

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXI FASCÍCULO II

Abril-junio, 2018



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Y PARA LAS ADMINISTRACIONES
TERRITORIALES

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO
DE
DERECHO
CIVIL

Tomo LXXI
Fascículo II

2018

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 85,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 25,00 € (más gastos de envío).

PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Los *originales*, necesariamente inéditos hasta el momento de su publicación en el *Anuario de Derecho Civil*, pueden enviarse a Antonio Manuel Morales Moreno, Codirector de la Revista, o a Nieves Fenoy Picón, Secretaria. El envío puede hacerse a sus respectivas direcciones de correo electrónico (antonio.morales@uam.es; nieves.fenoy@uam.es), o a la dirección postal de ambos en la Universidad Autónoma de Madrid (Facultad de Derecho, calle Kelsen, 1, 28049 Madrid). El envío postal incluirá el soporte informático.

Los trabajos recibidos serán sometidos a un proceso de *evaluación*, realizado por especialistas independientes, antes de decidir su publicación. El autor será adecuadamente informado.

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 97 / 84

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

tienda@boe.es

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXI, FASCÍCULO II
Abril-junio, 2018

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Y PARA LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES

Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2018

<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.

IN MEMORIAM

Manuel Olivencia

El 4 de enero pasado falleció en Sevilla el Profesor D. Manuel Olivencia Ruiz. La importancia del Prof. Olivencia en el devenir de los acontecimientos y en los cambios en los ámbitos en los que desarrolló su actividad es de tal magnitud que hace inútil cualquier esfuerzo por darle a conocer. Todo el mundo conoce cual ha sido la extraordinaria aportación del egregio maestro en los campos diversos en que desarrolló su actividad.

Ante la idea de escribir algo que manifieste el sentimiento producido por su pérdida surge ante todo la visión de una vida extraordinariamente creativa y llena de generosidad para todos. No es de extrañar, por ello, que ya, mientras estuvo en vida, han sido muchos los trabajos publicados en diferentes libros y revistas que han descrito desde los puntos de vista más dispares la vida y los méritos del Profesor, poniendo al alcance de todos un conocimiento completo de la vida del maestro.

No es posible, por tanto, descubrir las aportaciones impresionantes que llevó a cabo el Prof. Olivencia, pues es sobradamente conocido lo mucho y bueno que hizo y que le presentan merecidamente como un gran hombre de nuestro tiempo.

Su personalidad única se manifiesta en todos los ámbitos en que desarrolló su actividad.

Se trata, sin duda, de una personalidad muy destacada en la ciudad en que ha vivido, en Sevilla. Esto es evidente; pero limitar a ese ámbito geográfico la proyección de su figura sería absurdo, puesto que la figura del Prof. Olivencia se impone a nivel nacional y también en el ámbito internacional en las áreas en las que desarrolló su actividad.

Nació el 25 de junio de 1929 en Ronda, donde aprendió las primeras letras y cursó el bachillerato en el Instituto Nacional de Segunda Enseñanza. Aunque la raigambre de su familia procedía de Ceuta, él siempre mantuvo una relación especial con la ciudad que le vio nacer.

Realizó sus estudios de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla y entre los profesores que más contribu-

ieron a su formación hay que mencionar a D. Francisco de la Hoz, Director de la Residencia Universitaria Salesiana y el Prof. D. Alfonso de Cossio. Mención aparte merece el Prof. D. Francisco Candil y Calvo al que profesó un gran afecto, que fue su primer maestro en Derecho Mercantil.

Para preparar las oposiciones de cátedra, a la que Olivencia aspiraba, vino a Madrid para trabajar bajo la dirección del maestro D. Joaquín Garrigues y Díaz-Cañabate. Esa vinculación con el maestro Garrigues es fundamental en la vida de Olivencia, que completó su formación con el gran maestro, con el que mantiene una relación muy especial, puesto que no se trata solamente de ser un discípulo del Prof. Garrigues, sino que se forja entre ambos una relación de colaboración y amistad que se conservó e intensificó entre ambos, de manera que Olivencia, por su proximidad al Prof. Garrigues no solo se constituye como el colaborador más estrecho del maestro, sino que viene a ser un elemento esencial de la escuela del Prof. Garrigues, por cuanto actúa como eslabón o paso intermedio que sirve para facilitar la vinculación académica con los posteriores discípulos del maestro, tales como los Profesores Carlos Fernández-Novoa y Manuel Broseta Pont, o en un escalón más, con Rafael Jiménez de Parga y yo mismo.

Garrigues confía plenamente en Olivencia, de tal modo que incluso le encarga la revisión de los Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas. Además, el maestro Garrigues facilita el conocimiento del Prof. Olivencia en el extranjero, al hacerle su colaborador para los trabajos de la entonces recién creada UNCITRAL. Esa proyección al extranjero fue después intensificada con éxito por el propio Olivencia, que es reconocido como eminente mercantilista en los foros internacionales, estableciendo unas relaciones profesionales de la mayor importancia con mercantilistas reconocidos como grandes maestros tales como los Profesores Barrera Graf y Mantilla Molina.

Es también parte esencial de la formación del Prof. Olivencia, su estancia en Colegios Mayores, los más destacados, tales como el Real Colegio de España en Bolonia y el Colegio Mayor Cesar Carlos de Madrid, donde convive con jóvenes de su edad que en general tienen un prestigio notable en la universidad española.

Con el Colegio Español de Bolonia mantuvo siempre una magnífica e intensa relación, igual que ocurrió con el Colegio Mayor Cesar Carlos del que fue Rector (1958/60).

En Bolonia presenta su tesis doctoral bajo la dirección del Prof. Av. Enrico Redenti, con el título *La cambiale come titolo esecutivo*, y participa también en los ejercicios prácticos del Prof. Walter Bigiavi.

De D. Joaquín heredó su preocupación por el lenguaje. No sólo escribía en un lenguaje correcto, sino que cuando se redactaban textos entre varios autores, él revisaba el texto y hacía modificar las expresiones que no eran totalmente adecuadas.

Esa preocupación se materializa en momentos especiales; en el discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Buenas Letras que titula *Claridad y precisión en el lenguaje de Joaquín Garrigues* y el discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España lo titula *La terminología jurídica de la Reforma Concursal*. Su discurso de recepción en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia lo dedicó a la *Nacionalidad e internacionalidad del Derecho mercantil* (1993)

Obtiene por concurso oposición, la cátedra de Sevilla en el año 1960 y a partir de ese momento lleva a cabo una actuación continua e intensa, como demuestra el hecho de que crea su propia escuela, con discípulos que ocupan en su mayor parte las Cátedras de Derecho mercantil de Andalucía, así como alguna cátedra de importancia especial como la que ha ocupado el Prof. Rafael Illescas en la Universidad Carlos III.

Pero su intensa actividad docente no le impide actuar como abogado especialmente brillante y desarrollar su trabajo con una dedicación total. Había muchas épocas en que en una misma semana realizaba dos o tres viajes a Madrid, ida y vuelta.

Trabaja como abogado y también en numerosos arbitrajes, puesto que las partes confían siempre en la dedicación y extraordinario prestigio del Prof. Olivencia.

Lo asombroso es que, aun con la extraordinaria actividad que desarrolla, tiene tiempo para publicar trabajos sobre temas importantes y con sólida fundamentación, unos ciento sesenta y cinco títulos sobre los temas mas diversos, que han sido recopilados en cinco volúmenes que equilibran en cierto modo los cinco tomos del libro homenaje que se le ofrece en el año 2005.

Sus primeros trabajos ya ponían de manifiesto como el Prof. Olivencia se interesaba especialmente por temas difíciles, poco estudiados por la doctrina, pero que incidían en temas de gran importancia práctica. Son obras pioneras en sus temas *La compensación en la quiebra y el artículo 926 del Código de comercio* (ADC 1988) y *La inscripción del comerciante individual en el Registro Mercantil* (1999).

Desde el año 1976 fue Vocal permanente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y hay que decir que desde su nombramiento ha asistido con asiduidad a todas las reuniones y ha participado en los trabajos de la Sección, con

una dedicación admirable, mas propia de un joven meritorio que la de una figura consagrada al mas alto nivel.

En ese puesto de Vocal de la Comisión General de Codificación ha tenido a su cargo, como presidente de una ponencia, la redacción de los artículos dedicados a delimitar la materia mercantil que regula la propuesta de Código mercantil, y en esa tarea, difícil, ha tenido que realizar grandes esfuerzos, puesto que como consecuencia de las discusiones sobre esa materia básica para la propuesta de Código tuvo que cambiar la redacción de los preceptos, tres o cuatro veces, por lo menos. Y la gran aportación que Olivencia ha hecho en ese trabajo es que ha podido redactar unos artículos que delimitan la materia mercantil modernizando, como era indispensable, la idea que rige la nueva regulación mercantil. La aportación de Olivencia sobre este tema la expuso en la que denominó *Lección primera sobre el concepto de la asignatura*.

También fue nombrado Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Leyó su discurso con el título *La terminología jurídica de la reforma concursal* el 7 de noviembre de 2005, dándole la contestación el Prof. Aurelio Menéndez.

Hay cuestiones de la mayor importancia para el Derecho mercantil, que dieron lugar a innovaciones fundamentales que tuvieron lugar y fueron posibles gracias a la intervención del Prof. Olivencia. Cambios esenciales y decisiones que impulsan y completan los resultados en la Real Academia, que crean diversos supuestos vinculados a su condición de Académico de número.

Gracias a la iniciativa y a la dedicación del Prof. Olivencia se logra establecer una regulación legal de la materia concursal. Para valorar esta aportación debe recordarse que la materia concursal no había podido regularse durante un período superior a un siglo, por el enfrentamiento entre dos escuelas contrapuestas, que dieron lugar a un enfrentamiento profesional que hizo imposible la regulación legal en todo lo relativo al concurso. Pues bien, esta superación de los enfrentamientos dio lugar a la superación de los antagonismos entre escuelas. Puede, pues, afirmarse que fue gracias al Prof. Olivencia como se produjo una regulación en materia concursal, que se manifestó en la Ley General 22/2003, de 9 de julio, concursal. En relación con su aportación fundamental en esa materia, preside el Prof. Olivencia la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal.

Otra materia en la que la figura y la participación del Prof. Olivencia ha sido fundamental fue la constitución de la Comisión Especial para el estudio de un Código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades (Código de Buen Gobierno o Código Olivencia), cuya presidencia correspondió al Prof. Olivencia y que inauguró una

serie de Comisiones que se sucedieron para establecer las normas aplicables a los Consejos de Administración de las sociedades que cotizaban en Bolsa. Esa línea de actuación, a través de sucesivas comisiones se realizó por el éxito que resultó del Primer Código ético, que es conocido habitualmente como *Código Olivencia*.

Junto a esta vorágine de aportaciones de la mayor importancia en el ámbito universitario, profesional y científico, no deja de sorprender que el Prof. Olivencia tuviera el valor de aceptar cargos públicos al máximo nivel y con las consiguientes necesidades de dedicarse a su desempeño. Fue Subsecretario del Ministerio de Educación Nacional con el Ministro D. Carlos Robles Piquer y también asumió el cargo de Comisario General para la Exposición Universal de 1992 en Sevilla, contribuyendo con su dedicación y su prestigio al éxito de la Exposición.

Hay que destacar que su participación en las responsabilidades políticas tuvo lugar como un paréntesis de su vida universitaria y profesional, como aportación a los trabajos dedicados al bien público, de manera que una vez cumplida la misión que se le había encomendado, se reintegró inmediatamente a su mundo universitario y profesional.

Pero donde se percibía mejor la personalidad extraordinaria del Prof. Olivencia era en el conocimiento y el trato con él. Era un magnífico conversador; siempre tenía una palabra amable para los demás; contaba unas anécdotas que provocaban siempre la risa o la sonrisa de quienes las oían y lo que él decía siempre se tenía muy en cuenta por su capacidad para proponer soluciones o reflexiones del mayor interés. En definitiva, una persona inigualable, cuyo trato personal fue un verdadero privilegio para quienes tuvimos la suerte de tener relación con él. Su figura, egregia en todo lo que hizo, constituyó un beneficio inigualable y, por suerte, nos queda su ejemplo, en el recuerdo de todos los que tuvimos la suerte de tratarle personalmente. A quienes no tuvieron esa suerte les queda nuestro testimonio y la obra escrita, que por sí sola demuestra que Olivencia es el autor de una obra indispensable para un conocimiento mínimo de nuestro Derecho mercantil y Derecho privado en general.

Alberto BERCOVITZ
Catedrático de Derecho Mercantil
Académico de número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación
Presidente de la Sección segunda de Derecho mercantil de la
Comisión General de Codificación

Límites a la autonomía de la voluntad en las asociaciones privadas¹

Dra. SARA ZUBERO QUINTANILLA

Acreditada como Profesora ayudante doctora, ANECA
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El objeto del presente trabajo es determinar si en la organización de las asociaciones privadas opera el principio de autonomía de la voluntad de sus miembros de manera absoluta o si cabe el reconocimiento de límites a dicho principio. Límites que pueden fundamentarse en la protección de los intereses de los asociados, o posibles asociados, a fin de evitar que se produzcan discriminaciones arbitrarias e injustificadas en sus derechos, como la admisión o expulsión. En este sentido, tiene especial relevancia traer a colación el estudio de la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

PALABRAS CLAVE

Asociaciones privadas, autonomía de la voluntad, derechos fundamentales, no discriminación

ABSTRACT

The goal of this study is to determine if in the hierarchy of private partnerships the principle of autonomic will of their members is put into practice in an absolute manner or if, on the other hand, the acknowledgement of limi-

¹ Trabajo realizado en el marco del proyecto DER2014-52252-P desarrollado en la Universidad de Zaragoza, bajo la dirección de la Dra. M.^a Ángeles Parra Lucán, con título «Análisis de las fronteras de la autonomía privada en el Derecho Civil», y en el Grupo de Investigación Consolidado: «Autonomía de la voluntad en el Derecho privado» (AUDE-PRIV S110, Gobierno de Aragón y Unión Europea-Fondo Social Europeo), dirigido también por la Dra. M.^a Ángeles Parra Lucán.

tations to such principle is taken into consideration. These limitations can be based on the protection of the interests of the partners, or possible partners, in order to avoid arbitrary or unjustified discriminations to their rights, such as it pertains to the hiring or termination processes, for example. With this in mind, it has significant relevance to bring up the study of their fundamental rights as it pertains to members' relationships.

KEY WORDS

Private partnerships, Autonomy of will, Fundamental rights, Nondiscrimination.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El derecho de autoorganización de las asociaciones.*—III. *Limitaciones a la libre organización de las asociaciones privadas.* 1. El principio democrático regulado en el artículo 2.5 de la LODA. 2. Límites a las cláusulas estatutarias redactadas a consecuencia de la autonomía de la voluntad de los asociados. 2.1. Límites a la inadmisión de nuevos miembros. 2.2. Límites a la exclusión de los asociados sin causa justificada.—IV. *El reconocimiento de la protección de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares.* 1. La eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales entre particulares frente a la eficacia vertical de los mismos respecto de los poderes públicos. 2. La intervención de los poderes públicos en el contenido estatutario de las asociaciones basado en su autonomía de la voluntad.—V. *Ponderación de la primacía del derecho de autoorganización de las asociaciones frente a la protección de otros Derechos Fundamentales de los asociados o potenciales asociados.*—VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*—VIII. *Jurisprudencia.*

I. INTRODUCCIÓN

Las asociaciones en las que, principalmente, se centra este estudio son aquellas que no tienen un fin lucrativo y que no están sometidas a un régimen asociativo específico, como poseen, entre otras, los partidos políticos, los sindicatos, las iglesias o las asociaciones de consumidores, que se regulan por medio de leyes especiales². La legislación general aplicable a las asociaciones privadas no lucrativas es el artículo 22 de la Constitución Española, en adelante CE, y la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación³, en adelante LODA.

² Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J., FERNÁNDEZ FERRERAS, G., 2002, pp. 47 y ss, MORA ALARCÓN, J. A., 2005, pp. 297 y ss.

³ Artículo 1 LODA: «1. La presente Ley Orgánica tiene por objeto desarrollar el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución y establecer aque-

En línea con lo anterior, no trataremos en este trabajo la regulación de las sociedades con ánimo de lucro que se rigen por lo dispuesto en el Código Civil y en el Código de Comercio, así como por normas especiales, como el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, derogadas ambas tras la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2010. La LODA excluye de su ámbito de aplicación, entre otras entidades, las que se rigen por el contrato de sociedad⁴.

El fin último de nuestro análisis es determinar si cabe reconocer, en el ámbito de las asociaciones privadas, la existencia de límites a la libertad que tienen sus miembros, al operar el principio de autonomía de la voluntad en las relaciones entre particulares⁵, para configurar la organización interna de las asociaciones (ej. inadmisión y exclusión de sus miembros). No hay que olvidar que quedan expresamente prohibidas las manifestaciones discriminatorias de cualquier tipo, y así se contempla en el artículo 14 de la CE⁶.

Como comprobaremos en el desarrollo de nuestra exposición, el reconocimiento de límites a la autonomía de la voluntad de los asociados, en la esfera autoorganizativa del derecho de asociación, se encuentra estrechamente vinculado con la eficacia de los dere-

llas normas de régimen jurídico de las asociaciones que corresponde dictar al Estado. 2. El derecho de asociación se regirá con carácter general por lo dispuesto en la presente Ley Orgánica, dentro de cuyo ámbito de aplicación se incluyen todas las asociaciones que no tengan fin de lucro y que no estén sometidas a un régimen asociativo específico...».

⁴ No obstante, cabe señalar que para autores como PÉREZ ESCALONA, S., 2007, pp. 79-80, el análisis de la sociedad como fenómeno organizativo causalmente neutral conlleva que las nociones de sociedad y asociación, tradicionalmente enfrentadas en atención a la índole lucrativa o no de su finalidad, no puedan continuar siendo estudiadas como fenómenos agrupacionales antitéticos, dotados de regímenes excluyentes. Para esta autora, la asociación *lato sensu* puede entenderse como la forma o tipo básico de las sociedades estatutarias que cuando queden sometidas, *estricto sensu*, a la legislación específica de asociaciones, por carecer de capital social, deberá perseguir una finalidad diferente de la lucrativa, lo que no excluye la realización de actividades económicas como medio para la realización del fin común. Además, la autora afirma que la caracterización de la asociación como sociedad corporativa no capitalista, permite abrir el debate sobre la posibilidad de aprovechar el caudal dogmático de las soluciones aportadas por el derecho de sociedades de capital como mecanismo integrador de lagunas del régimen jurídico de la asociación, ubicando la investigación del tipo en la perspectiva contractual que le es propia.

⁵ Siguiendo a PARRA LUCÁN, M. A., 2016, p. 32, las limitaciones a la autonomía deben respetar el contenido de otras libertades o de derechos constitucionales (como el derecho de asociación), que son a su vez expresiones del mismo principio de autonomía y que, además, gozan de una específica salvaguarda constitucional. De ahí se deriva que la eficacia de los derechos fundamentales para limitar la autonomía privada deba tener en cuenta el ámbito concreto en que esta se ejerce. Las limitaciones de la autonomía vienen justificadas especialmente cuando existe una situación de desigualdad.

⁶ Artículo 14 CE: «*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*».

chos fundamentales y con el principio de no discriminación⁷. En este contexto valoraremos el posible control que desde los poderes públicos puede hacerse de las afecciones a los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones entre particulares.

II. EL DERECHO DE AUTOORGANIZACIÓN DE LAS ASOCIACIONES

Nuestra Constitución reconoce, en su artículo 22⁸, el derecho de asociación. Este derecho contiene, principalmente, la facultad de los asociados a crear o formar parte de asociaciones o dejar de pertenecer a ellas. Sin embargo, en relación al tema que nos ocupa, vamos a centrarnos en analizar el derecho de organización, o autoorganización, de las asociaciones privadas, que también se encuentra comprendido en el derecho de asociación. Derecho de autoorganización reconocido expresamente en la doctrina jurisprudencial a partir de la STC 218/1988, de 22 de noviembre, cuando en sus fundamentos derecho señala:

«... el derecho de asociación, reconocido en el art. 22 de la Constitución, comprende no sólo el derecho a asociarse, sino también el de establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo dentro del marco de la Constitución y de las leyes que, respetando el contenido esencial de tal derecho, lo desarrollen o lo regulen (art. 53.1)...», «los Tribunales, como todos los poderes públicos, deben respetar el derecho fundamental de asociación y, en consecuencia, deben respetar el derecho de autoorganización de las asociaciones que... forma parte del derecho de asociación...».

La autoorganización supone que los miembros de las asociaciones son libres a la hora de elaborar sus estatutos, de acuerdo con sus preferencias. Por consiguiente, podrán decidir los derechos y deberes de los asociados, así como el modo de acceso a la asocia-

⁷ Tal como indica GÓMEZ MONTORO, A. J., 2004, pp. 34-35, el derecho de asociación constituye un buen ejemplo de la incidencia de la Constitución en este ámbito del derecho, incidencia que no puede significar el sacrificio del principio de autonomía, que no solo está en la base, sino que es, al mismo tiempo, una de las exigencias fundamentales de la Constitución. Debe huírse de un uso inflacionista de los derechos fundamentales. Pero al mismo tiempo, la explicación de los fenómenos asociativos en el derecho privado no puede hacerse, sin más, desde la teoría de los contratos, del negocio jurídico o de la tipología de las personas jurídico-privadas, pues se trata también del ejercicio de un derecho fundamental.

⁸ Artículo 22 CE: «1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar».

ción y las circunstancias o supuestos que pueden suponer la exclusión de los asociados⁹.

No obstante, tal como afirma el Tribunal Constitucional en la sentencia anteriormente citada, el derecho de autoorganización no es absoluto¹⁰, sino que ha de respetar la CE y lo establecido en las leyes¹¹. En consecuencia, el derecho de los asociados a autoorganizarse está sujeto a límites¹². Afirmación que nos lleva a analizar en los siguientes epígrafes el alcance de los mismos¹³.

Además, junto con lo anterior, cabe señalar que el derecho de asociación, que hasta la aprobación de la LODA no había tenido otra regulación que la de la ley preconstitucional 191/1964, de 24 de diciembre, de asociaciones, no impidió la aplicación directa, por jueces y Tribunales, del artículo 22 de la CE que lo consagra. Hoy su desarrollo, mediante Ley Orgánica, configura un nuevo marco normativo que debe ser tenido en cuenta en su ejercicio¹⁴.

⁹ En este sentido ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1997, pp. 167-168.

¹⁰ Es razonable afirmar con SALVADOR CODECH, 1997, p. 18, que tanto en el Derecho privado como en el público, la libertad es inconcebible si no se limita el poder, público o privado, y se impiden sus excesos.

¹¹ Como señala el fundamento de derecho primero de la STC 218/1988: «... los Tribunales, como todos los Poderes públicos, deben respetar el derecho fundamental de asociación y, en consecuencia, deben respetar el derecho de autoorganización de las asociaciones que, como antes se ha dicho, forma parte del derecho de asociación. Ello supone que las normas aplicables por el Juez eran, en primer término, las contenidas en los estatutos de la asociación, siempre que no fuesen contrarias a la Constitución y a la ley».

¹² En este sentido, la STC 104/1999, de 14 de junio de 1999 (BOE núm. 162, de 08 de julio de 1999), en su fundamento de derecho segundo, señala: «El reconocimiento constitucional del derecho de asociación supone así la confirmación -y subsiguiente garantía- de la libertad que tienen los ciudadanos para fundar y participar en asociaciones. Ese derecho a asociarse se plasma, no sólo en la libre elección de los fines asociativos, sino también en la disponibilidad de organizarse libremente, sin otro tipo de condicionamientos que los dimanantes de los límites mismos que al efecto prevea el Ordenamiento jurídico. El aspecto central de la libertad de asociación va a situarse, por tanto, en la amplitud y extensión de esos límites, en función de los cuales se concretará la efectividad del derecho y el alcance de la libertad consustancial a su ejercicio. Por ello, esa libertad de asociación, calificada como derecho fundamental en la Constitución dotado como tal de una más intensa protección previa y posterior, no tiene carácter absoluto y colinda con los demás derechos de la misma índole y los derechos de los demás...».

