidía con el que previamente había sido exhibido a los auditores, respecto del cual habían realizado los operaciones de verificación. Esto es, el contenido de los listados inicialmente entregados, para su verificación, coincidía con las existencias realmente almacenadas; y una vez practicada la verificación era cuando el gerente manipulaba el contenido de los listados, inflando la cifra de mercancías en stock, y esta alteración se realizaba respecto de las existencias que no habían sido objeto de muestreo. Por esta razón, los auditores no advertían las alteraciones. El Sr. Marcelino, estaba presente en la verificación y por ello sabía las existencias realmente verificadas. Todo ello refleja que el gerente de la auditada, a quien se imputó en su día la distracción o desaparición de las existencias durante estos años (2005-2009), había ideado un sistema para eludir el control de los auditores. En síntesis, los listados presentados inicial-

mente coincidían con la realidad, pero no incluían su valoración económica, y la verificación de estos listados se realizaba por muestreo, que afectaba a las mercancías que se presumían más importantes y a otras aleatoriamente; el gerente que estaba presente en estas operaciones, se ingeniaba para, más tarde, inflar los listados respecto de las mercancías que no habían sido objeto de verificación, razón por la cual los auditores, al comprobar si las existencias revisadas físicamente el día del recuento figuraban incluidas en los listados contabilizados, no detectaban estas alteraciones.

No puede decirse que no existiera medio alguno, por parte de los auditores, para detectar estas alteraciones, pues, como advierte el Juzgado de Primera Instancia, hubieran podido detectar la falta de concordancia si hubieran cruzado la información contenida en los listados 1 y 3 con los listados 2b y 4d. Pero la omisión de estas comprobaciones, en el contexto en que se realizaron las operaciones de auditoría, no puede considerarse una infracción grave y relevante de las normas de auditoría, a la cual puede anudarse la causalidad jurídica del perjuicio sufrido por la sociedad con la desaparición de las existencias. A los auditores les era exigible una prestación de medios, no de resultado. No serían responsables por no haber detectado la grave discordancia entre las existencias reales y las contabilizadas, sino por no haber puesto los medios adecuados para ello. Los medios, la verificación mediante un recuento físico por muestreo, fueron aplicados, y en circunstancias ordinarias hubieran sido suficientes para detectar las discordancias. Si estas no fueron detectadas fue por la manipulación de los listados, llevada a cabo por el gerente, a la vista de lo que había sido objeto de recuento. Aunque, como hemos visto, se hubiera podido detectar esta manipulación, para ello habría que haber realizado una operación adicional que, si bien hubiera sido deseable, por no realizarla no puede imputarse al auditor las consecuencias negativas derivadas de la pérdida de las existencias. Por otra parte, es muy relevante que la responsabilidad sea exigida por la sociedad, responsable del control de sus propios empleados y de no tener mecanismos de control interno de las existencias, siendo éstas un elemento tan importante en su activo, y no por un tercero.

Si bien la anterior conducta no es suficiente para imputar la responsabilidad pretendida a los auditores, sí tiene mayor relevancia la otra conducta denunciada, de no comprobar la exactitud de la referencia contable de las existencias que estaban en el almacén del puerto, mediante una comunicación directa con el tercero depositario tal como prevé la primera regla prevista en el epígrafe 18 de la Norma Técnica de Auditoría. En atención a la relevancia que en este caso tenía la partida de existencias en las cuentas anuales, pues representaban alrededor de la mitad del valor del activo de la compañía, omitir la comunicación directa y alguna de las medidas adicionales sugeridas en la norma técnica sí que constituye una actuación contraria a la *lex artis ad hoc*, y su omisión constituye un comportamiento negligente. Y relevante, a los efectos de la acción de responsabilidad ejercitada, porque hubiera permitido detectar la discordancia entre el valor de las existencias contabilizadas y el de las realmente almacenadas. Es en esta apreciación donde varía la valoración judicial respecto de la realizada por los tribunales de instancia. Pero adviértase que, si bien en relación con los ejercicios 2007-2009, a los que se ciñe el enjuiciamiento de la Audiencia Provincial, en el marco de la casación no habríamos encontrado razones para sustituir la apreciación de la falta de relevancia realizada por la sentencia de apelación, no podemos decir lo mismo respecto de los dos primeros ejercicios (2005-2006), los cuales no

fueron valorados por la Audiencia Provincial por entender que, respecto de ellos, estaba prescrita la acción.