¹³ Siguiendo a PÉREZ ESCALONA, S., 2005, p. 153, el problema de los límites a la libertad de admisión de miembros en las asociaciones parte de que, por regla general, se cubre por la libertad de autoorganización de las asociaciones (arts. 22 CE y 1255 CC) la posibilidad de que los estatutos subordinen la admisión de asociados a determinados requisitos. Tal como advierte GIMÉNEZ GLUCK, D., 2010, p. 148, la ley no puede invadir el contenido esencial del derecho a la autoorganización, ya que de hacerlo incurriría en inconstitucionalidad. Por tanto, los límites que establezca la ley a las cláusulas estatutarias han de ser respetuosos con la autonomía organizativa de las asociaciones, y deben estar basados en principios constitucionales.

¹⁴ Para GONZÁLEZ PÉREZ, J., FERNÁNDEZ FERRERAS, G., 2002, pp. 41-42, con la LODA se dota al derecho de asociación y a las asociaciones resultantes de su ejercicio de un nuevo marco normativo que pone término a una situación de provisionalidad. Dicha ley incorpora una serie de previsiones que excediendo del ámbito reservado a la Ley Orgánica encuentran habilitación constitucional en determinados títulos competenciales que son por ello de aplicación directa en todos los casos.

Por todo lo expuesto será preciso plantear y determinar en nuestra exposición: en qué medida el respeto a la Constitución y a las leyes incide y bloquea el principio de autonomía de la voluntad de los asociados, los supuestos en que es posible reconocer la vulneración de los valores e intereses de las partes susceptibles de protección, y las técnicas que han de utilizarse, así como las fuentes a las que hemos de recurrir, para conseguir este objetivo.

III. LIMITACIONES A LA LIBRE ORGANIZACIÓN DE LAS ASOCIACIONES PRIVADAS

1. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO REGULADO EN EL ARTÍCULO 2.5 DE LA LODA

Antes de centrarnos en el estudio de los límites que, del análisis doctrinal y jurisprudencial, podríamos establecer a consecuencia de colisiones de derechos, es preciso hacer una breve referencia a las disposiciones legales de la LODA que pueden ser interpretadas como un límite legal al derecho de autoorganización de las asociaciones privadas. En este sentido, la citada Ley establece, en su artículo segundo punto quinto¹⁵, que tanto la organización interna como el funcionamiento de las asociaciones han de ser democráticos. A este respecto, en la doctrina no existe una opinión uniforme sobre la interpretación de dicho precepto ya que para un sector de autores esta disposición es imperativa, bloqueando la libertad de autoorganización de las asociaciones, mientras que para otro sector doctrinal, el contenido del precepto no debe suponer un bloqueo de la libre voluntad de la asociación para organizarse, derecho integrado en el derecho fundamental de asociación¹⁶.

¹⁵ Artículo 2.5 de la LODA cuando establece: «*La organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo. Serán nulos de pleno derecho los pactos, disposiciones estatutarias y acuerdos que desconozcan cualquiera de los aspectos del derecho fundamental de asociación*».

¹⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, J., FERNÁNDEZ FERRERAS, G., 2002, pp. 129-131, opinan que la LODA al exigir que la organización y funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos introduce una restricción en la potestad autoorganizadora de las asociaciones que suscita la duda de su constitucionalidad y ello por cuanto en la CE la exigencia del carácter democrático de la organización y funcionamiento se ha limitado a determinadas modalidades asociativas, por lo que si tal exigencia no es sino una limitación del derecho de asociación que, como tal, deben ser interpretadas restrictivamente, fácilmente se comprenden esas dudas de constitucionalidad. A su juicio resulta aventurado dar una respuesta en términos categóricos, máxime cuando esta exigencia, en la medida en que no es detallada por la Ley, permite un amplio margen de decisión a la potestad autoorganizativa. En opinión de DÍEZ PICAZO, L. M., 2003, p. 321, DÍEZ PICAZO, L. M., 2013, p. 358, el apartado 5 del artículo 2 de la LODA ha generalizado una exigencia que la CE solo impone a algunas asociaciones con regímenes especiales, tales como partidos políticos o colegios

En todo caso, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de tratar este tema con ocasión de dos sentencias (STC 173/1998 y STC 135/2006) que planteaban recurso de inconstitucionalidad en relación a dos leyes autonómicas: la Ley Vasca 3/1988, de 12 de febrero, de asociaciones y la Ley Catalana 7/1997, de 18 de junio, de asociaciones. En ambas, entre otros aspectos, se trata la exigencia del requisito de democracia sobre la organización y funcionamiento de todas las asociaciones objeto de ellas. Como resumen de su doctrina, es de resaltar la declaración de inconstitucionalidad que hacen de los preceptos de las leyes autonómicas que prevén tal exigencia por tratarse de una materia reservada a Ley Orgánica y, por tanto, trascender de las que son propias de las Comunidades Autónomas. Por otro lado, es preciso señalar que la STC 133/2006 si bien resuelve un recurso de inconstitucionalidad presentado contra varios preceptos de la LODA, en ella no se entra a valorar el artículo 2 en cuanto que no fue objeto de petición de inconstitucionalidad.

En ese contexto doctrinal de nuestro Alto Tribunal hay que centrarse en las dos sentencias relativas a las leyes autonómicas, pues si bien en ambas, como se ha dicho, se declara expresamente que una determinación como la tratada solo corresponde a Ley Orgánica, y con ello parecería abalarse que en una Ley de esta naturaleza se contuviera tal previsión¹⁷, la sentencia 135/2006

profesionales, que cumplen ciertas funciones públicas o poseen innegable relevancia pública. El autor entiende que no existe razón alguna para exigir la democracia interna a las asociaciones, pues ello es contrario a la libertad de autoorganización. Para GÓMEZ MONTORO, A. J., 2004, pp. 196-197, resulta criticable que la LODA imponga a todas las asociaciones que se rigen por lo dispuesto en ella un régimen de democracia interna y más aún la exigencia de pluralismo. Una exigencia de este tipo, llevada a sus últimas consecuencias, no solo sería contraria al propio pluralismo que se pretende imponer, sino que implicaría una limitación de la libertad de autoorganización y de admisión de socios incompatible con la Constitución. Añade el autor que quizá quepa salvar la constitucionalidad de la ley entendiendo que el artículo 2.5 de la LODA no es un precepto que desarrolle el artículo 22 CE sino una exigencia limitada al tipo asociativo concreto que regula la LODA, no siendo aplicable a otras asociaciones. Por su parte, PÉREZ ESCALONA, S., 2007, pp. 124 y 409, señala que la labor del legislador orgánico debe consistir en completar la obra del constituyente y parece evidente que si, en atención a sus fines, la constitución exige la democracia interna en determinadas modalidades asociativas es porque en el ámbito del reconocimiento genérico del derecho de asociación, la organización y el funcionamiento interno democrático no forma parte del contenido esencial del derecho. La autora considera que el verdadero problema que suscita el principio de democracia interna como requisito constitutivo consiste no tanto en su previsión normativa como en que la doctrina haya pensado que dicho principio constitutivo goza de carácter imperativo. En definitiva, se objeta generalidad e indefinición de la democracia interna pero no se pone de manifiesto que las dificultades que plantea su previsión normativa, incluso la de su propia constitucionalidad, pueden resolverse si se interpreta que dicho principio ha de entenderse como dispositivo para los socios.

¹⁷ STC 173/1998, de 23 de julio, y STC 135/2006, de 27 de abril. En la primera de las sentencias citadas el Tribunal Constitucional, en el punto 13, letra c), de sus fundamentos jurídicos relativo al artículo 2 de la Ley Vasca, dice: «en cambio, la previsión de que «la organización y funcionamiento de las asociaciones sea democrática» contenida en el núm. 4 de este artículo excede la competencia del legislador autonómico. No cabe duda de

introduce una interesante matización. Matización que tiene por objeto constatar que el artículo 22 de la CE nada dice sobre que tal derecho fundamental haya de materializarse en asociaciones organizadas de modo democrático. La sentencia reitera que la libertad de autoorganización está afirmada en el propio artículo 22 CE, y que la propia CE refiere la exigencia democrática a tipos concretos de asociaciones. Por todo ello, se afirma que no parece desprenderse del artículo 2.5 de la LODA una imposición general para todo tipo de asociaciones, sino solo para las que son objeto de dicha Ley Orgánica, ello en tanto que esa Ley no está definiendo, de manera general, un elemento nuclear del derecho¹⁸.

En todo caso, consideramos que con esta matización se trata de salir al paso de las críticas de inconstitucionalidad vertidas sobre el artículo 2.5 de la LODA en cuanto limitador del principio de autonomía de la voluntad que preside el derecho fundamental de asociación. No obstante, no podemos desconocer que la LODA representa el desarrollo de este derecho para el género de asociaciones privadas no lucrativas, donde, en principio, la autonomía de

que este legislador puede regular aquellos aspectos concretos de la organización y funcionamiento de las asociaciones que estime necesarios para preservar bienes constitucionalmente relevantes y siempre que la regulación sea proporcionada a esa finalidad. No obstante, lo que no puede hacer, en tanto que el legislador ordinario, es imponer como condición genérica para la constitución y el reconocimiento de una asociación, como hace el artículo..., un tipo global de organización interna de las asociaciones –por más que del modelo de organización democrática quepan diversas concreciones». En opinión de DE SALAS MURILLO, S., 1999, p. 1268, al comentar la sentencia citada, el Tribunal Constitucional elude pronunciarse sobre la cuestión de fondo, a saber, si tal imperativo de la Constitución (la democracia interna) que se impone solamente a ciertas modalidades asociativas respeta o no el contenido esencial del derecho de asociación en su vertiente de libertad de organización y funcionamiento interno. No obstante, la autora piensa que desde el momento en que el Tribunal Constitucional remite a Ley Orgánica este punto parece aceptar implícitamente que sí podría tomarse una determinación de este tipo en una norma de esa naturaleza. Por su parte BILBAO UBILLOS, J. M., 2006, p. 178, considera que la autonomía estatutaria es de tal calado que permite incluso que una asociación se dote de una organización no democrática. La exigencia constitucional de democracia interna que se impone a una serie de entidades representativas no debería proyectarse indiscriminadamente sobre todas las asociaciones de base asociativa como ha hecho, de forma poco meditada, la Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo reguladora del derecho de asociación. El único límite constitucional es la prohibición de asociaciones secretas y de carácter paramilitar.

¹⁸ Como señala el fundamento de derecho quinto de la STC 135/2006: «sólo el legislador orgánico puede excepcionar (con justificación constitucional suficiente y proporcionada), para asociaciones concretas, la libertad de autoorganización que, sin duda (STC 173/1998, FJ 8), se deriva del art. 22 CE. Lo que significa, pues, que esa excepción únicamente puede contenerse en la ley orgánica y nunca en la ley ordinaria (del Estado o de las Comunidades Autónomas), dado que supone la realización de una función de auténtica concreción constitucional que «solamente las Cortes Generales mediante Ley Orgánica tienen competencia» para desempeñar [STC 173/1998, FJ 13 c)]. Aquí, pues, no se está desarrollando de manera general y abstracta un derecho, sino determinándose una excepción, esto es, limitándose (o incluso suprimiéndose) de manera especial y concreta, para determinadas asociaciones, una libertad que se deriva del derecho reconocido en el art. 22 CE. En consecuencia, el art. 2.5 LODA hay que considerarlo como una excepción y no como una regla general».

la voluntad opera con mayor fortaleza e impone mínimas limitaciones. De ahí que, sin perjuicio de reconocer las dificultades que puede plantear una exigencia de esta naturaleza en la organización interna de asociaciones netamente privadas¹⁹, su operatividad, en la autoorganización de aquellas, debe ser ponderada en relación al interés público que puede inspirar esas asociaciones para no suprimir el principio de libertad individual que preside el derecho de asociación. De este modo, habría de entenderse el principio de democracia como un fomento de la participación del socio más efectivo posible y no tanto como la imposición de un sistema determinado de organización de las mismas²⁰.

No podemos obviar que, previamente a la plasmación legal de la exigencia democrática en la organización y funcionamiento de las asociaciones que de forma expresa se incorpora en la LODA, el orden público había servido de referente para fijar límites a la autonomía de la voluntad de los particulares²¹. Límites que tras la

¹⁹ Como apunta CÁMARA LAPUENTE, S., 2008, p. 678, a la luz del silencio del artículo 22 CE por contraste con la imposición de los artículos 6, 7, 36 y 52 acerca de partidos políticos, sindicatos, asociaciones empresariales, colegios profesionales y organizaciones profesionales, resulta evidente, en buena técnica jurídica, que otras asociaciones no cualificadas no están sometidas a ese imperativo constitucional de democracia interna. El propio Tribunal Constitucional en su sentencia 135/2006, no ha podido sustraerse a manifestar su incomodidad con el artículo 2.5 de la Ley Orgánica, y en un poco convincente «*sí pero no*» trata de salvar su constitucionalidad como una excepción que ha de interpretarse constitucionalmente y, por tanto, no extensible a cualquier tipo de asociación.

²⁰ Siguiendo a BARREIRO CARBALLAL, L., 2008, pp. 65-67, la exigencia de una organización democrática no puede imponerse a todas las asociaciones sin distinción, con independencia de cuál sea la relevancia o el interés público que tengan, pues las reglas y valores democráticos son un principio político de ordenación propio del Estado no trasladable sin más a todas las actividades y organizaciones sociales. No obstante, la reconocida autonomía asociativa no puede ser extendida al extremo de permitir que sea contraria a la función propia de las asociaciones y que no es otra que el desarrollo de la personalidad humana. Por lo que un aspecto fundamental que no puede ser obviado es que las asociaciones deben fomentar la participación democrática de sus socios y voluntarios en el diseño de sus fines y medios.

²¹ Como señala Díez PICAZO, L., 1993, p. 432, lo que el Código Civil llama orden público es la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales o rectores. Aun a falta de normas legales expresamente imperativas, las materias relativas al orden público quedan sustraídas a la disponibilidad de los particulares. Para LÓPEZ AGUILAR, J. F., 2012, pp. 34-35, los derechos fundamentales están delimitados por la disponible e irrenunciable consagración constitucional de la dignidad personal. Se llega así a un nuevo concepto de orden público constitucional, que es la realización simultánea de los derechos y libertades de todos. Ningún derecho es ilimitado en la medida que todos están fundados y fundamentados por la CE. Todo ello obliga a una relectura del principio general de libertad a fin de comprender cómo se despliegan y actúan hoy constitucionalmente la libertad contractual, la libertad negocial y, por tanto, la capacidad de obligar de la autonomía de la voluntad no solo en cuanto a su eficacia vertical, sino también en el ámbito horizontal (la *drittwirkung*) de su eficacia vinculante ante la fuerza de obligar de los negocios lícitos entre particulares. Por su parte, PARRA LUCÁN, M. A., 2016, pp. 40-41, indica que el orden público, como síntesis de los límites que se imponen a la autonomía atiende a varias razones: no discriminación, protección de menores, del consumidor, de la libre competencia, de valores constitucionales o ambientales, entre otros. Como afirma la autora, es razonable que si la autonomía privada requiere en algún momento de la tutela del Estado

aprobación de la citada Ley se verían reforzados con la expresa referencia al principio democrático que en la misma se hace en lo relativo a la organización y funcionamiento de las asociaciones²².

Por ello, podríamos entender que con la referencia a la democracia, hecha por la Ley Orgánica de asociaciones, lo único que se hace es aplicar un principio que deriva directamente de la Constitución del que no quedan exentos determinados ámbitos de la actividad ejercida en la sociedad, cuál sería el de las asociaciones. No se puede negar que los estatutos, norma que rige el funcionamiento de las asociaciones privadas, tienen como límite a su contenido la Constitución y la Ley, sin que ello suponga no ser respetuoso con la autonomía privada que rige el derecho fundamental de asociación²³. En definitiva, pensamos que esta referencia a la democracia ha de ser entendida como un requerimiento de respeto a las opiniones diversas que en su seno puedan surgir por parte de los socios, siempre y cuando tales divergencias no contradigan el propio fin que inspira a la asociación y puedan, por ello, ser entendidas como un ataque directo a sus propios fundamentos²⁴. De esta manera, se impediría el conflicto con otros derechos fundamentales del individuo, como el de la libertad de expresión, evitando la adopción de medidas disciplinarias para el disidente.

para imponerse, este solo se muestre dispuesto a prestársela a aquellas expresiones de voluntad o de libertad que no contraríen los valores del propio ordenamiento jurídico.

²² Tal como advierte QUESADA SÁNCHEZ, A. J., 2008, pp. 353 y ss., el respeto a los derechos fundamentales parece una cuestión de orden público a la hora de referirnos a los pactos asociativos siempre dentro de unos esquemas lógicos y razonables. El autor considera que la necesidad de una organización interna democrática, como de un efectivo funcionamiento democrático de las asociaciones, tras la aprobación de la LODA, permiten dar mayor relevancia a los límites de la autonomía de la voluntad desde el ámbito de la Ley.

²³ De acuerdo con GIMÉNEZ GLUCK, D., 2010, pp. 148-150, la Ley y la Constitución, tal como señala el TC, son los límites del derecho a la autoorganización, sin perjuicio de que la Ley no pueda invadir el contenido esencial de ese derecho para no incurrir en inconstitucionalidad. Por lo que los límites que se establezcan en la Ley a cláusulas estatutarias han de ser respetuosos con la autonomía organizativa de las organizaciones y estar basados en principios constitucionales. Lo que no excluye que una supuesta vulneración del principio democrático supondría, a su vez, una vulneración de determinados derechos individuales de los socios que encuentran igualmente protección en el derecho de asociación, por ser parte integrante del contenido esencial del mismo.

²⁴ Como indica MARÍN LÓPEZ, J. J., 1996, pp. 494-495, al comentar la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1995, la necesidad que en ella se manifiesta de que las asociaciones privadas observen un comportamiento democrático no puede interpretarse en el sentido de que se doten por fuerza de una estructura y funcionamiento internos democráticos, al modo previsto en los artículos 6, 7 y 52 de la CE, pues tal exigencia no se encuentra establecida en el artículo 22 de la CE para las asociaciones comunes. Más bien parece que el comportamiento democrático exigible a las asociaciones privadas se concreta nada más en el respeto a la disidencia interna y a las críticas a los órganos de dirección, que no pueden, por sí solas, ser causa válida para sancionar a los socios, pues si así fuera se violaría la democracia asociativa entendida como diversidad de opiniones en el interior del grupo.

2. LÍMITES A LAS CLÁUSULAS ESTATUTARIAS REDACTADAS A CONSECUENCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS ASOCIADOS

Como hemos señalado, el derecho de los asociados a autoorganizarse conlleva que los mismos son libres para tomar las decisiones internas de la asociación. Por consiguiente, en este ámbito opera el principio de autonomía de la voluntad²⁵, lo que supone que, de forma semejante a lo que sucede en el derecho contractual²⁶, los asociados pueden pactar o establecer las cláusulas o condiciones que estimen convenientes, siempre que no sean contrarias a las leyes, la moral o al orden público.

Sin embargo, el reconocimiento de límites al principio de autonomía de la voluntad, en este ámbito, no está exento de controversia en la doctrina y la jurisprudencia²⁷. No existe un criterio uniforme en la materia, sino que es preciso analizar los hechos acaecidos en cada supuesto a fin de otorgar una solución.

A continuación vamos a centrarnos en el análisis de los principales supuestos de inadmisión de nuevos asociados y los casos en que los miembros de una asociación son expulsados de manera arbitraria, puesto que en ellos es donde, como regla general, la doctrina y la jurisprudencia plantean la existencia de límites a la libertad de organización en las asociaciones²⁸. Las facultades de los asociados, y de las personas que aspiran a serlo, conforman la denominada

²⁵ De conformidad con el artículo 10.1 de la CE: «1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Como establece el artículo 1255 del Código civil: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

²⁶ En opinión de PÉREZ ESCALONA, S., 2005, p. 150, el ingreso en una asociación se basa en un acto voluntario y, al tender a constituir una relación jurídica, es un contrato que precisa del reconocimiento *prima facie* del resto de asociados. En este sentido, la autora, en su obra «Las Asociaciones y el derecho de sociedades, una revisión en clave contractual», 2007, pp. 206-207, señala que se trata, por tanto, del resultado de un contrato de asociación de los socios existentes con el nuevo o los nuevos asociados que ingresan, añadiendo que a pesar de que la cuestión es pacífica en el derecho de sociedades, la doctrina del TC, seguida por un relevante sector de la doctrina científica, ha ensombrecido notablemente la caracterización contractual del acto de ingreso en una asociación, lo que se ha pagado con un injustificado extrañamiento de esta materia de la órbita del derecho privado contractual.

²⁷ Siguiendo a SALVADOR CODERCH, P., 1997, p. 22, el principio de libertad está en el núcleo de la doctrina de la autonomía privada, entendida como posibilidad de los particulares de autorreglamentar jurídicamente sus intereses. Como indica el autor, la eficacia de las normas sobre derechos fundamentales en las relaciones privadas es tan innegable como matizada por la exigencia de respeto al principio de autonomía privada.

²⁸ Supuestos que difieren de aquellos en que el propio particular limita su derecho fundamental mediante un acto de ejercicio de su libertad individual. Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1993, p. 93.

dimensión *inter privados* del derecho de asociación²⁹, e igual que ocurre con el derecho a la autoorganización han de ser respetadas al formar parte del contenido esencial del artículo 22 CE³⁰.

2.1 Límites a la inadmisión de nuevos miembros

En cuanto al derecho de asociación se refiere, no solamente las personas que ya son miembros de una asociación privada han de disfrutar de todos los derechos que se vinculan a aquel. También aquellos posibles miembros que quieran pertenecer a una asociación ya constituida tienen el derecho a asociarse a ella, en los términos establecido en la Ley y los estatutos³¹, en el entendimiento de que dicho derecho forma parte del contenido del derecho de asociación regulado en el artículo 22 CE.

²⁹ En relación con los partidos políticos, la STC 56/1995 señaló, en su fundamento de derecho tercero, que: «*el derecho de asociación referido a los partidos políticos añade una cuarta dimensión al contenido genérico del derecho de asociación al que nos hemos referido en otras sentencias. Concretamente, a la libertad de creación de partidos políticos, al derecho de no afiliarse a ninguno de ellos y a la libre autoorganización de los mismos, se añaden los derechos de participación democrática interna de los afiliados...*». Siguiendo esta línea, la STC 173/1998, de 23 de julio, señala, en su fundamento de derecho octavo, que: «*... en el citado art. 22 C. E., este Tribunal ha venido destacando que el contenido fundamental de ese derecho se manifiesta en tres dimensiones o facetas complementarias: la libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; y, finalmente, la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas...*», «*... el derecho de asociación tiene también, según se dijo en la mencionada STC 56/1995, una cuarta dimensión, esta vez inter privados, que garantiza un haz de facultades a los asociados considerados individualmente frente a las asociaciones a las que pertenecen –o, en su caso, a los particulares respecto de las asociaciones a las que pretenden incorporarse–...*». Pese a todo, es preciso señalar, como ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1993, p. 121, que la eficacia *inter privados* de los derechos fundamentales no tiene apoyo normativo.

³⁰ En este sentido FERRER I RIBA, J., SALVADOR CODERCH, P., 1997, p. 101, GIMÉNEZ GLUCK, D., 2010, p. 150.

³¹ Vid. STC 173/1998, de 23 de julio. Como advierte MORA ALARCÓN, J. A., 2005, pp. 167-168, la incorporación a una asociación es una estipulación entre el futuro asociado y la entidad asociativa. Pero al tener la libertad de asociación rasgos de derecho fundamental, la condición de asociado o no debe estar inspirada en los principios de liberalidad y democracia, de manera que cualquier ciudadano podría, en principio, solicitar su entrada en una asociación válidamente constituida. Ahora bien, para ello debe cumplir los requisitos personales establecidos en la Ley o en los estatutos, sin que puedan tildarse de discriminatorias cláusulas limitativas como las referidas a una determinada edad. Para GONZÁLEZ PÉREZ, J., FERNÁNDEZ FERRERAS, G., 2002, p. 85, la concreción del derecho, según se trate de crear o constituir asociaciones o de adscribirse o incorporarse a asociaciones ya constituidas, tiene un alcance desigual. Mientras toda persona puede constituir, junto con otras, asociaciones no toda persona tiene derecho a integrarse o permanecer en cualquier asociación, ya que esta pretensión puede oponerse al derecho de quienes forman parte de las mismas. Esta confrontación de derechos se ha de resolver atendiendo a lo dispuesto en las normas estatutarias que, dentro de un amplio margen de autonomía, han de fijar los requisitos y condiciones de admisión de los socios. Es razonable afirmar con GIMÉNEZ GLUCK, D., 2010, p. 151, que parece lógico considerar que el contenido esencial del derecho de asociación incluya el derecho a no ser rechazado en asociaciones ya constituidas por motivos arbitrarios e injustificados.

El derecho fundamental de asociación, tal como viene configurado bajo el principio de la libertad de asociación, corresponde tanto al individuo como al grupo, lo que despliega su eficacia *inter privados*, destacando, por su frecuencia, los conflictos entre la asociación como grupo y el socio como individuo. Oponiendo, en consecuencia, dos caras del mismo derecho fundamental. Circunstancia que se manifiesta en los supuestos de adhesión y también de exclusión³².

En los supuestos de hecho donde exista controversia será preciso valorar bien la primacía del derecho de los posibles asociados a formar parte de la asociación³³, o bien si, dada la autonomía de la voluntad de los asociados para organizarse, cabe reconocer la inadmisión de nuevos asociados cuando se contemple en los estatutos de la asociación, o se derive de normas consuetudinarias³⁴.

Como dijimos en epígrafes anteriores, la organización interna de la asociación ha de respetar la Constitución y las leyes. Por ello, en las sentencias que analizaremos a continuación, los Tribunales valoran cuándo existen cláusulas estatutarias o decisiones que son injustificadas y arbitrarias y, por consiguiente, van en contra de las normas, así como la vulneración de los derechos de las personas que pretenden acceder a la asociación.

Debe constatarse que los supuestos de hecho de inadmisión son más escasos que aquellos en los que se analiza la expulsión de los asociados, objeto de estudio en el epígrafe siguiente, aunque contamos con una sentencia que ha tenido gran transcendencia en la materia y que versa sobre la demanda interpuesta por cinco mujeres ante la negativa de los miembros de la Comunidad de Pescado-

³² Para FERRER I RIBA, J., SALVADOR CODERCH, P., 1997, pp. 101-102, el hecho de que la libertad de asociación sea ambivalente en su titularidad -puede corresponder al individuo o al grupo- y heterogénea en su contenido, potencia su idoneidad hipotética para desplegar eficacia *inter privados*. Entre las múltiples ocasiones en que el derecho de asociación puede manifestar su *Drittwirkung* destacan, por la frecuencia con que ocurren, los casos de conflicto entre las asociaciones y sus socios o las personas interesadas en llegar a serlo. Típicamente la colisión se produce en las decisiones asociativas sobre admisión o rechazo.

³³ Como advierte con buen criterio GIMÉNEZ GLUCK, D., 2010, p. 151, la limitación de la facultad organizativa de la asociación es aceptable desde el momento en que se lleva a cabo para salvaguardar un ámbito de derechos que también pertenece al ámbito del contenido esencial del derecho de asociación.

³⁴ BILBAO UBILLOS, J. M., 2006, pp. 179 y ss., señala que en el ordenamiento español no existe un derecho fundamental directamente deducible del artículo 22 de la CE para ser admitido en una asociación privada ya constituida, porque su reconocimiento supondría una intromisión en la plena libertad de la asociación para escoger a los nuevos socios. La aplicación de las normas estatutarias que regulen los requisitos y procedimiento de admisión corresponde a los órganos de la asociación y, en principio, sus decisiones no son susceptibles de revisión judicial. Si bien, el autor comparte los criterios plasmados por el Auto del Tribunal Constitucional, con ocasión de la Comunidad de Pescadores El Palmar, cuando se reconoce el derecho de unas mujeres a ser miembros de aquella, y por tanto no ser discriminadas, cuando la asociación tienen una posición de privilegio.

res de El Palmar a que formasen parte de ella, por no cumplir los requisitos necesarios para el ingreso.

La citada Comunidad de Pescadores es una asociación privada de la Ciudad de Valencia, que tiene por objeto la pesca en el lago de la Albufera, y se organiza en una Junta General, una Junta Directiva, el *Consell Assessor* y en cargos menores. Su principal característica, fruto de reglas consuetudinarias³⁵, es el ingreso exclusivo de hijos varones de pescador de la Comunidad, con más de veinticuatro años o casados. En la STS 811/2001, de 8 de febrero, se valora la procedencia de la inadmisión de las cinco mujeres, hijas de pescadores, ante el recurso de casación interpuesto por la Comunidad.

El Juzgado de 1.ª instancia³⁶ resolvió a favor de las mujeres demandantes reconociéndoles su derecho a ser miembros de la Comunidad, acordando la modificación de las normas consuetudinarias de la misma y condenándola a indemnizar a las demandantes. Contra el fallo del Tribunal de instancia, la Comunidad de pescadores interpuso recurso de apelación que fue desestimado. En consecuencia, interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo falló a favor de las mujeres demandantes en instancia al considerar, tal como se señala en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, que:

«... De todos estos datos se infieren dos conclusiones: que lo que se pretende en la solicitud de ingreso es trabajar –pescar–; y que en la historia viva de la Comunidad, no se ha admitido en caso alguno a las mujeres por impedírsele las normas consuetudinarias»; «Y de todo ello surge el “quid” de la presente contienda judicial: la no admisión de las ahora recurridas se debe única y exclusivamente al hecho de ser mujeres, aunque se haya tratado de configurar como una cuestión de formalidades basadas en normas de derecho hereditario»; «La anterior conclusión de la parte recurrente choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española que prohíbe toda discriminación por razón de sexo, sobre todo cuando se ha comprobado en el presente caso

³⁵ Sobre el valor de la costumbre en este ámbito cfr. el artículo doctrinal de RAMÓN FERNÁNDEZ, F., SAZ GIL, M. I., pp. 6 y ss, y el trabajo de RAMÓN FERNÁNDEZ, F., 2016, pp. 801-827. Como concluyen las autoras, este caso ilustra cómo los mecanismos legales de nuestro ordenamiento jurídico permitieron salvar los obstáculos en la tradición de la Comunidad que impedían el acceso a las mujeres.

³⁶ Vid. antecedentes de hecho STS de 8 de febrero de 2001: «... 1.º) Debo declarar y declaro el derecho de las demandantes a formar parte como miembros de pleno derecho de la citada Comunidad demandada, en las mismas condiciones que los hombres hijos de pescadores.- 2.º) Debo acordar y acuerdo, la modificación 2 de las normas consuetudinarias que rigen la Comunidad demandada, para adecuarlas a los principios constitucionales de derecho de igualdad y de no discriminación por razón de sexo para el acceso a la condición de miembro de la misma.- 3.º) Debo condenar y condeno a la repetida Comunidad demandada, a estar y pasar por las anteriores declaraciones y acuerdo, a que indemnice a las actoras por los daños y perjuicios que se determinen en ejecución de sentencia, conforme a las bases establecidas en el fundamento jurídico noveno de la presente, derivados de su inadmisión como miembros de la misma, y sin perjuicio del destino que den a la referida suma, y al pago de las costas causadas».

que el factor sexo ha sido el elemento determinante de la discriminación laboral a que han sido sometidas las recurridas, ya que, se vuelve a repetir, la negativa a que las mismas pudieran integrarse en la Comunidad de Pescadores de El Palmar, supone lisa y llanamente el poner un óbice suficiente para que las mismas puedan desarrollar una actividad laboral idéntica a la que desempeñan los hombres, únicos integrantes –antes y ahora– de la misma...».

Contra la anterior resolución, la Comunidad de pescadores interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional al considerar vulnerados sus derechos a la igualdad (art. 14 CE) y de asociación (art. 22 CE). Recurso que fue desestimado. En los fundamentos de derecho del Auto³⁷, el Tribunal apoyó su fallo en el perjuicio económico sufrido por las mujeres dada la posición de dominio que ostentaba la Comunidad de pescadores³⁸:

«... no puede ampararse en la autonomía de la voluntad de las asociaciones privadas una decisión como la enjuiciada en las Sentencias recurridas en amparo, consistente en denegar u obstaculizar el ingreso a la Comunidad de Pescadores por razón de sexo, cuando esta Comunidad ocupa una posición privilegiada, al tener reconocida por el poder público la explotación económica en exclusiva de un dominio público, las aguas de la Albufera y su riqueza piscícola, de modo que sólo se puede ejercer la actividad pesquera en ese lugar si se es miembro de dicha Comunidad. Por consiguiente, el ingreso en la Comunidad de Pescadores de “El Palmar”, en cuanto medio para el acceso al trabajo y al disfrute de una concesión administrativa, no puede regularse por normas o prácticas que, de forma directa o indirecta, discriminen a las mujeres».

Como vemos, en la sentencia se matiza el alcance de la discriminación, por razón de sexo, prohibiendo esta cuando impidan el ingreso en asociaciones que ostenten una posición de privilegio en el mercado laboral, provocando con ello un trato desigual arbitrario e injusto. En consecuencia, entendemos no se impiden, en principio, limitaciones por razón de género en asociaciones privadas que, al no ostentar un monopolio o una situación de privilegio, no causen perjuicios económicos o una situación vejatoria para las mujeres.

³⁷ Auto 254/2001, de 20 de septiembre.

³⁸ En opinión de PÉREZ ESCALONA, S., 2005, p. 152, desde la perspectiva de la eficacia horizontal del derecho fundamental de igualdad la STS no tuvo en cuenta que la legitimidad de la discriminación en la admisión, como la legitimidad de resolución contractual, no puede hacerse depender del perjuicio que suponga la imposibilidad de entrada. Para la autora, el mérito del auto del TC consiste en aclarar que el perjuicio que comporta la inadmisión solo será relevante en los casos en los que, bien debido a la posición monopolista de la asociación en el ámbito de las actividades de que se trate, o bien debido a la relevancia social o económica de sus funciones, el particular inadmitido no tiene la posibilidad alternativa de fundar una asociación equivalente y no hay, por tanto, garantía de la libertad contractual en la aceptación de los estatutos.

Por su parte, la STS 6056/2001, de 11 de julio, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra sentencia de la Audiencia Provincial que, ratificando la de primera instancia, desestima la demanda de un asociado contra la agrupación deportiva *stadium* Casablanca que no admitió su solicitud de ingreso, reitera la doctrina jurisprudencial del derecho de autoorganización propio del derecho de asociación cuando afirma, en su fundamento de derecho primero, que:

«el derecho de asociación proclamado en el artículo 22 CE, es uno de los derechos fundamentales de las personas, enclavado dentro de lo que se denomina libertades públicas. La regulación legal del tema está en la Ley 191/1964, de 24 de octubre, y según la misma, los estatutos, en cuanto normas de autorregulación de la sociedad han de determinar su funcionamiento».

Por lo expuesto, esta sentencia, constatando que la decisión de no admitir al recurrente de casación se hizo en virtud de lo dispuesto en los estatutos de la asociación deportiva privada (demostrar que había pertenecido a alguna sección deportiva), juzgó que tal decisión no contradecía lo dispuesto en el articulado de los estatutos y, por tanto, entraba dentro de las «*facultades soberanas de la junta*». Resolución razonable, en nuestra opinión, al apoyar con ello las facultades de autoorganización que se configuran en la Ley como elemento esencial del contenido del derecho fundamental de asociación.

Otro supuesto que guarda cierta relación con la primera sentencia analizada, acerca de la inadmisión de miembros, lo encontramos en la STS 5976/2002, de 19 de septiembre, donde se resuelve recurso de casación interpuesto por la Asociación del Alarde Tradicional de Irún (*Irungo Betiko Alardearen Aldekoak*), contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que anulaba resolución del Ayuntamiento de Irún, en la que se denegó a varias mujeres el derecho a participar en el Alarde de San Marcial en igualdad de condiciones que los varones.

El Alarde rememora la muestra de armas y revista de gentes de las milicias forales conforme a ordenanza municipal. El Tribunal Supremo entra en el estudio de los motivos alegados en el recurso, que se sustentan en la infracción por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de la doctrina jurisprudencial asentada por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con apoyo en tres razones, a saber: no hay violación del derecho a no ser discriminado por razón de sexo, ser errónea la afirmación que la discriminación de sexo solo es admisible en supuestos de leyes de «*acción afirmativa*», y que la

exclusión de las mujeres en el Alarde de San Marcial se basa en razones de peso de rememoración histórica y no en prejuicios tradicionales que colocan a la mujer en situación de discriminación. La Sala, si bien reconoce el tratamiento hecho por el recurrente de la doctrina jurisprudencial habida, no comparte la infracción que se alega de ella. A tal fin, toma como premisa el planteamiento del Ministerio Fiscal en cuanto a la necesidad de distinguir, para valorar la exclusión de las mujeres, si el Alarde de San Marcial puede ser calificado como representación histórica o se trata más bien de un acontecimiento folklórico.

El Tribunal Supremo afirma que rememorar no significa, necesariamente, escenificar o representar, por lo que pueden materializarse los hechos mediante una celebración festiva en la que inter venga el conjunto de la colectividad. En tal caso, su carácter popular y organización por la administración pública (Ayuntamiento de Irún), con sujeción a regulación reglamentaria de aquella, no permite justificar la exclusión femenina, pues ello supondría admitir que, por razón de sexo, se habilitasen diferentes grados de participación ciudadana en esta clase de acontecimientos³⁹.

El Tribunal añade que:

«el riguroso canon de legitimidad que ha de ser aplicado a las diferenciaciones por razón de sexo, aplicado al caso presente, significa que la exclusión de mujeres en el Alarde de San Marcial, para ser considerada justificada, exigiría inexcusablemente que el alarde de San Marcial fuera solo una representación histórica y que estuviera acreditado que la costumbre de su celebración reflejó en todo tiempo el inequívoco propósito popular de escenificar con absoluta fidelidad el acontecimiento que se quiere recordar».

Las razones anteriores permiten al Tribunal Supremo resolver desestimando el recurso de casación, planteado por la Asociación a favor del Alarde Tradicional de Irún, al entender que el acuerdo

³⁹ En esta línea, la STS 5853/2002, 13 de septiembre, señala, en su fundamento de derecho séptimo, que: «el Ayuntamiento recurrente utiliza sobrados argumentos en relación con dicho principio sobre que lo que prohíbe es la desigualdad de tratamiento cuando no está justificada, o, si se quiere, la discriminación irrazonable o arbitraria o desproporcionada, conforme a una reiteradísima doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional ... la Sala de Instancia nos proporciona datos de interés sobre... el contenido de la celebración, que hoy "no parece ser fiel representación del hecho histórico", que permiten aplicar en toda su intensidad ese principio de igualdad, al menos por la vía de que no concurren, apreciadas con el debido rigor, circunstancias objetivamente razonables que excluyan tal aplicación o que justifiquen la diferencia de tratamiento..., lo que también resulta derivado de la propia fuerza expansiva del Derecho en torno a los valores superiores del sistema (arts. 1,1 y 9,2 de la Constitución) que, al menos, en casos de posible duda, postulan una obligada conclusión igualitaria para varones y mujeres, al tenderse hoy, claramente, a borrar o a difuminar una línea de separación entre uno y otro sexo en actividades de cualquier índole, que dejaría sin justificación, ahora, un tratamiento diferenciado como el aquí ocasionado para el que ni siquiera la justificación "histórica"... valdría...».

municipal de no permitir a las mujeres participar en el Alarde de San Marcial, en las mismas condiciones de los varones, suponía una discriminación por razón de sexo injustificada. Dicho razonamiento se apoya en negar el carácter de representación histórica que se le pretendía dar y habida cuenta de la posición de relevancia social que el Alarde tenía, lo que le situaba en una posición de privilegio que, en línea con otras sentencias del Tribunal Supremo, como la 811/2001, de 8 de febrero, anteriormente tratada, provoca una discriminación de género arbitraria.

En sentido contrario, la STS 279/2007, de 15 de enero, que, ante la pérdida de la relevancia social de la Asociación a favor del Alarde Tradicional de Irún, pues a partir del año 2001 y ante la renuncia municipal a organizarlas son asociaciones privadas las encargadas de ello, refleja que no hay violación del principio de igualdad del artículo 14 de la CE.

En este supuesto, la Asociación *Joana Mugarrietakoa* interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que desestimó el recurso de la recurrente contra el acuerdo del Alcalde de Hondarribia de celebración del Alarde Tradicional a favor de un grupo de personas que lo solicitaron⁴⁰. La asociación recurrente sostenía el derecho de la mujer a poder desempeñar el papel, con los hombres, de soldados en las Compañías, en lugar de ser limitada su participación siempre como cantineras. La desestimación del recurso, por el Tribunal Superior de Justicia, se apoyó en que los actos constitutivos del Alarde ya no eran organizados por el Ayuntamiento, sino por diversas asociaciones y entidades privadas, por lo que no se podía entender producida la discriminación alegada por los recurrentes. En este sentido, es posible concebir y organizar diversos tipos de Alardes, al no existir exclusividad.

La Asociación recurrente en casación entendía que los hechos acaecidos en el presente supuesto de hecho eran semejantes a los valorados en otras resoluciones jurisprudenciales, donde se reconoció el derecho de las mujeres a formar parte de las asociaciones en iguales términos a los hombres, por lo que se había infringido el artículo 14 de la CE. Sin embargo, como figura en la sentencia, el recurso plantea aspectos diferentes a los suscitados anteriormente. Se centra en las consecuencias de que la organización del Alarde de 2001 fuera enteramente privada y en el alcance de la autoriza-

⁴⁰ Fundamento de derecho primero de la STS 279/2007: «La autorización fue acordada en virtud de lo previsto en el artículo 16.2 b) de la Ley vasca 4/1995, de 10 de noviembre, reguladora de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, a solicitud de un grupo de personas que la pidieron al amparo de los derechos fundamentales de libertad de asociación, libertad de expresión y manifestación artística, libertad religiosa y de culto».

ción concedida por el Ayuntamiento, conforme a la legislación autonómica, en materia de espectáculos públicos.

Contra el recurso de casación se opusieron tanto los ciudadanos que obtuvieron la autorización favorable del Ayuntamiento, el propio Ayuntamiento y el Ministerio Fiscal. El Tribunal Supremo consideró no haber lugar al recurso, alegando como principales motivos, en sus fundamentos de derecho séptimo, octavo y noveno, los siguientes:

«... el llamado Alarde Tradicional, ahora organizado por individuos y entidades privadas, ciertamente, conserva las características del que se venía celebrando con anterioridad y, en particular, la de que sólo los hombres pueden participar en el mismo como soldados. Sucede, sin embargo, que en los casos examinados antes por esta Sala, o bien se trataba de Alardes organizados por el Ayuntamiento... o bien se discutía una cuestión ajena a la condición del organizador...»; «El alcance de nuestro examen debe limitarse... a determinar si la actuación municipal, más allá, del cumplimiento de la Ley territorial, ha respetado los derechos fundamentales que reconoce la Constitución y, en especial, el derecho a la igualdad y a la no discriminación contemplado en su artículo 14...», «... no hay discriminación por razón de sexo en este caso porque el Alarde Tradicional es una actividad privada (a); su celebración no impide a quien lo desee organizar Alardes o marchas con otras características (b); tampoco cabe alterar las que han definido los promotores de ninguno de ellos a no ser que incurran en alguno de los supuestos en que la Ley autoriza al poder público competente a hacerlo, lo que no sucede aquí (c); ni, mucho menos, impedir que tengan lugar pues, según la sentencia recurrida y por lo que hace al autorizado, no concurre causa que justifique la denegación de la autorización solicitada al amparo de la Ley vasca 4/1995, ni tampoco, subrayamos nosotros, a la luz de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución (d)».

Con esta sentencia y su contraria constatamos la importancia que para la doctrina jurisprudencial tiene, junto a los fines de la asociación, la situación de monopolio o especial relevancia, a la que hemos hecho referencia en supuestos anteriores. De dicha situación dependerá el alcance del control judicial a la autonomía de la voluntad que rige con amplitud en su organización. Control que podrá ser más exigente en las que ostenten tal posición de dominio que en las que carezcan de ella, donde la injerencia de los poderes públicos ha de estar en mayor medida limitada.

En línea con la STS 5976/2002, de 19 de septiembre, en el caso de las fiestas de moros y cristianos de Alcoy (Alicante), algunas mujeres han reivindicado su derecho a tener la condición de festeras de pleno derecho, en las mismas condiciones que los hombres. Hoy día las solicitudes de las mujeres a formar parte de las *filaes*

siguen siendo rechazadas, y en los mínimos casos en que han conseguido entrar, no tienen los mismos derechos que los hombres. Ante estas circunstancias, la asociación FONEVOL⁴¹ presentó en 2003 una queja ante el *Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana*⁴² exponiendo los obstáculos existentes para formar parte de las *filaes*. La desigualdad existente en estas fiestas entre hombre y mujeres no se desmiente ni por el Ayuntamiento ni por la Asociación de San Jorge⁴³, y la justifican en la singularidad de las fiestas y en razones históricas⁴⁴. Ante dicha justificación cabe recordar los preceptos que velan por la no discriminación por razón de sexo, tanto el artículo 4.5 de la LODA⁴⁵ como el artículo 4.1 de la Ley valenciana 9/2003⁴⁶, sobre todo cuando los actos organizados por las Asociaciones tienen trascendencia pública, quedando sometidas a control público⁴⁷.

De esta sentencia queremos recalcar el criterio que, como límite de discrecionalidad y de autonomía de la voluntad, representa la intervención de la Administración pública para organizar y reglamentar actividades de esparcimiento que sean objeto de desarrollo por asociaciones privadas.

⁴¹ Asociación que tiene como objetivo fomentar la participación de la ciudadanía en las Fiestas de Moros y Cristianos de Alcoy en plenas condiciones de igualdad, y conseguir la plena integración de la mujer dentro de las actuales estructuras festivas, sin ningún tipo de discriminación.

⁴² Es el nombre que recibe el Defensor del Pueblo de la Comunidad Valenciana. La Institución fue creada y regulada a través de la Ley de la *Generalitat Valenciana* 11/1988, de 26 de diciembre, del *Síndic de Greuges*. El *Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana* es el alto Comisionado de *Les Corts Valencianes* para la defensa de los derechos y libertades comprendidos en el Título I de la Constitución y en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. No depende de la *Generalitat* y actúa con objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de sus funciones.

⁴³ Entidad de utilidad pública responsable de organizar la Fiesta de moros y cristianos de Alcoy, de Interés Turístico Internacional.

⁴⁴ Como advierte DEL ROSAL BLASCO, B., 2005, p. 11, no parece que el término «simbólico», del que se hace eco la Asociación de San Jorge, se pueda entender como una puesta en escena rigurosa y fiel de los hechos históricos, ni como una reproducción mimética o idéntica de los hechos acaecidos en el pasado.

⁴⁵ Artículo 4.5 LODA: «5. *Los poderes públicos no facilitarán ningún tipo de ayuda a las asociaciones que en su proceso de admisión o en su funcionamiento discriminen por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*».