Estimado el primer motivo de casación, el enjuiciamiento que nos corresponde hacer respecto de estos dos ejercicios es el propio de un tribunal de instancia. Se da la circunstancia de que fue precisamente en estos dos primeros ejercicios, en los que las diferencias entre las mercancías reales almacenadas en el puerto y las contabilizadas resultan más llamativas. Especialmente en el ejercicio 2005, en que las existencias reales almacenadas eran 933.950 kgs y las contabilizadas 2.378.029 kgs, tal y como se refleja en los anexos del informe de Plantcontrol de 23 de mayo de 2011. La entidad de las diferencias ahonda en la gravedad del incumplimiento del deber de comprobación de la veracidad de las existencias contabilizadas, siguiendo las pautas marcadas por la norma técnica de auditoría. Esta omisión sí que debe ser considerada una conducta contraria a la *lex artis ad hoc* y relevante respecto de la acción de responsabilidad civil por los daños ocasionados, sin perjuicio de la determinación del alcance de la incidencia causal.

En nuestro caso, en atención a la relevancia que las existencias tenían en el activo de la compañía auditada, la auditora no sólo debía haber recabado información directamente del depositario, sino que debía haber extremado el control, como advierte el pár. 2.º del epígrafe 18 de la norma técnica, que indica posibles medidas de control adicional del propio recuento del depositario. En este caso, ha habido una infracción de la *lex artis ad hoc* que afecta a la verificación de las existencias depositadas en el puerto.

**Relación de causalidad respecto de los perjuicios de la sociedad auditada.**—En la causación de los perjuicios que se denuncian incidieron una pluralidad de causas: la primera de ellas, y la más importante, la conducta del gerente que realizó tal desaparición de las existencias; en segundo lugar, el propio órgano de administración que, al margen de que la información del auditor al respecto no fuera correcta, omitió mecanismos de control interno que hubieran permitido detectar lo ocurrido; y, junto a estas causas, también estaría este cumplimiento defectuoso del auditor.

Propiamente, no cabe trazar una relación de causalidad jurídica entre la conducta negligente del auditor y la desaparición de las mercancías, que es imputable, en su caso, a quien la llevó a cabo. Más que contribuir a la desaparición de la mercancía, la conducta del auditor la presupone, en cuanto no adoptó la diligencia que hubiera podido contribuir a detectarla, pero no es, propiamente, causa de tal desaparición. Como tampoco le son imputables las pérdidas sufridas por la compañía ni los costos financieros, que responden a la gestión empresarial y a la administración de la sociedad, y son imputables, en su caso, a quien correspondiera tales labores. Sin embargo sí que se aprecia una relación de causalidad respecto de algunas consecuencias derivadas de la defectuosa contabilización, en concreto, el pago de impuestos societarios injustificados como consecuencia de la información contable. De acuerdo con esta última afloraron unos beneficios inexistentes, que no hubieran existido de haberse reflejado la realidad en las cuentas auditadas; tal impuesto pericialmente se ha fijado en la suma de 427.436,23 euros.

Como existe una concurrencia de causas, al auditor debe imputársele no la totalidad, sino el 50% del perjuicio, proporción que estimamos la incidencia de su conducta en la causación del daño. En consecuencia, procede estimar en parte el recurso de apelación y condenar solidariamente a los demandados al pago de la suma de 213.718,11 euros. Conforme a los artículos 1100, 1101 y 1108 CC, y a lo solicitado en la demanda, esta cantidad deven-

gará el interés legal desde la interpelación judicial, representada por la presentación de la demanda. (STS de 1 de julio de 2016; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

NOTA.—Sentencia de carácter indudablemente pedagógico, y cuyo contenido resulta plenamente de aprobar, en la que se analiza con minucioso detalle las decisivas intervenciones de los diversos protagonistas, incluso aunque no hayan sido parte procesal. Su doctrina contribuirá a perfilar los singulares aspectos de este contrato mercantil atípico cuya importancia práctica crece notablemente en el nuevo régimen económico. (G. G. C.)