⁴⁶ Artículo 4.1 Ley valenciana 9/2003: «*Los poderes públicos valencianos adoptarán las medidas apropiadas para modificar los patrones socio-culturales de conducta asignados en función del género, con la finalidad de eliminar los prejuicios, los usos y las costumbres de cualquier índole basados en la idea de inferioridad o en funciones estereotipadas de mujeres y hombres contrarias al principio de igualdad*».

⁴⁷ Como señala la STS 5976/2002, de 19 de noviembre, en su fundamento cuarto: «*en las celebraciones festivas de carácter popular, cuando son organizadas en el marco de actividades de una Administración pública y con sujeción a la regulación reglamentaria que por ella haya sido establecida, la exclusión femenina resulta injustificada, pues equivaldría a admitir que en razón del sexo se pueden establecer diferentes grados de participación ciudadana en esa clase de acontecimientos*».

En esta línea, son destacables también las sociedades gastronómicas masculinas del País Vasco que no permiten la entrada a mujeres. Estas sociedades tienen fines artísticos de animación, benéficos, culturales, de distracción, educativos y de esparcimiento y festejos, así como deportivos y recreativo-sociales, y tienen como denominador común ser centros de reunión con cocina y comedor para uso exclusivo de personas asociadas. Dentro de ellas se distinguen, a su vez, dos grandes grupos: las sociedades que estatuariamente determinan como condición necesaria, para la admisión de socios, la condición de ser varón, y las sociedades que en sus estatutos no contienen tal previsión expresa, pero que integran requisitos formales que permiten impedir el acceso de las mujeres a las mismas.

Todo lo anterior dentro de un marco normativo autonómico que, en correspondencia con la normativa internacional, europea y nacional reconocen, por un lado, el derecho de asociación de todas las personas bajo el principio de libertad, sin perjuicio del sometimiento al orden jurídico establecido y, por otro lado, la igualdad de trato de mujeres y hombres que implica, a los poderes públicos vascos, en acciones dirigidas a promover y garantizar dicha igualdad en todos los ámbitos de la vida.

A los fines del cumplimiento del principio de igualdad de trato de mujeres y hombres, en la Comunidad Autónoma de Euskadi se instaura la Defensoría para la igualdad de mujeres y hombres (*Defentsoria Emakumeen eta Gizonen Berdintasunerako*), y que con ocasión de expedientes de asociaciones gastronómicas, por ella tratados, han derivado en las conclusiones siguientes: Por un lado, la afirmación de que el reconocimiento de libertad de autogobierno y autoorganización en el derecho de asociación no conlleva hacer un uso ilimitado del mismo, ya que está limitado por el respeto a los derechos de terceros, entre ellos el de las mujeres a no ser discriminadas. Por otro lado, entender que toda asociación con discriminación, directa o indirecta, en sus estatutos podrían vulnerar el ordenamiento constitucional u otros preceptos legales incurriendo, en algunos casos, en ilícito penal⁴⁸.

⁴⁸ Vid. *Marco jurídico regulador de las sociedades gastronómicas en la Comunidad Autónoma de Euskadi en materia de igualdad de trato de mujeres y hombre*, DEFENTSORIA, Vitoria-Gasteiz, 6 de julio de 2009. En el documento (pp. 26-28) se afirma que ante los problemas de discriminación por razón de sexo, ocasionados por las asociaciones gastronómicas, las instituciones públicas por imperativo legal no pueden permanecer al margen. Entre los deberes y responsabilidades concretas en esta materia vienen determinadas por la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres que las autoridades públicas deben, entre otros aspectos, controlar las subvenciones concedidas a las asociaciones privadas, no permitiendo dar ningún tipo de ayuda a aquellas que discriminen por razón de sexo en su proceso de admisión o en su funcionamiento. En esta línea son de destacar las noticias de prensa (<http://www.eldiario.es/>

Línea doctrinal, la mantenida por el defensor del pueblo vasco en relación a las asociaciones gastronómicas que, si bien reconoce la libertad de autogobierno y autoorganización de las asociaciones de naturaleza privada, aboga, en aras de implantar medidas dirigidas a la eliminación de estereotipos, por adoptar medidas de control por las administraciones públicas en materia de subvenciones, incentivos, entre otras, destinadas a asociaciones privadas. Solución esta última que consideramos adecuada a los fines de compaginar el principio de libertad que se integra en el derecho fundamental de asociación y el respeto a la exigencia de no discriminación que contempla el artículo 14 de la CE.

Por último, en relación a los conflictos que pueden generarse en supuestos de admisión de socios, es de interés la STS 5398/2007, de 13 de julio, que resuelve recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil Winter Star Trading Inversiones S. L. y D. Gonzalo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que desestimó, en su resolución, sus peticiones de anular el acuerdo del comité de admisión de la asociación, Club de campo la Zagaleta, desfavorable a su admisión como socio de dicho club. Ello entendiéndose que tal acuerdo vulnera su derecho fundamental de asociación y que tal decisión asociativa carece de base razonable, es arbitraria y tiene objetivos de represalia o, lo que sería peor, carácter discriminatorio por razón de nacionalidad o religión.

El Tribunal Supremo, tras hacerse eco de los fundamentos de los que se sirvieron tanto el Juzgado de 1.^a instancia como la Audiencia Provincial de Málaga, para sustentar sus fallos desestimatorios de las pretensiones de los recurrentes en casación, destaca que el recurso de casación se articula en dos motivos: el primero, la infracción del artículo 22.1 c) CE, así como de los principios generales de derecho y de la buena fe y de la imposibilidad de ir contra los actos propios; el segundo, la infracción de la Ley 6/1998 de Andalucía del deporte y del RD 177/1981, de 16 de enero, sobre clubes y federaciones deportivas.

Centrándonos en el primer motivo, por ser el que trae relación con el contenido de nuestro trabajo, destacar que la sentencia del

norte/euskadi/apuntan-cenar-txoko-van_0_480852740.html; http://cadenaser.com/emisora/2016/02/04/radio_bilbao/1454581905_698204.html) que se hacen eco de reclamaciones de discriminación por razón de sexo en sociedades gastronómicas realizadas por un particular ante el *Ararteko* (Defensor del pueblo vasco), y de la resolución de este que por un lado, reconoce la falta de legitimación de las administraciones públicas vascas para intervenir en las decisiones de autoorganización de las asociaciones privadas gastronómicas, pero recomienda la utilización de medidas como la de control de subvenciones señalada, así como promover el establecimiento de medidas dirigidas a la eliminación de estereotipos de género, para lograr corregir la desigualdad de partida que sufren las mujeres.

Tribunal Supremo (fundamento de derecho quinto) dice que la respuesta casacional exige efectuar diversas consideraciones, así como recordar la doctrina del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo en esta materia.

En primer lugar, se destaca la complejidad de la materia, pues si bien la impugnación formal se dirige contra una resolución judicial, y por ello de un ente público, al objeto de dirimir si se tuteló o no adecuadamente un derecho fundamental del recurrente (personas privadas), sin embargo, la impugnación material se dirige contra un acto de otro particular (una asociación privada de golf), a la que se atribuye, en última instancia, la lesión del derecho fundamental. Problemática litigiosa que la sentencia del Tribunal Supremo dice se complica por la afirmación de la asociación imputada de haber actuado en ejercicio de un derecho fundamental, el de asociación, surgiendo así un conflicto entre particulares sobre dos dimensiones de un mismo derecho constitucional, el derecho de asociación, consagrado en el artículo 22 CE. Derecho que comprende, por un lado, el derecho de la asociación a la autoorganización, ello en armonía con el principio de autonomía privada asentado en el principio de libertad, y, por otro lado, el derecho de la mercantil y su administrador, por ella designado, como beneficiario de los derechos de socio que la misma pretende, cual es el derecho de los particulares a adscribirse a una asociación si se cumple las exigencias estatutarias conforme a la CE y la legalidad.

El Tribunal Supremo, en ese mismo fundamento de derecho quinto, señala que la problemática que plantea la eficacia *inter privatos* de algunos de los derechos fundamentales, o sea en la protección horizontal de ciertos derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*), pese a no estar expresamente prevista en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional. La Sala añade que esta eficacia, si bien está mucho más matizada que en las relaciones frente a poderes públicos (las verticales), consecuencia de ser los particulares a la vez sujetos activos y pasivos de los derechos fundamentales, y de la incidencia en las relaciones entre particulares del principio de autonomía de la voluntad, no impide, en cuanto que el reconocimiento de un derecho se corresponde con la limitación del ejercicio de otro derecho, se generen conflictos de intereses por cruce de derechos fundamentales. Supuestos estos que demandan la intervención judicial, toda vez que ni la libertad de organización interna de las asociaciones es ilimitada, ni el derecho de adscripción es absoluto. Vemos con ello la afirmación, por el Tribunal, del carácter no ilimitado de

los derechos que encuentra en su ejercicio el límite que representa el ejercicio de otro.

Todo lo anterior, en opinión del Tribunal Supremo, agrega dificultades a la hora de determinar el alcance de los derechos en conflicto, así como para concretar el grado de fiscalización y control que, en tales supuestos, le está atribuido a los Tribunales.

En este contexto, la Sala aclara que la doctrina por él mismo generada, basada fundamentalmente en supuestos de expulsión de socios, por la escasez de sentencias sobre el derecho de admisión, ha ido evolucionando hacia una sintonía con la marcada por el Tribunal Constitucional. Por ello, se ha restringido el control judicial de las decisiones asociativas. A tal fin, cita como sentencias de referencia del Tribunal Constitucional 218/1988, 56/1995 y 104/1999. De esta última, en su fundamento de derecho quinto, recoge la afirmación de que el control judicial tienen un alcance estrictamente formal y se polariza solo en dos datos: la competencia del órgano social y la regularidad del procedimiento, quedando fuera del control el juicio de valor, que pertenece a la decisión discrecional asociativa, sin perjuicio de que se asiente en una base razonable cuyas circunstancias sí pueden ser verificadas por el juez.

La sentencia del Tribunal Supremo destaca el concepto de base razonable asumido en otras sentencias de la propia Sala, sin perjuicio de reconocer que dicho concepto, que sirve para limitar discrecionalidades, es indeterminado, sujeto por ello a elasticidad de juicio. Por esta razón, requiere en su apreciación ponderar las diversas modalidades asociativas privadas y los diferentes fines perseguidos. En este sentido, y tal como establece la STC 218/1988, que analizaremos más adelante, deben tomarse en cuenta dos aspectos: la situación de posición dominante de la asociación, a la que ya hemos hecho referencia, y el perjuicio significativo para el individuo interesado. Lo que permite distinguir las asociaciones puramente privadas de aquellas otras que ostentan de hecho, o de derecho, una posición dominante en el campo económico, cultural, social o profesional.

Por todo lo anterior, esta importante sentencia resuelve afirmando el ajuste pleno a derecho de la sentencia de apelación recurrida en casación desestimando el recurso. Ello al constatar que la no admisión como socio no contradice los estatutos de la asociación y, por tanto, que la decisión del órgano de la misma es objetivamente razonable, sin que corresponda al control judicial ninguna consideración subjetiva. Todo lo anterior en aras de salvaguardar el principio de autoorganización que se integra en el contenido esen-

cial del derecho de asociación. A este respecto es de interés el último párrafo del fundamento de derecho quinto cuando dice:

«La negativa a la admisión como socio...no contradice los Estatutos de la Asociación, por cuanto estos exigen la aprobación unánime del Comité de Admisión. La decisión de este Comité se apoya en una “base” que hay que considerar objetivamente “razonable”, sin que corresponda al control judicial ninguna otra consideración subjetiva. La asociación demandada es “puramente privada”, porque su finalidad –práctica de golf– no es de las que cabe atribuirle posición de predominio, representación de intereses sociales por vías institucionales, o de intereses profesionales económicos, culturales o sociales de especial trascendencia, o de utilidad pública (art. 32 LODA). Y, por otro lado..., no existe ninguna base para deducir que se le produce un perjuicio significativo... Y, finalmente, no cabe estimar que el comité de admisión actúa arbitrariamente y por represaría, pues ha decidido con base en los estatutos y en una causa cuya entidad subjetiva..., no es posible fiscalizar en el ámbito judicial».

De esta sentencia remarcamos el alcance limitado que la jurisprudencia da al término base razonable al destacar, por un lado, el carácter de asociación puramente privada y con ello carente de una posición de dominio y, por otro lado, la inexistencia de producción en el afectado de un perjuicio significativo. Asimismo, afirma que la decisión de la asociación se ha basado en normas estatutarias, lo que permite negar arbitrariedad a aquella. Todo ello justifica la ausencia de control judicial a fin de respetar el principio de libertad que preside la autonomía privada.

2.2 Límites a la exclusión de los asociados sin causa justificada

Igual que ocurre con los supuestos de inadmisión de nuevos asociados, también ha de valorarse la correcta o incorrecta actuación de los órganos de la asociación al expulsar de la misma a uno de sus miembros. Ello pese a que pueda considerarse que ha existido un pacto entre las partes donde una de ellas autolimita sus derechos. A estos efectos, debemos contemplar tanto las expulsiones motivadas por lo dispuesto en las cláusulas estatutarias como aquellas que no se contemplan en los estatutos⁴⁹.

⁴⁹ Parece razonable afirmar con FERRER I RIBA, J., SALVADOR CODERCH, P., 1997, pp. 102 y 112, que el poder de exclusión y el sancionador tienen limitaciones distintas a la restricción del derecho de admisión, ya que se ejercita frente a una persona con quien la asociación ya ha establecido un vínculo, una relación jurídica que la asociación debe respetar en sus propios términos. Pero la autonomía estatutaria tampoco resulta aquí ilimitada, hay que retomar la idea de que los límites a la libre admisión de socios lo son también a su

En el ámbito del derecho de asociación, el principio de autonomía de la voluntad hace recaer en la regulación estatutaria el llamado, equívocamente para gran parte de la doctrina, régimen disciplinario⁵⁰. Esta necesidad de regular en los estatutos las causas y el procedimiento de exclusión de los socios no está exenta, sin embargo, del sometimiento genérico al orden público constitucional que si bien no alcanza al cumplimiento de garantías previstas solo para las relaciones verticales, como el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE, no supone la ausencia de control judicial a los conflictos que puedan surgir en el seno de las relaciones privadas⁵¹.

En este sentido es de interés el tratamiento de dos importantes sentencias, una del Tribunal Constitucional 218/1988, de 22 de noviembre, y otra del Tribunal Supremo 7509/2006, de 30 de noviembre, que sirven de muestra de una reiterada jurisprudencia en materia de expulsión de socios por acuerdo de los órganos de la asociación.

En relación a la sentencia del Tribunal Constitucional, decir que en ella se resuelve recurso de amparo interpuesto por la Asociación «Círculo Mercantil» de la Línea de la Concepción al entender que ha sido vulnerado el derecho de asociación por la sentencia dictada en apelación de la Audiencia Provincial de Cádiz. Sentencia que ordenó admitir a socios expulsados por aquella asociación⁵².

exclusión, y por ello, las asociaciones que ocupan posiciones dominantes están sujetas a restricciones en la fijación de las causas de sanción.

⁵⁰ Como señala ALFARO ÁGUILA REAL, J., 1997, p. 155, la sanción, considerada como la imposición a una persona de una consecuencia indeseable, carece de lugar en el Derecho privado contractual. Ningún particular puede sancionar a otro particular. Sí le puede imponer consecuencias patrimoniales desfavorables con la ayuda del Estado. PÉREZ ESCALONA, S., 2007, p. 238, afirma que en la actualidad se encuentra superada en derecho de sociedades la concepción de la exclusión de socios como un mecanismo sancionador. La institución se explica como un derecho de defensa ejercido colectivamente por los socios fieles al fin común para asegurar su consecución frente a perturbaciones originadas por la conducta de uno o varios socios. Por esta razón no deberían ponerse trabas a la admisibilidad de una causa legal no escrita de exclusión de asociado por justos motivos, siempre que a la mayoría no le sea exigible continuar con el asociado en esa circunstancia y no sea razonable ni proporcionado solicitar la disolución.

⁵¹ MORA ALARCÓN, J. A., 2005, pp. 235 a 237, afirma que la asociación, como organismo vivo requiere de un régimen punitivo interno para asegurar la pacífica relación entre los asociados en aras de salvaguardar el interés general. Este régimen será el regulado en los estatutos, pero también es válido el desarrollado posteriormente en el reglamento interno de la asociación. Como dice la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, todo asociado tienen derecho a ser oído con carácter previo a la adopción de medidas disciplinarias contra él, y a ser informado de los hechos que den lugar a tales medidas, debiendo ser motivado el acuerdo que imponga la sanción [art. 21.c)]. Para el autor, este régimen sancionador en modo alguno puede suplantar una posterior tutela judicial de los derechos de los asociados.

⁵² El motivo de la expulsión lo fundamenta la asociación en la comisión de una falta grave por parte de los socios que permite a los órganos de gobierno de la asociación, conforme al artículo 19 de los estatutos, valorarla como lesiva del buen nombre de la sociedad y con ello resolver su expulsión.

Para resolver el recurso, el Tribunal Constitucional afirma la necesidad de partir de la premisa, no discutible, de que el derecho de asociación, reconocido en el artículo 22 de la CE, comprende no solo el derecho a asociarse sino también a autoorganizarse dentro de la CE y las leyes. De acuerdo con ello, el régimen de las asociaciones se rige por sus estatutos y los acuerdos válidamente adoptados por sus asambleas generales y órganos directivos, pudiendo los socios impugnar, ante los Tribunales, acuerdos y actuaciones de la asociación contrarias a la Ley o los estatutos.

Para el Tribunal Constitucional el problema surge cuando se impugna un acuerdo que, no siendo contrario a Ley o estatutos, el socio por él afectado considera que se ha tomado aplicando erróneamente la norma estatutaria. En este contexto, el Tribunal Constitucional señala que la sentencia impugnada afirma que, pese al texto estatutario, el control judicial alcanza a valorar el carácter, más o menos grave, de las sanciones. Y, con ello, a revocar o no lo acuerdos de expulsión que por sus órganos se adopten. Esta afirmación de la sentencia apelada no la comparte el Tribunal Constitucional, pues la potestad de autoorganización se extiende a regular, en los estatutos, las causas y procedimientos de expulsión de socios, ya que las asociaciones tienen como fundamento la libre voluntad de los socios para unirse en el cumplimiento de unos fines sociales, que se entienden son conocidos por los que ingresan en la asociación, aceptando a la vez las normas estatutarias a las que necesariamente deben someterse.

Afirmaciones las anteriores que, según el Tribunal Constitucional, no excluyen el control judicial de la actividad de las asociaciones, pero que los Tribunales en dicha labor, como poderes públicos que son, deben ejercerla respetando el derecho fundamental de asociación y, por ello, el derecho de autoorganización que en él se integra. Por lo que la norma de aplicación del juez para resolver estos conflictos es, en primer término, los estatutos de la asociación, siempre que su contenido no sea contrario a la Constitución y a la Ley. Por ello, el Tribunal Constitucional afirma:

«El respeto al derecho de asociación exige que la apreciación judicial se limite... a verificar si se han dado circunstancias que puedan servir de base a la decisión de los socios... dejando el juicio sobre esas circunstancias a los órganos directivos de la asociación tal como prescriben sus estatutos.»

Lo expuesto lleva al Tribunal Constitucional a concluir que la sentencia impugnada vulnera el derecho de asociación al invadir el derecho de autoorganización, sin que a ello afecte el argumento de la sentencia impugnada de que la interpretación de los textos lega-

les no puede llevarse al extremo de dejar a la voluntad exclusiva de una de las partes, la asociación, la suscripción del contrato con respecto a los socios. Ello sobre la consideración que compartimos de que el acto de asociación no es un contrato, en sentido estricto, sino un acto de aceptación, por el asociado, de los estatutos y de la integración en la unidad jurídica y moral que una asociación es⁵³.

En todo caso, de esta sentencia del Tribunal Constitucional interesa resaltar las dos matizaciones que de su doctrina hace. La primera, cuando excepciona lo en ella manifestado en determinados supuestos de expulsión de socios, que sin profundizar en ello, por ser cuestiones ajenas al recurso, los refiere a acuerdos de asociaciones que puedan lesionar otros derechos de los socios, distinto al propio derecho de asociación, poniendo como ejemplo de ellos el derecho al honor, que habilitaría reclamaciones del particular afectado. La segunda, la refiere a los supuestos de asociaciones que tengan una posición de dominio en el ámbito económico, cultural, social, o profesional, de forma que el acuerdo de expulsión suponga un perjuicio significativo para el socio afectado y que, al igual que en el primer supuesto, nos colocan en una situación distinta a la que la sentencia aplica su doctrina cuando la circunscribe a asociaciones puramente privadas.

De igual modo, es de interés referirnos al voto particular formulado por dos de sus Magistrados que, partiendo del objeto del recurso y del planeamiento de la sentencia, entienden que si se toma como punto de partida la correcta premisa de que la actividad de las asociaciones no constituye una zona exenta al control judicial, parece evidente que la solución dada al recurso no deba ser su estimación, sino la desestimación del mismo.

En apoyo de tal conclusión, los Magistrados disidentes señalan que el control judicial no puede tener más límites que el que deriva del correcto ejercicio de la función judicial. Función que se extiende a dar solución a cuantos conflictos intersubjetivos se produzcan, incluidos los que enfrentan a los socios con la propia asociación y

⁵³ Como señala el fundamento de derecho noveno de la STC 5/1996, de 16 de enero, «aunque el derecho de asociación requiere... de una libre concurrencia de voluntades que se encauza al logro de un objetivo común, no es constitucionalmente correcto identificar, en todo caso, y sin matización alguna, este pacto asociativo como un contrato civil,... pues, si bien es cierto que la sociedad civil o las asociaciones de interés particular a que se refieren los artículos 35.2 y 36 del Código Civil son una modalidad asociativa, no lo es menos que el derecho de asociación, en tanto que derecho fundamental de libertad, tiene una dimensión y un alcance mucho más amplio, que sobrepasa su mera consideración iusprivatista», «... Ni el pacto fundacional... se identifica plenamente con el concepto de contrato civil de sociedad, ni —como se dio en la STC 2187/1989— el acto de integración en una asociación es un «contrato en sentido estricto... sino que consiste... en un acto por el cual el asociado acepta los estatutos y se integra en la unidad no solo jurídica sino también moral que constituye la asociación».

sus órganos de gobierno. Solución de conflictos que no solo debe limitarse a la revisión formal de la aplicación de los estatutos o leyes, sino que debe alcanzar a decidir los conflictos que pueda provocar su aplicación. Pues la señalada integración jurídico-moral, que se produce en una asociación, no supone aceptar de pleno la interpretación y aplicación que de esos estatutos hagan los órganos directivos de la asociación.

Se concluye, por estos Magistrados, señalando que la sentencia se mueve en un terreno resbaladizo cuando excepciona de la doctrina, por ella expresada, a asociaciones con posición relevante en los ámbitos indicados, en cuanto que en ellas el acuerdo de expulsión pudiera tener efectos perjudiciales para el socio. Y ello por la dificultad que supone la imprecisión sobre la que se apoya tal argumentación. Imprecisión que se reitera cuando se hace la salvedad en los supuestos de conflictos entre el derecho de asociación y otros derechos fundamentales de los socios, como el aludido derecho de honor.

Ambos Magistrados afirman que el derecho fundamental de asociación no puede entenderse lesionado por la intervención judicial en conflictos como el planteado en este recurso de amparo, ya que en él la sentencia impugnada no hace una auténtica intromisión en la autonomía asociativa. Para que esta exista habría que sustituir el arbitrio prudente del órgano asociativo por el del juez cuando la racionalidad del primero sea patente y, por ello, no arbitraria. De igual modo, señalan que de lo que se trata es de la definición y valoración de un hecho que la junta de la asociación hace de un modo que los socios afectados estiman excesivo. Por lo que siendo claro que el derecho de autonomía de la asociación ha de relacionarse con el derecho, también fundamental del socio, estamos ante un conflicto que en un Estado de Derecho no tiene otra salida que la solución judicial, sin que vulnere el derecho fundamental de asociación. Ello cuando, además, la revisión judicial se hace sobre la aplicación de una norma estatutaria que afecta tan directamente al derecho del socio⁵⁴.