**30. Doctrina del levantamiento del velo en sociedades pertenecientes a un mismo grupo familiar. Aplicación moderada.**—En el caso de las sociedades pertenecientes a un mismo grupo familiar de empresas, el hecho de que puedan compartir, entre otros aspectos, un mismo objeto social, los mismos socios, y el mismo domicilio y página web donde anuncian sus servicios como grupo empresarial en el tráfico mercantil no representa, en sí mismo considerado, una circunstancia que resulte reveladora por sí sola del abuso de la personalidad societaria, por ser habitual entre sociedades de un mismo grupo familiar. Para que exista dicho abuso, debe valorarse el resto de circunstancias concurrentes en el caso concreto, como la confusión de patrimonios, la infracapitalización, el carácter instrumental de las empresas filiales o el aspecto subjetivo o de concertación (*consilium*) para procurar el fraude. (STS de 29 de septiembre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La Sociedad A presentó demanda contra las sociedades B1, B2 y B3, por diversas facturas impagadas con relación a un suministro de productos efectuado a B1. Dichas sociedades forman parte de un grupo familiar de empresas que se dedican a la misma actividad económica: almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de productos alimenticios. La Perla Proyecta, S. L., es sociedad dominante del grupo. A, la sociedad demandante, conocía la estructura del grupo familiar y su actuación en el tráfico.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda condenando las sociedades del grupo familiar a responder cada una de ellas por la deuda realmente asumida. Ello porque consideró que el hecho de que las sociedades formasen un grupo familiar de empresas no resultaba decisivo, por sí solo, para determinar la responsabilidad solidaria de todas ellas, debiendo responder cada una por las obligaciones realmente asumidas con la demandante.

A recurrió en apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso revocando en parte la sentencia recurrida en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario. Frente a la sentencia de la Audiencia, las tres sociedades apeladas interpusieron sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. (A. I. R. A.)

**31. Concurso de acreedores. Calificación de culpable: rigor legal.**—La Ley Concursal tipifica una serie de conductas cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor, o sus administradores o liquidadores, ha incurrido en dolo o culpa grave. Así se desprende al recoger la Ley Concursal que, *en todo caso*, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los supuestos previstos. Esta expresión *en todo caso* no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada, ya que se estima que, cuando menos, constituye una negligencia grave del administrador.

**Concurso de acreedores. Calificación de culpable: deberes contables.**—La jurisprudencia considera que por razón de la trascendencia que se atribuye a la función informativa de las declaraciones de conocimiento en que consisten las cuentas anuales, la distinción entre error e irregularidad carece de significación para la comisión del comportamiento previsto en la Ley Concursal, dado que la realización del tipo que en ella se describe no exige que el sujeto agente tenga conciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión ni que el resultado del comportamiento sea querido por él. Lo que no significa que las consecuencias de la calificación deban ser necesariamente ajenas al reproche que merecen las manifestaciones culposas o dolosas de la irregularidad. Por lo que la culpa grave, en este supuesto, ya está ínsita en la misma omisión de los deberes contables.

**Concurso de acreedores. Calificación de culpable: retraso en la solitud de concurso.**—El incumplimiento del deber legal de solicitar a tiempo la declaración de concurso traslada al administrador de la sociedad concursada la carga de probar que el retraso no incidió en la agravación de la insolvencia. Es más, teniendo en cuenta que el criterio normativo que determina la consideración del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso como causa para calificar el mismo como culpable es la agravación de la insolvencia y el aumento del déficit patrimonial que este retraso puede suponer, al continuar la sociedad actuando en el tráfico mercantil contrayendo nuevas obligaciones cuando ya no podía cumplirlas regularmente, los elementos consistentes en la duración de la demora en solicitar el concurso y la importancia del aumento del déficit patrimonial, que son los tomados en consideración por la sentencia recurrida, son elementos objetivos pertinentes en relación al criterio normativo relevante para calificar el concurso como culpable.