Podemos constatar que, tras esta sentencia del Tribunal Constitucional, si bien se restringe el control judicial en relación a las decisiones de los órganos de la asociación en el ámbito de las facultades de autoorganización con plena aplicabilidad para las netamen-

⁵⁴ A juicio de ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1997, p. 170, tanto la sentencia como el voto particular de los dos magistrados son correctos, sin que exista contradicción en esta afirmación, pues la sentencia es correcta cuando los órganos sociales han interpretado y basado la decisión de expulsión en una regla estatutaria o legal que tenga la naturaleza de cláusula general, es decir, que no tenga su supuesto de hecho determinado. Y el voto particular es correcto cuando se aplica la revisión judicial a la interpretación de cláusulas estatutarias o normas legales que tengan su supuesto de hecho determinado.

te privadas, excepciona de tal restricción a la asociación que ostente una posición de dominio o de relevancia. De forma que la permanencia o exclusión en la misma representa, para el particular afectado, un significativo perjuicio que no se da en las que carecen de esa posición⁵⁵. Criterios los anteriores que, en nuestra opinión, hacen necesario valorar cada caso concreto en el que se produzcan conflictos de intereses, en el seno de una asociación privada, ya que estos derivarán en diferentes soluciones, según operen las reglas de competencia, procedimiento, base razonable y proporcionalidad.

En cuanto a la sentencia del Tribunal Supremo 7509/2006, de 30 de noviembre, en ella se estudia el recurso de casación interpuesto por la Asociación universitaria Altube contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava por infracción del derecho de asociación, al haberse dejado sin efecto un acuerdo de la misma sobre expulsión de socio⁵⁶. El Tribunal Supremo declara que para resolver el recurso es necesario tener en cuenta la doctrina jurisprudencial del propio Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional. Afirma que la cuestión nuclear del recurso es determinar los límites del control jurisdiccional sobre la actuación sancionadora de una asociación en el ejercicio de su potestad de autoorganización.

En su fundamento de derecho tercero se refiere a la doctrina del Tribunal Constitucional, recordando la sentencia 218/1988, que según afirma el Tribunal Supremo sienta como principios que deben regir los límites del control judicial sobre la vida asociativa los siguientes:

«... a) la potestad de organización que comprende el derecho de asociación se extiende con toda evidencia a regular en los estatutos las causas y procedimientos de la expulsión de socios; b) no procede descartar que los estatutos puedan establecer como causa de expulsión una conducta que la propia asociación... valore como lesiva a los intereses sociales; c) la actividad de las asociaciones no forma... una zona exenta del control judicial, pero los tribunales, como todos los poderes públicos, deben respetar el derecho fundamental de asociación y, en consecuencia, deben respetar el derecho de autoorganización de las asociaciones...; d) ello supone que las normas aplicables en primer término sean los estatutos, siempre que no fueren contrarios a la Constitución y a la ley; e) cuando los estatutos prevean una determinada causa de expulsión necesitada de una

⁵⁵ Para MARÍN LÓPEZ, J. J., 1994, p. 785, son dos los elementos que permiten una mayor intervención judicial en la revisión del acuerdo de expulsión: 1. Que la asociación sancionadora ocupe una posición de predominio; 2. Que la expulsión suponga para el asociado un perjuicio significativo. Añade que la STC 96/1994 constata la existencia del segundo en la expulsión del socio de la cooperativa de viviendas pero no se refiere al primero. En opinión del autor, una cooperativa de viviendas es una asociación que ocupa una posición dominante en el sentido establecida por la STC 218/1988.

⁵⁶ El motivo de expulsión alegado por la asociación fueron las graves acusaciones que, contra los órganos de gobierno de la asociación, formuló la expulsada.

valoración por los órganos asociativos, el control judicial sigue existiendo, pero su alcance no consiste en que el juez pueda entrar a valorar, con independencia del juicio que ya han realizado los órganos de la asociación, la conducta del socio, sino en comprobar si existió una base razonable para que los órganos de las asociaciones tomaran la correspondiente decisión; f) el respeto al derecho de asociación exige que la apreciación judicial se limite, en este punto, a verificar si se han dado las circunstancias que puedan servir de base a la decisión de los socios... dejando el juicio sobre esas circunstancias a los órganos directivos de la asociación; g) dejar la valoración de una conducta en un supuesto determinado al juicio del órgano supremo y con las garantías que establecen los estatutos entra en el contenido del derecho de asociación; h) todo lo anterior se refiere a lo que pudieran llamarse asociaciones puramente privadas no a las que, aun siendo privadas, ostenten de hecho o de derecho una posición dominante en el campo económico, cultural, social o patrimonial, de manera que la pertenencia o exclusión de ellas supusiese un perjuicio significativo para el particular afectado».

El Tribunal Supremo constata la incidencia que en esta materia tienen las peculiaridades de cada tipo de asociación, como lo demuestra la también por él recordada STC 96/1994, de 21 de marzo, que reiterando, a juicio de la sala, la doctrina de la STC 218/1988, la matiza al apoyarse en el hecho de estar ante una cooperativa de viviendas regida por su legislación específica y no por la general de asociaciones, y habida cuenta de haberse producido gastos económicos para los socios que aportan un elemento patrimonial a tener en consideración⁵⁷.

⁵⁷ En la STC 96/1994 el Tribunal advierte, en el fundamento de derecho segundo, que: «la propia STC 218/1988 expresamente excluye la aplicación de la doctrina allí sentada sobre el alcance del control judicial de los Acuerdos sociales de expulsión de un socio aquellos supuestos en los que, por la naturaleza de la Asociación, la exclusión de ella suponga «un perjuicio significativo para el particular afectado»; «el alcance del control judicial habrá de modularse, en cada caso, según lo previsto en la legislación específica que regule cada modalidad asociativa siempre que esta legislación salvaguarde, como se ha dicho, las exigencias que se derivan del art. 22 C. E.»; «en el supuesto de la STC 218/1988 la demandante de amparo era una Asociación (en concreto, un «Círculo Mercantil») que por su fin social estaba plenamente sujeta a la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones, en lo que no haya resultado derogada por la Constitución. En cambio, la recurrente en el presente caso es una Sociedad Cooperativa de Viviendas, que en cuanto tal no se halla regida por la mencionada Ley de Asociaciones de 1964 (art. 2) sino por la legislación específica de cooperativas, constituida en la actualidad básicamente por la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas»; «... En segundo término, y sin necesidad de entrar a considerar la naturaleza y el régimen jurídico de las sociedades cooperativas, sí conviene al menos señalar, de un lado, que en las mismas existe una aportación económica por parte de los socios al capital social...». Y en el fundamento de derecho tercero entiende que: «el Acuerdo de expulsión del Sr. Pérez Pellón, así como el correlativo de la adjudicación del piso a otro socio, entrañaban un perjuicio económico significativo para el primero. Lo que justifica que en el presente caso los Tribunales ostenten una plena cognitio de los referidos Acuerdos sociales, como garantía última de la conformidad a los Estatutos y a la Ley de los acuerdos de la Sociedad Cooperativa». Como señala MARÍN LÓPEZ, J. J., 1994, pp. 781 y ss., al comentar la STC 96/1994, en el plano de la constitucionalidad las cooperativas son una modalidad de asociaciones, como

Dentro de este estudio, que en la sentencia se hace de la doctrina del Tribunal Constitucional, es de interés la referencia en ella contenida a las cuatro dimensiones que conforman el derecho fundamental de asociación:

«finalmente, las muy recientes sentencias del Tribunal constitucional 133 y 135/2006, de 27 de abril, sobre los recursos de inconstitucionalidad promovidos contra la Ley orgánica 1/2002, de 2 de marzo reguladora del derecho de asociación, y contra la Ley del parlamento de Cataluña 7/1997 de 18 de junio, de Asociaciones respectivamente, reiteran la doctrina de las cuatro facetas o dimensiones del derecho fundamental de asociación: libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; libertad de organización y funcionamiento interno sin injerencias públicas, y como dimensión *inter privados*, garantía de un haz de facultades a los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretendan incorporarse».

También esta sentencia del Tribunal Supremo recuerda la doctrina que en esta materia ha generado la propia Sala, con especial mención a la sentencia 3803/2006, de 23 de junio, en la que se afirma que la resolución de apelación impugnada traspasó los límites del control judicial sobre la actividad de las asociaciones. Ello al exigir tanto una actividad probatoria sobre hechos evidentes como una motivación más allá de la expresión de los hechos y su incardinación en normas estatutaria⁵⁸. Circunstancias que le llevan al Tribunal Supremo, en esta sentencia, a decir:

«De lo dicho se desprende que,... la jurisprudencia de esta sala ha venido evolucionando hacia una restricción del ámbito del

dice expresamente la sentencia. Partiendo de esta consideración es como se entiende que la cooperativa puede invocar la doctrina establecida por la sentencia 218/1988, denunciando ante el Tribunal Constitucional el desconocimiento por las decisiones dictadas en la vía judicial previa de su derecho fundamental de autoorganización al anular el acuerdo de expulsión. El autor recuerda, con apoyo en la ley de asociaciones y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Constitucional, que la regulación por la asociación en ejercicio de su derecho fundamental de autoorganización, de las causas y procedimientos de exclusión de los socios, ha de respetar otros derechos igualmente fundamentales; en concreto, la regulación de dicho procedimiento no se puede hacer vulnerando los derechos de garantía que asisten a todo ciudadano, también cuando es miembro de una asociación.

⁵⁸ De la sentencia 3803/2006, de 23 de junio, es destacable el fundamento de derecho quinto cuando señala: «... la jurisprudencia de esta Sala ha venido evolucionando hacia una restricción del ámbito del control judicial sobre las decisiones asociativas de expulsión de socios hasta coincidir totalmente con el Tribunal Constitucional en que dicho control debe limitarse, si se han respetado todas las reglas de competencia y forma en el expediente sancionador; a la existencia o no de una «base razonable» para el acuerdo de expulsión... los tres motivos ahora examinados deben ser estimados porque la razón causal del fallo recurrido infringe las citadas normas de la Ley de Asociaciones del País Vasco en relación con el artículo 22 de la Constitución interpretado según la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala. Indiscutido que se respetaron escrupulosamente las reglas estatutarias sobre competencia y garantías procedimentales, espe-

control judicial sobre las decisiones asociativas de expulsión de socios, hasta coincidir totalmente con el Tribunal Constitucional en que dicho control debe limitarse, si se han respetado todas las reglas de competencia y forma del expediente sancionador, a la existencia o no de una base razonable para el acuerdo de expulsión.»

Todo lo expuesto le hace concluir al Tribunal Supremo declarando que la sentencia impugnada infringe las normas de la Ley de asociaciones del País Vasco y del artículo 22 de la CE interpretado, según la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala. Por lo que, no siendo discutido que se respetaron las reglas estatutarias sobre competencias y garantías procedimentales, se traspasaron los límites del control jurisdiccional sobre la vida asociativa.

Es en la aplicación de este criterio de existencia de una base razonable donde no puede dejar de citarse la STS 5398/2007, de 13 de julio, que, acomodando la doctrina del Tribunal Supremo a la ya fijada del Tribunal Constitucional en su sentencia 218/1988, aboga por la restricción del control judicial en el marco del derecho de autoorganización de las asociaciones, concretándolo en los aspectos formales del acuerdo que en materia de expulsión y admisión de socios adopten los órganos de la asociación, y a la necesidad de que se constate que en esa decisión hubo base razonable⁵⁹.

Sentencias las anteriores que muestran una línea jurisprudencial del TS favorable a criterios limitativos del control judicial respeto al derecho de autoorganización que a las asociaciones asiste, en armonía con los criterios del Tribunal Constitucional. Línea restrictiva del control judicial que compartimos, pues si bien es cierto que el ámbito de resolución de los conflictos de intereses privados son los tribunales y por esta razón, tal como ya se ha indicado, no puede haber zonas exentas a ese control, no es menos cierto que el respeto a la esencia del derecho fundamental de asociación, donde se ubica el reconocimiento a una amplia autonomía de la voluntad, reclama limitar el control público de la actividad netamente privada.

cialmente sobre audiencia del interesado y recursos, esta Sala considera que el tribunal sentenciador, al apreciar ausencia de una mínima actividad probatoria y defecto de motivación en el acuerdo de expulsión, traspasó los límites del control judicial sobre la vida asociativa...».

⁵⁹ De acuerdo con CÁMARA LAPUENTE, S., 2008, pp. 670-671, la STS de 13 de julio de 2007, partiendo de la STC 104/1999, hace suyo que la base razonable limita la discrecionalidad pero al ser un concepto jurídico indeterminado exige ponderar las distintas modalidades de asociaciones privadas, los fines perseguidos y la incidencia en el ámbito personal del candidato rechazado. De igual modo, como señala el autor, la sentencia del Tribunal Supremo hace suyas dos pautas para concretar la intensidad del control judicial en el limitado contexto de la base razonable: la situación de posición dominante de la asociación y el perjuicio significativo para el individuo interesado.

Son igualmente representativas de esta tendencia, observada principalmente a partir del año 2001, las siguientes sentencias:

– STS 4775/2004, de 5 de julio, que desestima recurso de casación interpuesto por socio expulsado por acuerdo de la Junta Directiva del Real Club Náutico de Gran Canaria⁶⁰. El recurrente entiende que la sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas, que ratifica la dictada en su día por el Juzgado de 1.ª instancia de dicha localidad, vulnera su derecho fundamental de asociación, en cuanto valida el acuerdo del órgano rector de la asociación. La razón del fallo dado por el Tribunal es la adecuación del acuerdo de expulsión a los estatutos de la asociación. En este sentido, es de interés lo manifestado en su fundamento de derecho segundo cuando dice:

«Partiendo de la validez del artículo, el acuerdo de la junta directiva que decide, tras el oportuno expediente, expulsar al socio, es válido. La persona jurídica goza de la facultad de autoorganizarse y mientras no se declare la nulidad de los estatutos o de una norma de los mismos, de autogobernarse; el control judicial se produce cuando la dirección de la persona jurídica se aparta de su propia normativa o contraviene normas imperativas del ordenamiento jurídico o bien atenta a principios o derechos constitucionales, pero en ningún caso el órgano judicial puede sustituir la voluntad de la persona jurídica, manifestada a través de sus órganos de gobierno.»

Son también de interés las manifestaciones hechas en su fundamento de derecho tercero, en cuanto declaran no haber indefensión, incluso en supuestos de falta de una norma sobre procedimiento sancionador en los estatutos de una asociación:

«... En segundo lugar, no es cierto, como se dice en el recurso, que la falta de una norma sobre el procedimiento sancionador lleve consigo la indefensión. Basta con probar que el procedimiento reúna los caracteres de contradicción y defensa para estimarlo válido y que no haya indefensión: esto es lo que ha ocurrido en el presente caso, que, por tanto, no hay infracción del artículo 24.1 en relación con el 22.1 de la CE.»

De esta sentencia destacamos dos aspectos representativos del cambio de orientación habido en la doctrina del TS que, acogiendo los criterios restrictivos del control judicial fijado por el TC, acotan tanto el elemento competencial como el formal en la decisión de los órganos decisorios de una asociación privada. Respecto al com-

⁶⁰ La razón de la expulsión del socio acordada por la Junta Directiva del Real Club Náutico de Gran Canaria se basa en el artículo 20.7 de los estatutos que dispone que la cualidad de socio se pierde por cualquier acto realizado, dentro o fuera de la sociedad, que no sea compatible con los intereses, decoro y dignidad de la misma. Razón que el Tribunal Supremo ratifica al no estimar el recurso de casación interpuesto por el afectado.

potencial, al afirmar la imposibilidad por el órgano judicial de sustituir la voluntad privada reflejada en sus normas estatutarias, siempre que estas no se opongan al ordenamiento jurídico. En relación al formal, al reclamar en los procesos «disciplinarios» el cumplimiento de las garantías de contradicción y efectiva defensa del particular afectado, aunque sin exigir, necesariamente, la existencia de norma que regule esos aspectos formales⁶¹.

– STS 5350/2004, de 19 de julio, que desestima recurso de casación interpuesto por el centro mercantil industrial y agrícola de Zaragoza contra sentencia de la Audiencia Provincial de esa ciudad que, confirmando la del Juzgado de 1.ª instancia, estimó la demanda del socio expulsado por entender que se había vulnerado su derecho fundamental de asociación⁶². La razón fue que la decisión careció del respaldo estatutario necesario. En la sentencia se hace hincapié en que la expulsión afecta a los derechos del socio, lo que le habilita a reclamar la tutela judicial en caso de extralimitación. Ello sin perjuicio de la cuidadosa ponderación que el Tribunal debe hacer para eliminar un acuerdo de la asociación. Además, se reitera que ese amparo judicial está especialmente justificado cuando la sanción se aplica a actos no tipificados en los estatutos, pues es exigencia de seguridad jurídica imprescindible en las relaciones asociativas, y por consiguiente de libre ejercicio de sus derechos por él sancionado.

De esta sentencia interesa recordar lo manifestado en su fundamento de derecho primero cuando, tras afirmar que el derecho de asociación tiene un contenido complejo en el que se integra la facultad de autoorganización, si bien tal facultad no es absoluta y, por tanto, está sujeta a control judicial por más que este deba modularse en cada caso, señala:

«La expulsión afecta a los derechos del socio sancionado, el cual puede reclamar la tutela judicial en caso de extralimitación que deberá ser jurídicamente eliminada con la cuidadosa labor de ponderación que el Tribunal constitucional destaca como necesaria, en la interpretación del artículo 22 y para proteger la esencia del derecho... El referido amparo judicial se muestra especialmente justificado cuando la sanción es aplicada a un comportamiento

⁶¹ BILBAO UBILLOS, J. M., 1997, p. 617, advierte que las sanciones que se impongan en un régimen disciplinario privado están sometidas a control judicial posterior, a fin de poder corregir posibles irregularidades y subsanar, de esta manera, violaciones de derechos fundamentales.

⁶² La justificación de la expulsión del socio acordada por la Junta Directiva del centro mercantil, industrial y agrícola de Zaragoza se basó en las ofensas a los directivos, por aquel formuladas, mediante denuncia a la autoridad gubernativa, reclamación de satisfacción de un crédito y expresar la voluntad de seguir con el desempeño del cargo en el que fue cesado. Razones que se desestiman por el Tribunal Supremo al ratificar la sentencia de la Audiencia Provincial.

que no estaba previamente tipificado en los estatutos... no en vano la tipicidad de las normas sancionadoras... constituye presupuesto de la seguridad jurídica, imprescindible en las relaciones asociativas, y, consecuentemente, del libre ejercicio de sus derechos por el sancionado. Como declaró esta Sala en la sentencia de 16 de junio de 2003, todo derecho sancionador participa de la naturaleza y caracteres del punitivo, por lo que debe ajustarse a los principios de legalidad y tipicidad, ya que no es posible entender que una sanción pueda ser consecuencia de una actuación que no se encuentre tipificada o de la infracción de un deber desconocido».

Si bien es cierto, como ha reflejado una parte de la doctrina⁶³, que en las relaciones entre privados no se puede hablar propiamente de un derecho sancionador, no es menos cierto que el derecho de autoorganización, reconocido en las asociaciones de naturaleza privada, permite regular un régimen disciplinario que otorgue criterios de objetividad a decisiones sobre separación o expulsión de socios. Sobre esta base consideramos, en línea con lo afirmado en esta sentencia, que la seguridad jurídica reclama de una tipicidad estatutaria que eluda sombras de arbitrariedad en las decisiones de naturaleza disciplinaria.

– STS 7172/2007, de 6 de noviembre, que resuelve recurso de casación presentado por socio expulsado, por acuerdo de Asamblea General⁶⁴, contra sentencia de la Audiencia Provincial que, al desestimar sus pretensiones, entiende vulnerado su derecho fundamental de asociación. La Sala confirma la sentencia de la Audiencia en cuanto los acuerdos de la asociación no han vulnerado el derecho del socio recurrente. De la presente sentencia destacamos lo manifestado en su fundamento de derecho segundo cuando, recordando la doctrina del Tribunal Constitucional, afirma:

«... esta misma doctrina ha determinado cuál es el ámbito de este control, ya que de acuerdo con el artículo 22 CE la autonomía de las asociaciones para establecer su propia organización forma parte también del núcleo del derecho fundamental reconocido en la mencionada norma constitucional. Y así, en lo que se refiere a las causas de exclusión de los socios y sus procedimientos... señala que... aunque las asociaciones no quedan exentas del poder de control judicial, los tribunales deben respetar su derecho de autoorganización...»

⁶³ Vid. ALFARO AGUILA-REAL, J., (<http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2012/07/justos-motivos-de-expulsion-con-mas.html?m=1#!>)

⁶⁴ La expulsión del socio y director de la asociación orquesta ciudad de León «Odon Alonso» se funda en las discrepancias mantenidas con miembros de la orquesta. Acuerdo de la asociación que se ratifica por el Tribunal Supremo al desestimar el recurso interpuesto por el afectado, ratificando la sentencia de la Audiencia Provincial que validaba el acuerdo societario.

La sentencia continua la línea de control judicial limitado a la hora de resolver conflictos de intereses en el seno de la organización interna de una asociación privada. En ella se respalda el criterio compartido en este trabajo de no poder, por parte de los tribunales, sustituirse la voluntad de los órganos asociativos cuando esta se haya formado conforme a los principios de competencia establecidos y de forma exigidos.

– La STS 5804/2008, de 7 de noviembre, resuelve recurso de casación contra sentencia de apelación con ocasión del conflicto entre asociación y socios expulsados por la Asamblea General de aquella⁶⁵, en atención a si, con tal decisión, el derecho fundamental de la libertad de asociación queda vulnerado, al carecer de tipificación previa la causa de expulsión. El Tribunal Supremo confirma la sentencia del Tribunal de Apelación recurrida que declaraba nulo el acuerdo de expulsión por no ser resultado de una conducta, o acto del socio, previamente tipificado en los estatutos y, con ello, resultar una decisión arbitraria y carente de base razonable que la justifique. De esta sentencia es de interés transcribir algunas de las consideraciones vertidas en el fundamento de derecho primero cuando dice:

«La conformidad de la sentencia recurrida con la doctrina que acabamos de exponer impide apreciar la infracción que se denuncia, pues... el pronunciamiento favorable a declarar nulo el acuerdo de expulsión se sustenta... únicamente en el hecho probado y no controvertido en casación, de que la sanción impuesta no responde a una previa conducta o comportamiento de los socios que estatutariamente tuviera asignado dicho castigo, siendo así que la decisión de expulsarles, aunque se adoptó por el órgano que tenía la competencia para imponer dicha sanción, fue arbitraria y carente de base razonable que la justifique, pues se tomó sin base, sin una definición previa (en los estatutos) de las conductas de los asociados que mereciesen dicho reproche, y por tanto, sin darles la posibilidad de conocer qué comportamiento les estaban prohibidos, prescindiendo de que en las relaciones asociativas la tipicidad de las normas sancionadoras es presupuesto de seguridad jurídica, y de que esta es un principio informador de todo el ordenamiento garantizado por la norma fundamental (artículo 9.3).»

Nuestro interés por el fundamento parcialmente transcrito de esta sentencia se sustenta en el complemento que para los aspectos de competencia y forma, referidos en la precedente, se hace con la

⁶⁵ El fundamento de la expulsión fue las facultades de autoorganización y estatutarias que otorgan una decisión de esa naturaleza a los órganos de gobierno de la asociación, entendiéndose que es libre para decidir los motivos. Razones que niega el Tribunal Supremo al entender que tal facultad no elude la previa tipificación en los estatutos de las causas y el procedimiento de expulsión.

exigencia de base razonable para cualquier decisión que se adopte por los órganos de una asociación. Aun siendo los órganos los competentes, y ajustando su decisión a un procedimiento exigible, esta no está exenta de control judicial cuando ha sido adoptada sin apoyo en normas propias que otorguen la base suficiente que exige la ausencia de arbitrariedad.

– STS 7323/2011, de 14 de noviembre, resuelve recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que, confirmando la del Juzgado de 1.ª instancia, desestima la demanda de varios socios que reclaman su derecho a formar parte de la asociación, a pertenecer a sus órganos de gobierno y a que ésta se rija democráticamente y con arreglo a sus estatutos⁶⁶.

El fundamento de la desestimación fue la caducidad de la acción, por transcurso del plazo legal de 40 días, previsto en la Ley para su ejercicio. La sentencia, tras afirmar que es esa caducidad la esencia de la desestimación de la demanda de los socios, en su fundamento de derecho segundo, señala:

«No aparece la infracción que se pretende. Nadie ha negado el derecho de asociación. Se ha seguido un procedimiento de expulsión de unos socios, se ha adoptado un acuerdo y éste no ha sido impugnado en el plazo de caducidad. No hay más.»

La sentencia, si bien desestima la reclamación de los socios por caducidad de la acción, se trae a colación en cuanto que, de conformidad al fundamento parcialmente transcrito, avala y reitera el control judicial limitado que impide, en línea con lo hasta ahora manifestado, sustituir la voluntad privada inherente a la esencia del derecho de asociación cuando la misma se ha conformado según normas internas que, por otro lado, no infringen el ordenamiento jurídico.

– STS 9305/2011, de 28 de noviembre, resuelve recurso de casación interpuesto por la Federación de empresarios de Comercio y servicios de Zaragoza y provincia (ECOS) contra sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza que, revocando la del Juzgado de 1.ª instancia, dictó sentencia favorable al socio, en su día suspendido de sus cargos y expulsado de la Federación⁶⁷.

⁶⁶ El motivo de la expulsión de los socios por la asociación de la casa de Granada en Madrid se basa en la caducidad de la acción de anulabilidad contra el acuerdo de la asociación adoptado con base en sus estatutos. Razón confirmada por el Tribunal Supremo al ratificar la sentencia de la Audiencia Provincial confirmatoria de la decisión asociativa.

⁶⁷ El socio fue expulsado por los órganos de gobierno de la Federación al entender que en el ejercicio de sus funciones había incurrido en una conducta calificable como reprochable y desleal. Por su parte, el socio afectado entendió vulnerado su derecho fundamental de asociación y haber sido sancionado sin previa previsión legal.

En su fundamento de derecho tercero, el Tribunal Supremo manifiesta:

«El derecho de asociación tiene una dimensión individual y una colectiva... pues comprende tanto el derecho a asociarse como el de establecer la propia organización, que a su vez se extiende a regular en los estatutos las causas y el procedimiento para la admisión y expulsión de socios»; «El derecho a que las medidas disciplinarias de separación o suspensión de los miembros de una asociación tenga cobertura legal, se ajusten a las causas legítimamente previstas con la debida precisión en los estatutos y sean impuestas con arreglo al procedimiento establecido en ellos, previa información y audiencia del interesado, de tal suerte que este no sufra indefensión forma parte del núcleo esencial del derecho de asociación.»

Esta sentencia, en el mismo fundamento de derecho, donde se recuerdan las dos facetas, grupal e individual, del derecho de asociación, reitera la doctrina jurisprudencial manifestada por la STS 5350/2004, de 19 de julio, que califica de justificado el amparo judicial del socio expulsado cuando tal sanción se aplica a un comportamiento sin tipificación previa en los estatutos. Por otro lado, haciéndose eco de la STS 4186/2003, de 16 de junio, señala que todo derecho sancionador participa de la naturaleza y caracteres del punitivo, por lo que debe ajustarse a los principios de legalidad y tipicidad. Por todo lo expuesto, el fallo de la sentencia desestima el recurso de casación y declara la nulidad de los acuerdos adoptados por los órganos de gobierno de la asociación⁶⁸.

Como ya se ha manifestado en este trabajo, estamos ante un derecho fundamental, el de asociación, cuya explicación no se puede hacer exclusivamente desde la teoría de los contratos. Reiteramos nuestra opinión que no desvirtúa la esencia de este derecho el que los estatutos de una asociación contengan las causas y el procedimiento para la expulsión de socios. De hecho, el artículo 7

⁶⁸ Esta sentencia ha sido objeto de comentario crítico por ALFARO AGUILA-REAL, J. (<http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2012/07/justos-motivos-de-expulsion-con-mas.html?m=1#1>). El autor considera que: «La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2011 resuelve mal, a mi juicio, un caso de “sanción” por parte de una asociación a uno de sus miembros... la doctrina recogida en el párrafo primero que hemos transcrito es que tiene un excesivo “tufo” de Derecho sancionador. Traslada a las asociaciones privadas las reglas y principios del Derecho público o Derecho Administrativo sancionador. Y esto es muy peligroso y gravemente erróneo. Un particular no puede... sancionar a otro particular... el valor de la armonía interna en una asociación es un valor de la máxima importancia de manera que no puede obligarse a una asociación a mantener en su seno a sujetos que discrepan con la línea mayoritaria. El discrepante siempre puede irse y montarse una asociación para perseguir los mismos fines... aunque en los estatutos no se prevean ni las causas de expulsión/suspensión, ni el procedimiento para tomar tales decisiones, ni la audiencia del interesado ni nada de nada, el Juez que revisa la legitimidad de tal decisión por parte de una asociación ha de comprobar si la conducta del asociado constituye una justa causa de expulsión del socio».

de la LODA contempla tales previsiones en el contenido de los mismos⁶⁹.

Observamos que todas estas sentencias mantienen la unidad de criterio con la doctrina asentada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 218/1988, 96/1994 y 104/1999, conforme a las cuales es consustancial al derecho de asociación la autonomía de las asociaciones para autoorganizarse y regular en sus estatutos las causas y procedimientos de expulsión de socios, lo que no significa que dicha actividad se encuentre exenta de control judicial. Si bien dicho control ha de respetar ese derecho de autoorganización. Por ello, no declarada la nulidad de los estatutos o de las normas de organización de una asociación, la voluntad de sus órganos es válida y no puede sustituirse por la intervención pública. El control judicial solo opera cuando se infringen tales normas internas o, en su caso, otras imperativas del ordenamiento jurídico, o se atenten a principios constitucionales. Este control ha de concretarse, como vimos, en reglas de competencia y forma, y en la existencia o no de base razonable del acuerdo.

La doctrina del Tribunal Supremo es reiterativa en la necesidad de que, en las relaciones asociativas, las normas sancionadoras deben estar tipificadas en sus estatutos, pues ello es presupuesto de seguridad jurídica. Exigencia que compartimos, al no estar reñida con la esencia del derecho, y que reclama la existencia de un proceso contradictorio que permita la efectiva defensa del socio afectado, aunque el mismo no tenga una regulación escrita. Ello en los términos referidos en el fundamento de derecho tercero, parcialmente transcrito, de la STS 4775/2004, de 5 de julio.

En cualquier caso, no podemos obviar que no siempre la doctrina del Tribunal Supremo se ha ajustado a los criterios determinados por el Tribunal Constitucional en lo que hace al control judicial. Circunstancia esta que ha llevado a una parte de la doctrina a advertir la existencia, en el ámbito de las relaciones privadas, de zonas intermedias representadas por actuaciones de los socios que, sin suponer actos ilícitos contra los órganos de gobierno de la asociación, representan valoraciones críticas reveladoras de opiniones diferentes a la mayoritaria del grupo. Motivando con ello reticencias a los criterios del Tribunal Constitucional⁷⁰.

⁶⁹ Artículo 7.1.e) LODA: «1. Los Estatutos deberán contener los siguientes extremos: "... e) Los requisitos y modalidades de admisión y baja, sanción y separación de los asociados y, en su caso, las clases de éstos. Podrán incluir también las consecuencias del impago de las cuotas por parte de los asociados...».

⁷⁰ MARÍN LÓPEZ, J. J., 1992, pp. 301-302, considera que para resolver esos casos intermedios habría que valerse de los siguientes criterios: Tener presente que cuando se trata de conflictos endoasociativos hay un valor que merece también protección, cual es la salvaguarda de la unidad y estabilidad del grupo; saber que una tutela estricta de estos

Por último, merecen especial atención, en este apartado, dos sentencias recientes del Tribunal Supremo que plantean conflictos no solo de diferentes contenidos del derecho fundamental de asociación sino también entre este y otros derechos fundamentales, como el principio de igualdad, recogido en el artículo 14 de la CE, o el de libertad de expresión, del artículo 20 de la CE.

La STS 7668/2010, de 20 de diciembre, tiene por objeto recurso de casación interpuesto por un grupo de trabajadores de la Asociación central lechera asturiana SAT, expulsados por ella a través de acuerdo de su Asamblea General⁷¹, frente a la resolución dictada en sentencia de apelación por la Audiencia Provincial de Oviedo que, ratificando la del Juzgado de 1.ª instancia, desestimó sus demandas de haber sido vulnerados sus derechos fundamentales con dicho acuerdo de expulsión. Por esa razón, los socios expulsados reclaman su readmisión y la indemnización de daños y perjuicios. De esta sentencia interesa destacar las consideraciones hechas en su fundamento de derecho tercero apartados 3.º, 4.º y 5.º

En el apartado tercero se dice:

«En el presente caso la cuestión jurídica sometida a debate por la parte recurrente, es si con la exclusión de trece socios de la entidad, de entre los 300 manifestantes, bajo la alegación de ser los únicos identificados, se ha provocado una actuación discriminatoria, y por tanto contraria al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE... No se atenta al principio de igualdad, sancionado constitucionalmente... cuando el órgano jurisdiccional no anula una resolución asociativa que puede ser discutible o que una parte considere injusta, ya que es una norma mantenida desde siempre donde el juez de 1.ª instancia hasta este Tribunal Supremo que las asociaciones tienen una base razonable de decisión, que debe ser respetada, ya que en el presente caso la actuación de la asociación demandada se estima razonable»

De él destacamos la afirmación de que el principio de igualdad, consagrado en la CE, no se desvirtúa por decisiones privadas que

valores impide la existencia de corrientes endoasociativas diferentes a la mayoritaria; saber que la Constitución no impone la reproducción, en los grupos privados, del pluralismo que sí garantiza en la sociedad civil; reconocer que ninguna norma puede imponer a una asociación permitir en su seno la presencia de disidentes u opositores empedernidos, como tampoco puede imponer la tolerancia del grupo ante situaciones que le generen peligros. En definitiva, lo que se requiere para fundamentar acuerdos de expulsión es un incumplimiento grave por parte del asociado, donde sin duda pueden integrarse opiniones o conductas cuando resulten especialmente intolerables en relación con el fin asociativo perseguido por el grupo.

⁷¹ La razón de la expulsión de los socios afectados por la Asociación central lechera asturiana SAT se funda en la retención coactiva hecha por los afectados a los miembros de la directiva. Razón que el Tribunal Supremo valida al declarar no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial que consideró adecuado el acuerdo de expulsión adoptado.

no sean genéricamente iguales a todos, siempre y cuando la decisión se apoye en una base razonable.

El apartado cuarto expone:

«Es posible el control judicial de los acuerdos sociales de expulsión de un socio en aquellos supuestos en los que por la naturaleza de la asociación la exclusión suponga un perjuicio significativo para el particular afectado. El derecho de asociación ha de entenderse en el marco de la CE y las leyes que respetando el contenido esencial de tal derecho lo desarrollen o lo regulen, por ello su ejercicio no queda fuera del control judicial... En el caso de autos, no se ha producido la vulneración citada, pues en la sentencia objeto de recurso se analiza pormenorizadamente... el expediente sancionador y su tramitación, la identificación de los sancionados y la actuación retentiva de los mismos y sobre esta base procede a declarar que los hechos son encuadrables en el supuesto recogido en el artículo 25g de los estatutos;»

En él se contiene la reiterada afirmación jurisprudencial de que la libertad de autoorganización, integrada en el contenido esencial del derecho de asociación, si bien ha de ser respetada por la intervención pública, no está exenta de control judicial que velará para que las decisiones de aquella no causen perjuicios injustificados al afectado.

Por último, en el apartado quinto se señala:

«... en materia de expulsión de asociados, el derecho de asociación como todo derecho se ve unido a una serie de deberes cuyo incumplimiento puede dar lugar en el ámbito asociativo a la expulsión, pues como declara el Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 22 de noviembre de 1988... «Nada impide que los estatutos establezcan que un socio puede perder la calidad de tal en virtud de un acuerdo de los órganos competentes de la asociación basado en que a juicio de estos órganos, el socio ha tenido una determinada conducta que vaya en contra del buen nombre de la asociación o que sea contraria a los fines que esta persigue.»

Del contenido de este apartado destacamos la especial puesta en valor de los fines que inspiran la creación de una asociación privada, pues será su puesta en peligro, a través de actuaciones particulares que los alteren en su esencia, lo que amparará medidas disciplinarias. La importancia de los fines se configura en las asociaciones privadas como esencia del propio derecho. Ello hasta el punto de que la no alteración de los mismos habilita limitaciones de otros elementos configuradores del derecho fundamental de asociación, como es el de autoorganización⁷².

⁷² ALFARO ÁGUILA-REAL, J., en <http://almacenederecho.org/la-soberania-de-las-asociaciones/> afirma que *el fin común que explica para qué se asociaron los individuos justifica la «renuncia» de la asociación a autodeterminarse.*

La sentencia 2972/2015, de 20 de mayo, valora el alcance del control judicial en las relaciones *inter privatos* con ocasión, una vez más, de la expulsión de un socio (en este caso por manifestaciones hechas contra el tesorero de la asociación)⁷³, lo que supone ponderar el conflicto entre dos derechos fundamentales: el de asociación, en su doble vertiente de autoorganización y relaciones *inter privatos*, y el de libertad de expresión que asiste al socio en el seno de sus relaciones horizontales. La sentencia del Tribunal Supremo reitera que el control limitado de tutela judicial se concreta en un juicio de racionalidad con el fin de impedir espacios de impunidad o arbitrariedad que dejen indefenso, o lesionen injustificadamente, los derechos de los socios.

Con apoyo en las afirmaciones anteriores, la Sala confirma la sentencia de la Audiencia Provincial que entendió que el acuerdo de la asociación vulneraba el derecho fundamental del socio a la libertad de expresión, así como su derecho fundamental de asociación.

De esta sentencia es de interés su fundamento de derecho segundo cuando dice:

«... en el aspecto señalado de la recíproca o mutua interrelación de los derechos en liza, debe precisarse, conforme a la sentencia del TC... (STC de 22 de noviembre de 1988, núm. 218), que si bien el control judicial de la actividad de la asociación no permite una valoración, propiamente dicha, de la conducta del socio que revise o sustituya a la realizada reglamentariamente por la asociación en el ejercicio de su potestad de organización; no obstante su protección se concreta en el correspondiente juicio de racionalidad que necesariamente debe sustentar la decisión de expulsión acordada por el órgano de la asociación, a los efectos de impedir espacios de impunidad o arbitrariedad en el ejercicio de la actividad asociativa que pudieran dejar indefenso o lesionar injustificadamente los derechos de los socios», «valoración cuyo desarrollo presenta un recorrido mayor en aquellos supuestos... en donde las causas de expulsión resultan marcadamente genéricas o abiertas y pueden afectar al ejercicio de derechos fundamentales del socio...», «... en el presente caso el socio,... se limita a ejercer su derecho de expresión manifestándose críticamente respecto de las irregularidades observadas en el desempeño de las funciones del cargo del tesorero, sin atentar contra el honor de este, ni el buen nombre de la asociación; pues se pretende,... la correcta aplicación de las reglas y normas estatutarias...»

⁷³ La razón de la expulsión, como ha quedado señalado, se concreta en las declaraciones realizadas por el afectado y que se recogen el apartado primero de los fundamentos de derecho cuando dice: «*Ya que, Sr. Presidente, la lotería es muy peligrosa y delicada, si no toca no pasa nada, pero si llega a tocar puede existir muchas dudas... por tanto y por el derecho que me asiste, con arreglo a nuestros estatutos pido la reprobación del tesorero*». Justificación no confirmada por el Tribunal Supremo que declaró no haber lugar al recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que consideró que la sanción impuesta vulneraba el derecho de libertad de expresión del socio.

Con estas valoraciones que compartimos, la Sala afirma que no se contradice la autonomía de la voluntad, que configura la esencia del derecho fundamental de asociación, cuando se interviene en la voluntad de sus órganos con la finalidad de proteger derechos fundamentales de los socios, como el de la libertad de expresión, siempre que esta sea reflejo de una disparidad de criterios que no atenten injustificadamente los fines propios de la asociación.

Junto a todo lo expuesto hay que hacer si quiera una breve referencia, en el ejercicio del poder disciplinario por las asociaciones, al principio de proporcionalidad⁷⁴. Algunas sentencias del Tribunal Supremo han hecho referencia al mismo como contrapunto a la adopción de acuerdos arbitrarios por los órganos de la asociación, y que supone vincular las actuaciones de la asociación a presupuestos de la buena fe⁷⁵ en el ejercicio del poder disciplinario⁷⁶. En relación a este criterio entendemos que, igual al de la base razonable y, en definitiva, que el alcance del control judicial, su recorrido es más limitado en las asociaciones netamente privadas que en aquellas otras que ostentan una situación de monopolio o privilegio representativo.

Hoy la LODA, en su artículo 21 letras c y d, reconoce el derecho de todo asociado, por un lado, a ser oído con carácter previo a

⁷⁴ Para NARANJO DE LA CRUZ, R., 2000, p. 226, el ejercicio de la autonomía de la voluntad puede actuar como un límite de un derecho fundamental. El control jurídico de esa limitación debe hacerse mediante el principio de proporcionalidad, como sucede en cualquier otro supuesto de conflictos entre derechos protegidos por la CE.

⁷⁵ Según NARANJO DE LA CRUZ, R., 2000, p. 462, el significado del principio de buena fe debe acomodarse a la CE. Su aplicación en materia de derechos fundamentales solo se podrá hacer cuando se explique desde la teoría de la delimitación y los límites de esos derechos, pues en caso contrario se trasladaría indebidamente, al ámbito constitucional, una categoría a la que no corresponde dicho carácter, pudiendo desvirtuar con ello el alcance normativo de los derechos fundamentales. Para VIVAS TESÓN, I., 2008, p. 210, la buena fe es un límite al ejercicio de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

⁷⁶ En opinión de MARÍN LÓPEZ, J. J., 1996, pp. 495-496, la STS de 31 de octubre de 1995 parece instaurar un nuevo criterio en el ejercicio del poder disciplinario por las asociaciones que sería el respeto al principio de proporcionalidad en el que insiste la posterior sentencia de 22 de febrero de 1996, cuando alude a la ausencia de buena fe en el ejercicio del poder disciplinario de la asociación. Sentencias que sirven para detectar las inquietudes del Tribunal Supremo en esta materia y que suponen una relativa incongruencia de estos pronunciamientos con la libertad que la sentencia constitucional 2018/1988 atribuyó a las asociaciones en el ejercicio de la potestad disciplinaria. Para el autor, el TS afirma que toda medida sancionadora, en el seno de una asociación, debe estar precedida de un procedimiento con garantías suficientes, sin ser válidas las sanciones de plano. Como tampoco lo serían las cláusulas de estatutos que contengan una renuncia a residenciar en los jueces los conflictos endoasociativos, pues como dijo la STC 218/1988 las asociaciones no conforman una zona exenta de control judicial. Por su parte, VENEGAS GRAU, M., 2004, p. 157, en la búsqueda de un equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales y la preservación de la autonomía de la voluntad, valora el alcance del principio de proporcionalidad señalando que el resultado del juicio de proporcionalidad dependerá de la importancia del bien jurídico afectado, de la intensidad de la amenaza y de la posibilidad de una autoprotección a través de la autonomía privada.

la adopción de cualquier medida disciplinaria que se adopte contra él, así como a ser informado de los hechos que fundamenten tales medidas y a la necesidad de motivación del acuerdo que imponga, en su caso, una sanción. Por otro lado, se le reconoce el derecho a impugnar los acuerdos de los órganos de la asociación que puedan estimar contrarios a la Ley o a los estatutos. Con estas previsiones, la Ley Orgánica recoge las garantías de los artículos 24 y 25 de la CE para el ejercicio de la actividad punitiva⁷⁷. De esta manera parece que la norma legal acoge los principios que inspiran al derecho punitivo público en una línea más acorde con la STS 4775/2004, de 5 de julio.

IV. EL RECONOCIMIENTO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

Una vez expuestos una serie de supuestos jurisprudenciales donde los Tribunales resuelven conflictos de intereses, en el marco del derecho fundamental de asociación, en las relaciones entre particulares, es necesario traer a colación a nuestro estudio el análisis del reconocimiento de la eficacia horizontal de los Derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado.

Los particulares que consideran lesionado alguno de sus derechos, constitucionalmente reconocidos como fundamentales, por los órganos de la asociación solicitan su reconocimiento expreso, afectando con ello la autonomía de la voluntad que es nota esencial del derecho de asociación⁷⁸. En este contexto, es indispensable valorar si es posible reconocer que los particulares puedan servirse de argumentos basados en la defensa de derechos fundamentales frente a otros particulares titulares, de igual modo, de esta clase de derechos, ya que se produce una colisión de derechos de igual nivel.

Asimismo, es preciso analizar la competencia judicial en el seno de los conflictos que surgen de las relaciones horizontales, y

⁷⁷ Para GONZÁLEZ PÉREZ, J., FERNÁNDEZ FERRERAS, G., 2002, p. 297, la LODA se aparta de la doctrina jurisprudencial, y la regulación del régimen sancionador contenida en dicha ley permite considerar aplicables ciertas garantías que se establecen para el ejercicio de la potestad punitiva del estado, si bien con matizaciones.

⁷⁸ Siguiendo a PARRA LUCÁN, M. A., 2016, p. XVII, el poder de los derechos fundamentales apunta a una jerarquía de valores que contribuye a advertir que, cada vez más, se trata de proteger a la persona. No se trata tanto de limitar la voluntad por razones de un interés general como de proteger a los individuos de los abusos que derivan de la desigualdad, del ejercicio abusivo de una superioridad económica o estructural: en las relaciones personales y familiares, en las relaciones contractuales y patrimoniales.

el juego del amparo constitucional cuando la lesión del derecho fundamental deriva de una actuación particular y no de la de un ente público, en virtud de la regulación contenida en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

1. LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES FRENTE A LA EFICACIA VERTICAL DE LOS MISMOS RESPECTO DE LOS PODERES PÚBLICOS

La CE establece, en su artículo 14, el principio de igualdad de todos los españoles ante la Ley y señala una serie supuestos específicos de no discriminación. Ello implica que los poderes públicos han de velar por la protección de los derechos de las personas, en todos los ámbitos, y evitar que se produzcan discriminaciones.

Como hemos podido comprobar, al realizar el análisis jurisprudencial, el objeto de controversia, con respecto a las asociaciones privadas, radica en el reconocimiento de límites a la desigualdad permisible en las relaciones entre particulares⁷⁹. La desigualdad, fruto de la autonomía de la voluntad en el sistema organizativo de la asociación, no puede ser absoluta cuando suponga una discriminación en los derechos de alguno de los miembros de la asociación⁸⁰. Por consiguiente, la afirmación anterior significa que en las relaciones entre particulares es fundamental la aplicación de la cláusula de no discriminación, en lugar de referirnos a la cláusula de igualdad⁸¹.