**Concurso de acreedores. Responsabilidad por déficit concursal: caracterización.**—La caracterización de la responsabilidad por déficit concursal, en la regulación anterior a la reforma de 2014, giraba en torno a tres consideraciones: *a)* La condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa no es una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida. *b)* Para que se pueda pronunciar esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos, consistentes en que la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación, es necesario que el tribunal valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche



necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado (haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia), ya el de mera actividad (haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado, etc.). c) No se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social, y, al fin, a la sociedad, y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable.

**Concurso de acreedores. Responsabilidad por déficit concursal y responsabilidad por daños y perjuicios: diferencias.**—Las responsabilidades por déficit concursal y la derivada de la acción de indemnización de daños previstas en la Ley Concursal son diferentes, tanto por razón de su objeto, como del presupuesto subjetivo. En concreto: la responsabilidad concursal es de naturaleza resarcitoria, que se anuda no sólo a la conducta de haber obtenido indebidamente bienes y derechos del patrimonio del deudor, antes del concurso, o recibido de la masa activa, después del concurso, sino aquellas otras conductas que pueden dar lugar a exigir daños y perjuicios causados a la sociedad por dolo o culpa grave. Tal responsabilidad alcanza no solo a las personas afectadas por la calificación de culpable del concurso, sino también a los posibles cómplices, responsabilidad que no les alcanza a éstos por el déficit concursal. Cómplices que, en la actualidad, pueden no ostentar la condición de acreedores. (STS de 14 de julio de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Declarado el concurso voluntario de la mercantil P. U., S. L. por auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián, la administración concursal y el Ministerio Fiscal, como legitimados, y la Tesorería General de la Seguridad Social, como coadyuvante, solicitaron la calificación de culpabilidad, por los siguientes motivos: por incumplimiento sustancial de los deberes contables, al no haber aportado los libros de contabilidad obligatorios y no haber elaborado las cuentas anuales correspondientes; por incumplimiento por la concursada del deber de colaboración con la administración concursal, al no haber aportado documentación esencial; por no haber depositado las cuentas y por retraso en la solicitud del concurso. Las partes señalaron como personas afectadas por la declaración de culpabilidad a los administradores sociales de la concursada, don N. y don V. M. El Juzgado declaró culpable el concurso por incumplimiento sustancial de los deberes contables y por retraso en la solicitud de concurso, y personas afectadas por tal calificación, a los Sres. V. M. y N. a los que condenó a inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a terceros, durante dos y cinco años, respectivamente; a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran en el concurso; y, en concepto de daños y perjuicios, al pago de los créditos nacidos a partir de cierta fecha, que resultaran impagados en todo o en parte. Recurría en apelación por el Sr. V. M. y por la Tesorería General de la Seguridad Social, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa dictó una primera sentencia, en la que des-

estimó el recurso de apelación de la TGSS, por no considerarla legitimada para recurrir, al no haberlo hecho la administración concursal y el Ministerio Fiscal, igualmente, desestimó el recurso del Sr. V. M. Dicha sentencia fue declarada nula con devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial, para que resolviera también el recurso de apelación interpuesto por la TGSS. La Audiencia Provincial de Guipúzcoa dictó nueva sentencia, objeto de la casación, en la que mantuvo la desestimación del recurso del Sr. V. M. y estimó parcialmente el recurso de la TGSS, en el sentido de ampliar la condena a la indemnización de daños y perjuicios, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)



# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LXX, 2017

## FASCÍCULO I enero-marzo

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA: «El contador-partidor dativo: algunas claves sobre su escaso arraigo práctico y sobre su regulación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria» .....	5
Esther GÓMEZ CALLE: «La pluralidad de deudores: análisis de Derecho comparado» .....	79
María José SANTOS MORÓN: «La imputación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores: el artículo 148 TRLC» .....	119
Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA: «Ser o no ser español, esa es la cuestión: criterios de interpretación, e integración, en materia de nacionalidad y extranjería» .....	165
Estudios jurisprudenciales	
Juan María DÍAZ FRAILE: «La calificación de los documentos judiciales en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria» .....	217
Bibliografía	
<b>LIBROS</b>	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
AUER, Marietta: «Der privatrechtliche Diskurs der Moderne», por Francisco J. Andrés Santos .....	253
BOSCH CAPDEVILA, Esteve/DEL POZO CARRASCOSA, Pedro/VAQUER ALOY, Antoni: «Teoría general del contrato. Propuesta de regulación», por Laura Zumaquero Gil .....	257
SCHERPE, Jens M. (ed.): «European Family Law», por Sergi Morales Martínez .....	261
<b>REVISTAS ESPAÑOLAS</b>	
A cargo de: Isabel ARANA DE LA FUENTE .....	267

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Isué VARGAS BRAND .....	291
--	-----

## FASCÍCULO II

### abril-junio

## Estudios monográficos

Christian VON BAR: «Cuestiones fundamentales para la comprensión del Derecho Europeo de Cosas» .....	353
Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN: «Pluralidad de acreedores y modernización del Derecho de obligaciones y contratos» .....	397
Nieves FENOY PICÓN: «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos» .....	473

## Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea

Por Marta OTERO CRESPO .....	787
------------------------------	-----

## Bibliografía

**LIBROS**

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO

DE ROMÁN PÉREZ, Raquel (coord.): «Propiedad Intelectual en las Universidades Públicas», por Concepción Saiz García .....	841
MUÑOZ ESPADA, Esther: «El deterioro del mercado hipotecario y la necesidad de su reconstrucción. Aportación desde el Derecho europeo», por Fernando Moreno Mozo .....	844
WUDARSKI, Arkadiusz (ed.): «Das Grundbuch im Europa des 21. Jahrhunderts», por Bruno Rodríguez-Rosado .....	845

**REVISTAS EXTRANJERAS**

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Alma M. <sup>a</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN .....	849
--	-----

## 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, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ .....	885
--	-----

### FASCÍCULO III julio-septiembre

#### Estudios monográficos

Antonia NIETO ALONSO: «Derecho de vecindad: la tutela del Derecho civil frente a inmisiones «medioambientales» ilícitas» .....	959
Carmen Leonor GARCÍA PÉREZ: «El contenido del contrato y la determinación del precio en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC)» .....	1073
Francisco DE ELIZALDE IBARBIA: «Una aproximación española y europea al contenido del contrato. Reflexiones a la luz de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos» .....	1139
Antonio J. VELA SÁNCHEZ: «Irrevocabilidad, nulidad y extinción de la adopción» .....	1197

#### Bibliografía

##### LIBROS

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
EBERS, Martin: «Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht», por Sandra Camacho Clavijo .....	1261
RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Usufructo, uso y habitación», por Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla .....	1263
OLIVA IZQUIERDO, Antonio Manuel: «La nueva coordinación Registro-Catastro», por Jacobo Fenech Ramos .....	1271

##### REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE .....	1275
-------------------------------------	------

#### Jurisprudencia del Tribunal Supremo

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO, Isué VARGAS BRAND .....	1313
--	------

### FASCÍCULO IV octubre-diciembre

#### Estudios monográficos

M. <sup>a</sup> del Carmen GARCÍA GARNICA: «La guarda como medida de protección de menores y personas con discapacidad tras su reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia» .....	1375
Marta PÉREZ ESCOLAR: «La necesaria renovación del Derecho de Fundaciones. ¿reforma o derogación de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre?» ...	1423

	<u>Pág.</u>
Gonzalo SEVERIN FUSTER: «La nulidad absoluta en los <i>Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos</i> . Sobre su inclusión en el texto y sus causales» .....	1483
<b>Estudios legislativos</b>	
Verónica NEVADO CATALÁN: «El interés superior del menor maduro en situación de grave riesgo: entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida» .....	1543
<b>Vida jurídica</b>	
Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ: «Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el Derecho europeo, 11 y 12 de julio de 2017, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)» .....	1575
<b>Crónica de legislación y jurisprudencia de la Unión Europea</b>	
Por Marta OTERO CRESPO .....	1613
<b>Bibliografía</b>	
<b>REVISTAS EXTRANJERAS</b>	
Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Sebastián LÓPEZ MAZA, Alma M.ª RODRÍGUEZ GUITIÁN .....	1703
<b>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional</b>	
<b>SENTENCIAS (AÑO 2016)</b>	
Por Ramón CASAS VALLÉS, Antonio RUIZ ARRANZ, Ana María SANZ, Agustín SERRANO DE HARO, Roberto SIERRA GABARDA, Carles VENDRELL CERVANTES .....	1735
<b>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</b>	
<b>SENTENCIAS</b>	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Isué VARGAS BRAND .....	1789







# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

## Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)  
Catedrático de Derecho civil

## Dirección

MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS  
Letrado de la DGRN, Profesor Titular de Derecho civil.  
Universidad Complutense de Madrid  
ANTONIO MANUEL MORALES MORENO  
Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid

## Secretaría

NIEVES FENOY PICÓN  
Profesora Titular de Derecho civil (acreditada como Catedrática Universidad).  
Universidad Autónoma de Madrid

## Consejo de Redacción

MARIANO ALONSO PÉREZ Catedrático de Derecho civil. Universidad de Salamanca	FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS Notario
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ Catedrático de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid	MANUEL OLIVENCIA RUIZ Catedrático de Derecho mercantil. Universidad de Sevilla
JORGE CAFFARENA LAPORTA Catedrático de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid	FERNANDO PANTALEÓN PRIETO Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid
GABRIEL GARCÍA CANTERO Catedrático de Derecho civil. Universidad de Zaragoza	ANTONIO PAU PEDRÓN Registrador de la Propiedad
ANTONIO GORDILLO CAÑAS Catedrático de Derecho civil. Universidad de Sevilla	JOSÉ POVEDA DÍAZ Registrador de la Propiedad
VICENTE GUILARTE ZAPATERO Catedrático de Derecho civil. Universidad de Valladolid	LUIS PUIG FERRIOL Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Barcelona
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS Catedrático de Derecho civil. Universidad de Alcalá de Henares	IGNACIO SOLÍS VILLA Notario
JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ Notario	TEODORA F. TORRES GARCÍA Catedrática de Derecho civil. Universidad de Valladolid
JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid	EVELIO VERDERA Y TUELLS Catedrático de Derecho mercantil. Universidad Complutense de Madrid

Colaboran en las tareas de redacción: Lis Paula San Miguel Pradera, Profesora Titular de Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid; Máximo Juan Pérez García, Profesor Titular de Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid; y Beatriz Gregoraci Fernández, Profesora Contratada Doctora de Derecho civil (acreditada como Profesora Titular Universidad), Universidad Autónoma de Madrid.

## ÍNDICE DEL ANUARIO DE DERECHO CIVIL 2017, FASCÍCULO IV

	Pág.
Estudios monográficos	
M. <sup>a</sup> del Carmen GARCÍA GARNICA: «La guarda como medida de protección de menores y personas con discapacidad tras su reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia» .....	1375
Marta PÉREZ ESCOLAR: «La necesaria renovación del Derecho de Fundaciones, ¿reforma o derogación de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre?».....	1423
Gonzalo SEVERÍN FUSTER: «La nulidad absoluta en los <i>Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos</i> . Sobre su inclusión en el texto y sus causas».....	1483
Estudios legislativos	
Verónica NEVADO CATALÁN: «El interés superior del menor maduro en situación de grave riesgo: entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida».....	1543
Vida jurídica	
Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ: «Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el Derecho europeo, 11 y 12 de julio de 2017, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)» .....	1575
Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea	
Por Marta OTERO CRESPO.....	1613
Bibliografía	
<b>REVISTAS EXTRANJERAS</b>	
Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Sebastián LÓPEZ MAZA, Alma M. <sup>a</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN.....	1703
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
<b>SENTENCIAS (AÑO 2016)</b>	
Por Ramón CASAS VALLÉS, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Ana María SANZ, Agustín SERRANO DE HARO, Roberto SIERRA GABARDA, Carles VENDRELL CERVANTES .....	1735
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
<b>SENTENCIAS</b>	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Isué VARGAS BRAND .....	1789