⁷⁹ Como señala CARRASCO PERERA, A., 1991, p. 17, un particular no tiene un derecho subjetivo a la igualdad en el mismo sentido que un derecho subjetivo de propiedad. La igualdad no es un título autónomo que pueda tener una pretensión contra alguien. No hay un contenido positivo a algo determinado, sino un título relativo a un determinado estado de cosas: no hay derecho a ser tratado o a no ser tratado de una forma, sino a no ser tratado de manera distinta respecto a los demás.

⁸⁰ La función de los derechos fundamentales como deberes de protección se diferencia de su función como derechos defensivos. Como derechos defensivos deben rechazar intervenciones injustificadas del poder estatal, mientras que el deber de protección derivado de los derechos fundamentales obliga a una intervención del Estado frente a vulneraciones de dichos derechos, no del propio Estado sino frente a cualquier parte. Vid. VON MÜNCH, I., 1997, p. 45.

⁸¹ Como advierte CARRASCO PERERA, A., 1991, p. 27, del análisis de la doctrina constitucional se extrae la regla general de que una diferencia de trato no se considera inconstitucional si queda justificada por razones objetivamente atendibles, sólo la desigualdad arbitraria estaría prohibida. La discriminación se hace coincidir con la desigualdad arbitraria. Por su parte, GIMÉNEZ GLUCK, D., 2010, p. 154, afirma que la distinción entre cláusula general de igualdad y cláusulas específicas de no discriminación se proyecta, a su vez, sobre las relaciones entre particulares, hasta el punto de que la primera no se aplica a las mismas y las segundas sí. Siguiendo a PARRA LUCÁN, M. A., 2016, p. 47, en la incidencia del principio de no discriminación en el ámbito de la contratación privada es preciso establecer claramente las reglas, el alcance de la limitación y sus consecuencias,

No cabe duda acerca del reconocimiento de la protección de los derechos fundamentales que ha de ser garantizada a los particulares frente a los poderes públicos en las relaciones verticales⁸². Por el contrario, el trato desigual en las relaciones horizontales, las existentes entre particulares, es mayor que el que procede de las relaciones con entidades públicas⁸³. Por ello, cuando se trata de relaciones entre particulares, el reconocimiento de la citada protección ha sido objeto de debate por la doctrina, ya que entra en colisión la protección de varios derechos fundamentales⁸⁴. Por un lado,

porque la igualdad no siempre es exigible, ni aun dentro del mercado, cuando la diferencia de trato se aplica a situaciones que justifican la desigualdad. Afirmación que entiendo plenamente aplicable al ámbito del derecho de asociación.

⁸² Existe unanimidad en la doctrina sobre el carácter vinculante de los derechos fundamentales a los poderes públicos, igual que se reconoce una cierta protección de los derechos fundamentales de los particulares frente a otros particulares. Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1993, pp. 58 y 63, VON MÜNCH, I., 1997, p. 89. No obstante, como indica ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1997, p. 160, homogeneizar el funcionamiento interno de las asociaciones exigiendo el cumplimiento de requisitos semejantes a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos limita la libertad de autoorganización de las asociaciones en cuanto que de trasladarse las normas de derecho administrativo sancionador no queda más remedio que calificarlas como imperativas, declarando nulas las cláusulas estatutarias contrarias a dichas normas. Siguiendo a DE VERDA Y BEMONTE, J. R., 2011, p. 857, DE VERDA Y BEMONTE, J. R., 2012, p. 44, los derechos fundamentales no pueden vincular igual a los particulares que a los poderes públicos, ya que mientras los últimos son sólo destinatarios (sujetos pasivos obligados) de los derechos fundamentales, los primeros son simultáneamente titulares y destinatarios de derechos fundamentales y libertades públicas diversas por lo que, en el caso concreto, el reconocimiento de la eficacia vinculante de un derecho fundamental en el marco de una relación *inter privatos* comportará la limitación de otro derecho fundamental de una de las partes.

⁸³ En relación al alcance del principio de igualdad, la STC 76/1990, de 26 de abril de 1990 (BOE núm. 129 de 30 de mayo de 1990), en su fundamento de derecho noveno señala: «a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos». Siguiendo a CARRASCO PERERA, A., 1991, p. 12, ningún particular está obligado a realizar un programa de igualdad de sexos. Los particulares no están obligados a realizar valores constitucionales. Como señala el autor, otra cosa es que el valor constitucional pueda actuar como límite ex artículo 1255 CC a la autorregulación privada.

⁸⁴ Siguiendo a ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1993, p. 65, frente al Estado el problema consiste en decidir si alguno de sus órganos ha lesionado el derecho de un particular, mientras que en las relaciones entre particulares ha de resolverse una colisión de derechos. Por consiguiente, en el último supuesto, el Estado debe decidir entre no intervenir legitimando el resultado de la actuación libre de los particulares o intervenir afectando a esferas indivi-

el derecho de asociación, previsto en el artículo 22 CE, y presidido por el principio de autonomía de la voluntad, frente al derecho de igualdad del artículo 14 de la CE que impone restricciones específicas de no discriminación. Por otro lado, el derecho de autoorganización de la asociación frente a las facultades de los socios respecto de la asociación (las llamadas relaciones *inter privatos*) que integran, igualmente, lo relativo a la incorporación y la exclusión de la asociación como elementos que forman parte de ese contenido esencial del derecho de asociación. En este último caso en estrecha relación con el artículo 14 de la CE.

En esta línea, el mayor problema de admitir el carácter vinculante de los derechos fundamentales entre particulares se encuentra en determinar los efectos de su reconocimiento y en el modo en que dichos efectos deben ser conseguidos⁸⁵.

A fin de conocer sobre el reconocimiento de la protección de los derechos fundamentales y la primacía de unos derechos sobre otros, en el ámbito privado, es preciso referirnos brevemente a las teorías pioneras en la materia que provienen del Derecho alemán⁸⁶.

duales protegidas. Como indica FERRER I RIBA, J., SALVADOR CODERCH, P., 1997, p. 102, la autonomía del grupo y la protección del individuo se encuentran enfrentadas, por lo que no es raro que ambas partes invoquen el respaldo constitucional de dos facetas opuestas de un mismo derecho fundamental: el individuo alega el derecho a integrarse y participar en la asociación, mientras que los órganos sociales oponen el derecho de grupo a decidir libremente sobre la organización y el funcionamiento de la asociación.

⁸⁵ En este sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1993, p. 64. Como advierte LÓPEZ AGUILAR, J. F., 1990, pp. 174-177, la lectura sistemática de los artículos 9.1, 10 y 53 de la CE obliga a afirmar, por un lado, la existencia de derechos inherentes a la personalidad, pero por otro lado a que el fundamento del orden en el que aquellos derechos encuentran delimitación, o incluso restricción legítima, descansa sobre el respeto de los derechos ajenos. El amplio margen de juego de que dispone la libertad negocial para manipular el disfrute, ejercicio y negación negocial de la plenitud de los derechos inherentes a la dignidad personal, así como el correlativo respeto a los derechos ajenos, nos lleva a concretar la virtualidad jurídica del principio de sujeción al orden constitucional como no contradicción con su sistema objetivo de valores. Esta modalidad de sujeción se infiere del derecho positivo, sin que quepa confundir la manipulación de los derechos y libertades ajenas, ni con la incursión en el ilícito penalmente perseguido, ni con la posibilidad o no de accionar procesalmente tal manipulación. Para el autor, la garantía procesal de la protección de los derechos y ámbitos de libertad susceptible de vulneración en negocios *inter privatos* es una exigencia lógica de la CE y sin perjuicio de que hoy por hoy la defensa contra la negación negocial de los derechos fundamentales y libertades públicas producida de forma abusiva, extemporánea, extensiva o irreversible, la jurisprudencia la controla en torno a la teoría de la *Mittelbare Drittwirkung*, esta eficacia mediata de los derechos fundamentales se encuentra también sometida a la presión doctrinal y a la opinión pública tras la que evoluciona la legislación positiva.

⁸⁶ A este respecto, cabe afirmar con ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1993, p. 64, que la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales no otorga una respuesta al problema, sino que sirve para plantear los efectos que tiene el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Como señala OLIVA BLÁZQUEZ, F., 2016, pp. 344-345, la figura del *Drittwirkung* presupone la existencia de una colisión de derechos fundamentales contrapuestos (normalmente igualdad y libertad) siendo preciso determinar cuál de ellos prevalecerá. Para ello hay que llevar a cabo un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales del ciudadano, presuntamente violados, y el principio de la autonomía de la voluntad.

En Alemania se denomina *Drittwirkung*⁸⁷ a la teoría que afirma la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares⁸⁸. La eficacia de dichos derechos depende de la posición que ostenten las partes en la sociedad y de la operatividad del principio de autonomía privada, constitucionalmente protegido. Existen varias matizaciones de esta doctrina, siendo las dos fórmulas principales la eficacia inmediata de los derechos fundamentales y la eficacia mediata de los mismos.

La eficacia inmediata, que según una parte de la doctrina tiene menor trascendencia que la segunda⁸⁹, supone que los derechos fundamentales vinculan a los particulares sin intervención de los poderes públicos. Los particulares, en sus relaciones con otros particulares, tiene los mismos derechos y los mismos deberes que los poderes públicos con los ciudadanos, mientras que la eficacia mediata significa que, en las relaciones entre particulares, los valores constitucionales informan al derecho privado, igual que se proyecta sobre el resto del ordenamiento, y, por ello, han de ser respetados en la legislación de derecho privado, así como en las decisiones judiciales adoptadas en interpretación de aquella⁹⁰.

La teoría del *Drittwirkung* puede encontrar en nuestro ordenamiento apoyo en preceptos de la Constitución de 1978⁹¹, concre-

⁸⁷ Para más información sobre las teorías de la *Drittwirkung* cfr. LÓPEZ AGUILAR, J. F., 1990, pp. 49-60. Es preciso matizar que no todos los derechos fundamentales pueden desarrollar este efecto. Algunos derechos, debido a su naturaleza, solo pueden orientarse hacia el Estado. Más información VON MÜNCH, I., 1997, pp. 34 a 42.

⁸⁸ VON MÜNCH, I., 1997, p. 27, advierte que el término *Drittwirkung* se refiere a la vigencia de derechos fundamentales entre ciudadanos en el tráfico jurídico privado. Fórmula más restrictiva que la expresión vigencia de derechos fundamentales en derecho privado.

⁸⁹ Para ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1993, p. 64, la *Drittwirkung* inmediata es un instrumento demasiado simple para resolver problemas prácticos variados y complejos como los que plantea la vigencia social de los derechos fundamentales.

⁹⁰ Vid. FERRER I RIBA, J., SALVADOR CODERCH, P., 1997, p. 91, DE VERDA Y BEMONTE, J. R., 2011, pp. 859-860, DE VERDA Y BEMONTE, J. R., 2012, p. 46. En opinión de VENEGAS GRAU, M., 2004, pp. 231-232, tanto para la *Drittwirkung* indirecta como para la directa la articulación de los derechos fundamentales y el principio de autonomía exige, en caso de litigio, una ponderación que se realizará utilizando los mismos criterios: la autonomía real de la parte que se considera perjudicada por un acuerdo y la dignidad de ese mismo sujeto. Para la autora, ambas construcciones se traducen en resultados equiparables: el reconocimiento, en su caso, de la eficacia horizontal de un determinado derecho, ya sea de forma directa, ya sea invocando la tesis de la irradiación. Concluye que si los presupuestos son lo mismo, los criterios de resolución de conflictos idénticos y las consecuencias equivalentes no parece posible descartar la *Drittwirkung* directa sin desechar la indirecta. Dentro del actual Estado Constitucional es difícil negar la proyección horizontal de los derechos fundamentales y, en consecuencia, hay que admitir que esta se puede llevar a cabo según la *Drittwirkung* directa mediante una ponderación de los derechos en conflictos, que al incorporar el criterio de libertad real y de la dignidad, como factores para resolver el litigio, se pone al servicio del principio de autonomía. Por todo ello, autonomía de la voluntad y *Drittwirkung* directa no se oponen ni excluyen, sino para lograr la primera es necesario aceptar la segunda.

⁹¹ Para DE VEGA GARCÍA, P., 2003, p. 38, aunque en nuestra CE no hay una referencia a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, no puede obviarse que en ella se

tándose este concepto en la expresión «vigencia horizontal» o eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Y en ella se recoge ese criterio alemán de mayor limitación de la libertad privada en supuestos de asociaciones con situaciones de predominio o de representación de intereses económicos o sociales de esas asociaciones⁹². Con todo, no han faltado en la doctrina española posturas reticentes al *Drittwirkung*⁹³. Pero es innegable que la autonomía de la voluntad no tiene ese alcance ilimitado que impida la acción de los entes públicos al objeto de delimitar su contenido impidiendo que traspase los límites constitucionales⁹⁴.

No obstante, pese a la eficacia mediata que parece, según una parte de la doctrina, reconocer la doctrina constitucional española⁹⁵, en nuestra opinión, de los preceptos constitucionales no se

reconocen derechos como el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, a una información veraz, o la libertad de cátedra, entre otros, cuyas posibles colisiones solo son pensables en las relaciones entre particulares. Por su parte, DE VERDA Y BEMONTE, J. R., 2011, p. 858, DE VERDA Y BEMONTE, J. R., 2012, p. 45, señala que en nuestro ordenamiento no existe una base textual general que fundamente la *Drittwirkung*. Sin embargo, contamos con una serie de normas constitucionales que pueden ser invocadas a fin de fundamentar la anterior teoría. En este sentido, tenemos los artículos 1.1, 9.1 y 10.1 de la CE.

⁹² Vid. PÉREZ ESCALONA, S., 2005, p. 155. La autora añade que en ausencia de previsión legal, se han manejado dos tipos de criterios con el fin de recortar el ámbito de autonomía asociativa en la admisión de socios. Por un lado, el criterio de la posición monopolística en el ámbito de actividades de que se trate, y por otro lado, el criterio de la función económica y social.

⁹³ Como advierte DÍEZ PICAZO, L. M., 2003, pp. 140-141, DÍEZ PICAZO, L. M., 2013, pp. 144-145, negar que los derechos fundamentales rijan entre particulares presenta dos ventajas. Por un lado, en el plano teleológico pone de relieve que la idea de que los particulares se vean vinculados en su actuación por los derechos fundamentales es incompatible con la autonomía privada y, por tanto, contraria a la noción de libertad. Por otro lado, en el plano sistemático, dado que resulta irrealista sostener que todos los derechos fundamentales deben regir plenamente en cualesquiera relaciones entre los particulares, hace que los defensores de la eficacia horizontal se vean abocados a diferenciar derechos y situaciones siendo la dificultad prácticamente insalvable. Ello dado que no es claro qué criterio racional y objetivo puede emplearse para decidir cuándo debe haber eficacia horizontal y cuándo no. En todo caso, el autor señala que no cabe olvidar que en algunas ocasiones el Tribunal Constitucional ha otorgado eficacia horizontal a los derechos fundamentales, y ello parece ocurrir principalmente en dos sectores: las relaciones laborales y las relaciones internas de las asociaciones. En relación a estas últimas afirma que están teñidas de las tensiones por el poder que caracterizan a cualquier organización. Por ello, al igual que en las del ámbito laboral, el autor considera preferible que el legislador indique claramente qué derechos fundamentales y en qué medida despliegan su eficacia. En opinión de LLORENTE SAN SEGUNDO, I., 2016, p. 110, dado que los derechos fundamentales no operan por igual en las relaciones *inter privados*, se debe respetar con sumo cuidado la libertad individual, evitando una invasión desmesurada del principio de autonomía privada y de la libertad contractual, y, en suma, del derecho privado, de ahí que la doctrina del *Dritt-wirkung der Grundrechte* deba reservarse a los supuestos más graves de alteración de los derechos fundamentales, esto es, a aquellos que agrediendo valores esenciales supongan un atentado contra el orden público.

⁹⁴ En esta línea DE VEGA GARCÍA, P., 1994, p. 56, DE VEGA GARCÍA, P., 1996, p. 280.

⁹⁵ Para FERRER I RIBA, J., SALVADOR CODERCH, P., 1997, pp. 92-93, el planteamiento de la doctrina más moderada que representa la *mittelbare Dritt-wirkung* (vinculación mediata o indirecta) es la que, en lo esencial, hace suya el Tribunal Constitucional español. Se dice que son los tribunales ordinarios quienes han de interpretar las reglas del derecho privado teniendo en cuenta la eficacia irradiante de las decisiones valorativas propuestas en

deduce una prohibición a la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones privadas⁹⁶. Nuestro Tribunal Constitucional ha adaptado la doctrina alemana, en sus resoluciones jurisprudenciales, matizando, en función del caso concreto, el alcance de la vinculación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, lo que ha generado, a juicio de un sector de la doctrina, la producción de ciertas distorsiones⁹⁷.

Una teoría alternativa a la hora de ponderar la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas se ha generado en Estados Unidos, concretada en la interrelación entre el interés público a la no discriminación y el derecho privado a la autoorganización de sus asociaciones. En este contexto la regla general sería la primacía del principio de no discriminación sobre la autonomía asociativa. Relación que quedaría invertida en dos supuestos: 1. *Expressive association*, cuando la asociación privada tenga por objeto defender en la sociedad una concreta posición política, ideológica o social, respecto de la cual aquella se configura como garantía instrumental de su libertad de expresión que resultaría afectada por la condición personal del aspirante a ser admitido, o del socio que pretende ser expulsado; 2. *Intimate association*, cuando la asociación tiene por objeto compartir aspectos de la vida de un determinado número reducido de personas, esto es, de pequeños grupos en que los miembros tienen fuertes vínculos de carácter personal o social⁹⁸. Solo en este segundo tipo de asociaciones ope-

las normas sobre derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional alemán, tras el caso *Lüth*, afirmó su competencia para revisar sentencias civiles que contuvieran apreciaciones incorrectas sobre el alcance de normas constitucionales sobre derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. No estimando obstáculo a ello que las leyes procesales exigieran, para el recurso de queja ante él, que la violación del derecho proviniera de un poder público.

⁹⁶ BILBAO UBILLOS, J. M., 1997, p. 327, considera que la norma constitucional, como norma de comportamiento que es, está habilitada para incidir en el contenido de las relaciones privadas. En opinión de NARANJO DE LA CRUZ, R., 2000, p. 215, los derechos fundamentales, en su doble vertiente subjetiva y objetiva, son el fundamento de todo el ordenamiento jurídico y aplicables en todos los ámbitos de actuación humana de forma inmediata. Por esta razón, las normas de derechos fundamentales de la CE generan derechos subjetivos de los ciudadanos oponibles no solo a los poderes públicos sino también a los particulares.

⁹⁷ En este sentido, FERRER I RIBA, J., SALVADOR CODERCH, P., 1997, p. 88.

⁹⁸ Cfr. PÉREZ ESCALONA, S., 2005, pp. 158-162; PÉREZ ESCALONA, S., 2007, pp. 220-228; GIMÉNEZ GLUCK, D., 2010, pp. 159-160. La doctrina americana, de apoyo al interés prevalente del Estado en la no discriminación que solo la admite en los supuestos ya citados de *expressive* e *intimate association*, quedó afectada a partir del caso *Boys Scouts vs. Dale*. En ella la corte confirmó el derecho de los Scouts a expulsar al miembro James Dale por motivo de su orientación sexual afirmando que tal discriminación quedaba justificada para asegurar el mantenimiento de la ideología del grupo. La sentencia [*Boy Scouts of America v. Dale* (99-699) 530 U. S. 640 (2000)] en sus fundamentos señala: «*Having determined that the Boy Scouts is an expressive association and that the forced inclusion of Dale would significantly affect its expression, we inquire whether the application of New Jersey's public accommodations law to require that the Boy Scouts accept*

raría la discriminación como un derecho casi absoluto de los miembros del grupo, pues en el primer caso tal discriminación solo se justifica en la no afección a los fines que constituyen el objeto de la asociación.

En todo caso, a nuestro juicio es innegable que el artículo 14 de la CE debe operar como límite del principio de autonomía privada o de la voluntad, pues los particulares dentro de sus actividades han de dar también cumplimiento no tanto al principio de igualdad como al principio de no discriminación que el precepto constitucional contiene, según vimos en las sentencias tratadas en los apartados precedentes. Ello sin perjuicio de que la eficacia de ese artículo 14 sea menor en el ámbito jurídico-privado que en el ámbito de las relaciones con los poderes públicos. Aun partiendo del predominio de la libertad que preside la voluntad individual sobre la igualdad general que proclama el precepto constitucional, afirmamos que el mismo prohíbe, a esa autonomía privada, realizar discriminaciones que supongan un ejercicio arbitrario de su derecho y representen una violación del orden público constitucional en el que se integran el abanico de derechos fundamentales del que los particulares figuran como sujetos destinatarios⁹⁹.

Podríamos decir que en la noción de discriminación se incorpora un grado superior al que se da en la simple diferenciación, aun cuando esta puede ser considerada no razonable. Y ese mayor grado, que se incorpora en la discriminación, se vincula al efecto vejatorio que produce en el afectado y, en su caso, en el grupo al que este pertenece. Todo ello incidiendo en la dignidad de la persona¹⁰⁰.

Dale as an assistant scoutmaster runs afoul of the Scouts' freedom of expressive association. We conclude that it does».

⁹⁹ Es razonable afirmar con BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., 1990, pp. 423-425, que las sentencias del Tribunal Constitucional que se han ocupado directamente de las relaciones entre la autonomía privada y el principio de igualdad del artículo 14 de la CE, junto con la doctrina general elaborada por el alto tribunal sobre la interpretación y aplicación del mencionado principio constitucional, permiten señalar que el artículo 14 de la CE forma parte de nuestro orden público y, por ello, opera como límite al principio de la autonomía privada o de la voluntad reconocido también en nuestra Constitución, a través del reconocimiento de la libertad. La eficacia del artículo 14 de la CE dentro del ámbito jurídico-privado es mucho menor que frente a los poderes públicos, pero este artículo prohíbe, como parte del orden público nacional, que el ejercicio arbitrario de la autonomía privada produzca discriminaciones manifiestas contrarias a las expresamente previstas en él: nacimiento, raza, sexo, religión u opinión. Como también prohíbe discriminaciones derivadas de otras condiciones o circunstancias personales o sociales, siempre que estas, al igual que las expresamente enumeradas, tengan por razones históricas, geográficas, económicas o de cualquier índole, la trascendencia social indispensable para que dicha prohibición alcance el valor de orden público.

¹⁰⁰ A este respecto BILBAO UBILLOS, J. M., 2006, pp. 155-157, señala que los factores a tener en cuenta por el juez al hacer la ponderación de la discriminación son fundamentalmente tres: 1. La repercusión social de la discriminación; 2. La posición dominante

2. LA INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN EL CONTENIDO ESTATUTARIO DE LAS ASOCIACIONES BASADO EN SU AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Los poderes públicos han de velar por la protección equilibrada de dos derechos al objeto de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares¹⁰¹. Por un lado, deben respetar la libertad reconocida a las asociaciones en su organización y, por consiguiente, en la elaboración de sus estatutos, y por otro lado tienen que evitar la infracción de los derechos fundamentales de otros particulares. Afirmación que no significa que deban intervenir aplicando analógicamente el derecho público en el ámbito de las relaciones entre particulares¹⁰². El control judicial ha de enfocarse en las extralimitaciones o excesos de los órganos sociales que supongan arbitrariedad¹⁰³.

Es una evidencia que la vinculación de los derechos fundamentales opera de desigual manera en las relaciones entre particulares que en las de estos con los poderes públicos y ello porque la situación de ambos tipos de sujetos frente a los derechos fundamentales es distinta. Mientras que los entes públicos son titulares pasivos de los derechos fundamentales, y con ello obligados a respetarlos y en caso de producirse una violación de los mismos a reponerlos, los particulares son sujetos activos y pasivos, y por tanto titulares de derechos que pueden entrar en conflicto, en cuanto que el reconocimiento de la eficacia de uno necesariamente supondrá la limitación de otro.

Es en esa diferente situación del sujeto vinculado por el derecho fundamental donde se ubica el alcance de la eficacia del derecho en las relaciones entre privados, o de estos con los entes públicos, y no tanto, entiendo, en criterios de eficacia directa o indirecta de los derechos fundamentales en tales relaciones¹⁰⁴.

o monopolística de la entidad discriminadora; 3. La posible afección al núcleo esencial de la integración o dignidad moral de la persona discriminada.

¹⁰¹ Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1993, pp. 66 y 67.

¹⁰² A este respecto existen diversas opiniones en la doctrina, para ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1997, p. 161, la asociación es un contrato y las relaciones entre socios y asociación se sujetan por analogía al derecho de sociedades y la expulsión de los asociados, en particular, a las normas sobre exclusión de socios.

¹⁰³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1997, pp. 169-173, considera que cuando los órganos sociales se excedan en sus competencias, el socio afectado tendrá derecho a que un juez revise la decisión y la anule. Para el autor, al estar ante reglas contractuales, el examen de las reglas estatutarias deberá limitarse a determinar si son contrarias a la moral o al orden público constitucional, de conformidad con el artículo 1255 CC.

¹⁰⁴ Es razonable afirmar con DE VERDA Y BEMONTE, J. R., 2011, pp. 861-862, DE VERDA Y BEMONTE, J. R., 2012, p. 48, que si bien la tesis de la eficacia indirecta acierta en que no puede ser idéntica la vinculación de los sujetos privados y de los poderes públicos a los derechos fundamentales, desconoce que en el ámbito de las relaciones entre particu-

Criterios de la eficacia directa o indirecta que sí han tenido incidencia a la hora de configurar el control, por el Tribunal Constitucional, de la infracción de esos derechos fundamentales y ello como consecuencia de las limitaciones que legitiman la interposición del recurso de amparo en nuestro ordenamiento jurídico¹⁰⁵. Solo el acto proveniente de un ente público, o imputable a él, permitirá la interposición directa del recurso de amparo¹⁰⁶.

La afirmación precedente deriva de que, en el ámbito de las relaciones privadas, los actos que provoquen afecciones o limitaciones a derechos fundamentales deben ser planteados por el titular afectado ante la jurisdicción ordinaria, y serán los jueces los competentes para la interpretación de la norma y el control de los usos, así como la concreción de cláusulas generales del derecho privado. Por esta razón, son los jueces los que ayudan a dotar de vigencia social a los derechos fundamentales, pero con el límite de no traspasar el ámbito del principio constitucional que representa en las relaciones privadas la autonomía de la voluntad. Ello exige, como se ha reiterado en este trabajo, tener presente, como norma de aplicación en la solución de los conflictos, el contenido estatutario que organiza la actividad y funcionamiento de la concreta asociación.

Expuesto lo anterior, y sobre la base de una actuación de la jurisdicción ordinaria que vaya más allá del amparo legal recibido, provocando interpretaciones de derecho privado que originen una desprotección en los derechos fundamentales de un particular, se permitirá, de conformidad con el artículo 41.1 de la LOTC¹⁰⁷, la revisión de tal decisión en amparo.

En consecuencia, entendemos que estamos ante un control indirecto de la constitucionalidad de actos que derivan de la autonomía

lares hay peculiaridades que no existen en las relaciones de estos con los poderes públicos y ello porque en las relaciones *inter privados* aparecen implicados sujetos que simultáneamente son titulares y destinatarios de derechos fundamentales directos, susceptibles de entrar en colisión en cuanto que se limitan recíprocamente. Además, dichas relaciones están presididas por el principio de preeminencia de la autonomía de la voluntad con el apoyo del artículo 10.1 de la CE que es extraño a las relaciones verticales.

¹⁰⁵ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.2 de la LOTC: «2. *El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes*».

¹⁰⁶ BILBAO UBILLOS, J. M., 1997, p. 224, señala que la solución procesal es una construcción artificiosa, pues supone interpretar que la resolución judicial que confirma la existencia de un acto lesivo de un derecho fundamental es el origen directo de la supuesta violación.

¹⁰⁷ Artículo 41.1 LOTC: «*Los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 de la Constitución*».

privada, mediante el mecanismo diseñado por el propio Tribunal Constitucional, y del que es fiel reflejo la STC 18/1984, de 7 de febrero¹⁰⁸. Dicha sentencia, partiendo de la restricción, que en cuanto a la legitimación del recurso de amparo se contiene en nuestro ordenamiento jurídico al operar solo en lesiones procedente de poderes públicos, resuelve adecuadamente el problema procesal con una presunción que, tomando como base el deber de los poderes públicos, y por ello de los jueces, de salvaguardar los derechos fundamentales, permite suponer el incumplimiento de tal deber cuando no se restablece el derecho fundamental lesionado en actos de autonomía privada. Y de esta manera posibilita el control del Tribunal Constitucional mediante la vía de amparo¹⁰⁹.

Asimismo, es preciso señalar que este control indirecto de constitucionalidad, que en nada desvirtuaría una eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas¹¹⁰, está matizado por la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional operada a través de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Ley que reclama de quien recurre en amparo, a través de sus artículos 49.1 y 50.1.b, justificar la especial trascendencia constitucional del recurso, orientado a preservar o restablecer el derecho o libertad que se estime vulnerado, así como a determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales.

Por otra parte, y aunque no es objeto de desarrollo en este trabajo quiénes son los órganos judiciales competentes para resolver los conflictos en las relaciones particulares con afectación a dere-

¹⁰⁸ La sentencia, en el apartado sexto de sus fundamentos jurídicos, señala: «...el recurso de amparo se configura como un remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales, cuando los poderes políticos han violado tal deber. Esta violación puede producirse respecto de las relaciones entre particulares cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos, que normalmente corresponde a los Jueces y Tribunales a los que el Ordenamiento encomienda la tutela general de tales libertades y derechos (art. 41.1 de la LOTC). En este sentido, debe recordarse que el Tribunal ha dictado ya Sentencias en que ha admitido y fallado recursos de amparo contra resoluciones de órganos judiciales, cuando los actos sujetos al enjuiciamiento de los mismos provenían de particulares...».

¹⁰⁹ De acuerdo con DE VERDA Y BEMONTE, J. R., 2011, p. 868-869, DE VERDA Y BEMONTE, J. R., 2012, pp. 53-54, el reconocimiento de la *Driwirkung der Grundrechte* por parte de la sentencia comentada no es empañado por la circunstancia de que el ordenamiento español no prevea el recurso de amparo contra los actos de los particulares lesivos de los derechos fundamentales. El alto tribunal acudió al expediente de buscar un poder público al que imputar la violación de un derecho fundamental. La premisa de la que parte dicha imputación es que el artículo 9.1 de la CE, que sanciona la sujeción de los poderes públicos a la Constitución, contiene un mandato dirigido a los poderes públicos que se traduce en un deber positivo de dar efectividad a los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones entre particulares. Y cuando aquello no cumplen dicho mandato, caso de la jurisdicción ordinaria que incumpla el deber de restablecimiento de derechos fundamentales lesionados por actos de autonomía privada, quedan abiertas las puertas al recurso de amparo.

¹¹⁰ En este sentido, DE VERDA Y BEMONTE, J. R., 2011, pp. 869-870, DE VERDA Y BEMONTE, J. R., 2012, p. 54.

chos fundamentales, interesa apuntar que, tras la LODA, y siguiendo la línea ya trazada por su predecesora Ley de 1964 y el decreto de 1965, será la jurisdicción civil ordinaria la competente para resolver los conflictos en el seno de las relaciones privadas. Habilitando, de conformidad con su artículo 40, la legitimación a cualquier asociado, cuando se trate de impugnar acuerdos contrarios a los estatutos, y extendiéndola, junto a esos asociados, a cualquier persona que acredite interés legítimo cuando se impugnen acuerdos contrarios al ordenamiento jurídico.

En este sentido de afirmar la competencia de la jurisdicción civil, es de interés citar la reciente STS 531/2016, de 18 de febrero. El objeto de la sentencia es la resolución de recurso extraordinario por infracción procesal planteado por socio de la Muy Venerable Hermandad de San Isidro Labrador, contra sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Málaga que, estimando la demanda de la Asociación, revocó la sentencia de primera instancia y declaró la no competencia de la jurisdicción civil para el conocimiento del asunto litigioso, correspondiendo a la eclesiástica.

Asunto litigioso que se centraba en la demanda del miembro de la sociedad, interpuesta ante el Juzgado de 1.^a instancia de Estepona, contra los acuerdos adoptados por el Cabildo General y Elecciones de la hermandad. Acuerdos relativos a presentación de presupuestos, aprobación de estado de cuentas y balance económico, y elecciones a Junta de Gobierno, mediante acción de nulidad del art. 2.5 LODA, y subsidiaria de anulabilidad, por vulneración del art. 22.1 CE, varios artículos de la LODA, así como artículos de los estatutos de la Hermandad.

Sin entrar en el tema del allanamiento a la demanda de instancia por la demandada, el recurso extraordinario por infracción procesal se centra en la decisión, de la Audiencia Provincial de Málaga, de considerar a la jurisdicción civil no competente para resolver el conflicto litigioso y ser la eclesiástica la competente.

A este respecto, conviene recordar lo manifestado por la Sala en el punto 2 del fundamento de derecho cuarto, que dice:

«El conocimiento de una demanda de protección jurisdiccional civil del derecho fundamental de asociación interpuesta por un ciudadano español contra una asociación inscrita en un registro administrativo español y domiciliada en territorio español, por hechos acaecidos en España, corresponde a la jurisdicción española, y en concreto a la jurisdicción civil.»

Añadiendo en el punto 3 de dicho fundamento de derecho:

«la cuestión que se plantea en la demanda origen de este proceso, no atañe a la delimitación de la competencia de la jurisdicción civil

o eclesiástica, sino a la correcta delimitación del derecho de asociación del que son titulares tanto el demandante, socio de la Hermandad, como la propia Hermandad, así como el juego que en esta cuestión tienen otros derechos fundamentales, como el de libertad religiosa. Y, en consecuencia, cual es el alcance del control que un órgano jurisdiccional del Estado puede realizar del funcionamiento interno de una asociación privada religiosa, en concreto, si dicho control puede alcanzar al ámbito de autoorganización propio de una asociación de este tipo y, en su caso, hasta qué grado y en qué aspectos», «... La consecuencia de la consideración de la Audiencia debería haber sido (de no haber mediado el allanamiento) la desestimación de la demanda por considerar que la cuestión planteada en la demanda afectaba al ámbito de autoorganización reconocido a las asociaciones religiosas. Pero no podía traer como consecuencia declinar el conocimiento del litigio a una jurisdicción que no es una de las reconocidas como tales en la Ley Orgánica del Poder Judicial.»

Por último, la Sala, en el último párrafo del punto 4 del citado fundamento de derecho cuarto, señala:

«Por tanto, debe abandonarse esta tesis que declara la falta de competencia de la jurisdicción civil para conocer de estos litigios en los que se demanda a personas jurídicas constituidas en el seno de las confesiones religiosas reconocidas en el Estado español y, en concreto, en el de la Iglesia Católica y residenciar la solución al problema en el reconocimiento de un amplio ámbito de autoorganización a las asociaciones religiosas que determina que la demanda no pueda prosperar cuando la pretensión afecte a este ámbito en el que las asociaciones religiosas, pueden autoorganizarse, sin que sea posible la intervención de las autoridades estatales y, en concreto, de las judiciales.»

Por todo ello, la sentencia resuelve estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el afectado contra la sentencia de apelación. Sentencia que se declara sin valor y efecto alguno en lo relativo a la falta de competencia del orden jurisdiccional civil para el conocimiento del asunto litigioso.

En nuestra opinión, la sentencia analizada tiene relevancia por la afirmación, en ella contenida, de la competencia de la jurisdicción civil para la resolución de conflictos sobre derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones horizontales o entre privados, sin perjuicio de la reiteración que hace de la doctrina del control limitado judicial en materia de las decisiones tomadas por las asociaciones privadas en el seno de sus facultades de autoorganización.

Igualmente debemos señalar que hoy es de aplicación el artículo 249 de LEC que, dentro del juicio ordinario, en su número 2,

prevé su tramitación con carácter preferente cuando se trate de la tutela judicial civil de cualquier derecho fundamental¹¹¹.

Con ello, desaparece el procedimiento sumario especial recogido en la derogada Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona del que se hacía eco, entre otras, la STS 2932/2000, de 10 de abril, que con ocasión de recurso de casación interpuesto por la asociación de la prensa de Cádiz contra sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz confirmatoria de la del Juzgado de 1.^a instancia, estimatorias ambas de la demanda del socio expulsado declarando nulos el acuerdo de expulsión adoptado en Asamblea General de la asociación, validaba el empleo del mismo, cuando en su fundamento segundo decía:

«... la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1992, despojó la duda suscitada en favor de la plena idoneidad del procedimiento especial pues los derechos fundamentales cuya tutela se invoca, pueden ser conculcados o violados no solo por los poderes públicos o por personas o funcionarios dependientes de los mismos o que tengan carácter oficial, sino también por particulares o personas privadas, sean físicas o jurídicas; y, por ello, al formularse una reclamación civil que tiene su origen en la falta de respeto a derechos de aquella naturaleza, no se debe eludir la licitud y aplicabilidad al caso del proceso que se considera, es verdad, que cabría examinar otros cauces idóneos, como son el juicio ordinario, sin necesidad de acudir al especial, pero aquel, no obstante, circunscribe su objeto a pretensiones fundadas en normas legales y no tiene, como objeto específico la vulneración de derechos fundamentales; e incluso, frente a actuaciones arbitraria que no respetan mínimamente las formas estatutarias, procedería la tutela interdictal de derechos, cuando estos sean derechos entroncados con la personalidad y relativos a cualidades o estados permanentes...»

El interés en recordar las consideraciones de esta sentencia reside en que, junto a la afirmación de la procedencia del procedimiento sumario, se señala la idoneidad del juicio ordinario para resolver conflictos de intereses donde esté implicada la vulneración de derechos fundamentales, como es el de asociación. Juicio ordinario que, como hemos visto, hoy deviene en la única vía procedente tras dejar de tener vigencia el procedimiento especial con

¹¹¹ Tal como indica MORA ALARCÓN, J. A., 2005, p. 105, el artículo 24 de la CE señala, por un lado, el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de todas las personas sin que pueda producirse indefensión y, por otro lado, señala el derecho que todos tienen al juez predeterminado por la ley como garantía de un proceso debido sin dilaciones indebidas. Además, el artículo 53 de la CE establece la posibilidad de acudir a los tribunales ordinarios para recabar la tutela de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 CE, mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Procedimiento este que hoy se regula como procedimiento ordinario en el artículo 249.2 de la LEC.

la derogación de la Ley 62/1978, antes citada. Y que recoge el carácter preferente a que se hace referencia en el artículo 53.2 de la CE, cuando regula el derecho de los ciudadanos a *recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo Segundo*.

Junto a todo lo expuesto, también es relevante referirse, en este apartado, a la intervención de las entidades públicas en el cumplimiento del principio de igualdad. Entendemos que los poderes públicos no pueden permanecer al margen de situaciones de discriminación, que no de diferenciación, que se produzcan en el ámbito de las relaciones privadas. Ello tanto sancionando actuaciones ilícitas como favoreciendo actuaciones tendentes al efectivo logro de la igualdad y no discriminación.

En esta línea, la LODA, en su artículo 4, tras decir en su número 3 que el otorgamiento de ayudas o subvenciones públicas y en su caso el reconocimiento de otros beneficios estará condicionado al cumplimiento de los requisitos que en cada caso se establezcan¹¹²; en su número 5 impide a los poderes públicos otorgar ayudas a las asociaciones que en el proceso de admisión o en su funcionamiento lleven a cabo actuaciones discriminatorias. Y en su número 6 prevé no facilitar ayuda económica o de cualquier otro tipo que por su actividad promuevan o justifiquen el odio o la violencia contra personas o justifique delitos de terrorismo o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de esos delitos¹¹³.

Fuera de los casos constitutivos de delito, con las medidas de fomento se abre un vínculo, entre la actividad pública y la actividad privada, que contribuye a dar una posición de dominio o relevancia de una concreta asociación que impide, fuera de su seno,

¹¹² En opinión de GONZÁLEZ PÉREZ, J., FERNÁNDEZ FERRERAS, G., 2002, p. 165, las ayudas y subvenciones públicas a las que se refiere el número 3 del artículo 4 no deberán condicionarse en unos términos que limiten el contenido esencial de la libertad asociativa, ya que ni siquiera la voluntad que preside el acceso a tales ayudas puede justificarlo. Para los autores el fomento y ayuda de la administración está al servicio de favorecer y facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales. En este caso el del derecho de asociación, sin que de ello deriven restricciones o limitaciones que, en otro caso, no existirían.

¹¹³ Como señalan GONZÁLEZ PÉREZ, J., FERNÁNDEZ FERRERAS, G., 2002, pp. 171-174, el carácter orgánico de estos apartados impide la posibilidad de otorgar cualquier ayuda o subvención pública a cualquier administración (estatal o autonómica). Para los autores, el primer supuesto de prohibición guarda relación con otras previsiones de la LODA, en concreto con aquellas que exigen el carácter democrático de la organización y funcionamiento de las asociaciones y que imponen el sometimiento de los estatutos al ordenamiento jurídico. Con esta prohibición parece presuponerse, según el criterio de los autores, la posibilidad de que en los estatutos asociativos pueden existir normas discriminatorias pues con tal previsión esas asociaciones no podrán beneficiarse de acciones de fomento pero sí podrán constituirse pese a que en el artículo 2.4 se incluye, entre los principios que informan la reglamentación del derecho de asociación, que su organización y funcionamiento se llevará a cabo dentro del marco de la CE, la LODA y el resto del ordenamiento jurídico.

hacer efectivo el principio de libertad contractual y, por esta razón, habilita mayores controles a la no discriminación¹¹⁴.

V. PONDERACIÓN DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE AUTOORGANIZACIÓN DE LAS ASOCIACIONES FRENTE A LA PROTECCIÓN DE OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS ASOCIADOS O POTENCIALES ASOCIADOS

Una vez admitida la posibilidad de protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares por los poderes públicos, dentro del seno de las asociaciones, queda pendiente concretar en qué supuestos y bajo qué circunstancias la protección del derecho fundamental de asociación, en su dimensión autoorganizativa, cede a fin de garantizar la protección de los intereses de uno o varios de los miembros de la asociación¹¹⁵. Ello con el fin de evitar que se produzcan situaciones discriminatorias. En este sentido es necesario valorar, caso por caso, la trascendencia de la discriminación sufrida por los particulares individuales¹¹⁶.

Como se constató en el apartado relativo a los límites a la inadmisión de nuevos miembros, en derecho alemán se adoptan dos criterios delimitadores de la autonomía de la voluntad: la posición monopolística y la función económica o social de carácter más amplio¹¹⁷. El primero supone que aquella asociación que se encuentre en una posición de dominio¹¹⁸, en un determinado sec-

¹¹⁴ En este sentido, como advierte PÉREZ ESCALONA, S., 2005, pp. 157-158, cuando entre el poder público y la asociación existe una especial conexión, derivada de circunstancias como la obtención de subvenciones, la explotación en exclusiva de un dominio público o la autorización para prestar servicios al público, existen barreras de entrada que dificultan la creación de una asociación competidora.

¹¹⁵ Siguiendo a ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1993, p. 93, los problemas más relevantes en relación con las relaciones entre particulares son los relativos al ejercicio de su autonomía privada. Como advierte el autor, la cuestión se concreta en decidir en qué medida los derechos fundamentales son un límite a la autonomía privada.

¹¹⁶ En opinión de VIVES TESÓN, I., los derechos fundamentales no operan, por igual, en cualquier relación *inter privatos*. Por ello, la *Drittwirkung* sólo puede tener una solución caso a caso, donde la ponderación de los conflictos de derechos e intereses que subyacen en la horizontalidad se realice conforme a un *juicio de razonabilidad*. Sobre el juicio de razonabilidad vid. CARRASCO PERERA, A., 1984, pp. 39-106.

¹¹⁷ Cfr. FERRER I RIBA, J., SALVADOR CODERCH, P., 1997, pp. 103 a 106. En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, S., 2008, pp. 671-672, dice que el entendimiento tan limitado de la base razonable tan favorable a la libertad de la asociación sufre atenuaciones cuando concurren dos pautas: la posición dominante y perjuicio significativo que justifican una mayor intensidad del control judicial y un mayor intervencionismo jurisdiccional en las decisiones de la asociación. Señala que ambos criterios proceden nuevamente de la dogmática y jurisprudencia alemanas, y que han sido acogidos en la jurisprudencia de nuestro país.

¹¹⁸ Para ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1997, p. 177, en estos casos el control judicial de los estatutos y de la actuación de los órganos sociales ha de ser especialmente intenso, ya

tor, al ser la única existente no podrá negarse arbitraria e injustificadamente a la admisión de nuevos asociados. En cuanto a la segunda, se ha de tener presente la repercusión económica, social y cultural de la asociación, ya que cuanto mayor sea su trascendencia e influencia en la sociedad más limitaciones deberán tener para inadmitir potenciales asociados. Todo ello permite tener más amplia aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el seno de las relaciones horizontales.

En nuestro derecho ya hemos expuesto que la prohibición de discriminación alcanza también a las relaciones *inter privados*, si bien ello con un grado de intensidad distinto que en las relaciones verticales. Incluso, en el ámbito de las primeras, no puede desconocerse la necesidad de hacer matizaciones a ese alcance, que pondere el valor de la libertad consagrado en el artículo 1.1 de la CE como prevalente sobre el de la igualdad en el marco de la voluntad individual, y, por otro lado, evalúe esos valores en la concreta relación jurídico-privada de que se trate¹¹⁹.

En este contexto vimos que el tratamiento hecho por la jurisprudencia y la doctrina ha dado relevancia a la distinción entre relaciones jurídico-privadas sin trascendencia patrimonial y aquellas otras de carácter patrimonial¹²⁰. Entendido este último no solo en su afección económica sino también la trascendencia social, cultural o política.

que no existe garantía de la libertad contractual en la aceptación de los Estatutos por parte de los asociados.

¹¹⁹ En opinión de GARCÍA RUBIO, M. P., 2008, p. 184, GARCÍA RUBIO, M. P., 2009, pp. 368-369 el conjunto de casos en los que la ponderación entre los principios de libertad de elegir a la parte contratante y el derecho a la igualdad de trato deriva necesariamente en la imposición de la obligación de celebrar el contrato con aquel a quien se le negó en primera instancia, pues solo a través de esta celebración podrá hacerse efectivo su derecho a obtener la prestación en cuestión, sería el de los bienes o servicios que se prestan con carácter de monopolio y en los que la negativa del oferente monopolista a contratar con una persona en razón de su sexo equivale en la práctica a negarle la prestación en cuestión. Una vez analizadas las consideraciones de la autora, entendemos que, si bien estas afirmaciones lo son en el contexto de la regulación contenida en la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y en el seno de la operatividad de los principios de no discriminación y de libertad contractual que deben operar en las relaciones jurídico obligatorias puramente civiles o comerciales, son plenamente extensibles al marco del derecho de asociación en lo relativo a la mayor operatividad del principio de no discriminación cuando en las relaciones *inter privados* nos encontremos ante una situación de monopolio o de interés representativo de una concreta asociación.

¹²⁰ Como advierte DE VERDA Y BEMONTE, J. R., 2002, p. 481, la eficacia *inter privados* del derecho fundamental a la no discriminación hay que situarla preponderantemente en el ámbito de los actos de autonomía privada que dan vida a relaciones jurídicas de carácter patrimonial. En los negocios gratuitos el derecho fundamental a la no discriminación tendrá un escaso margen de incidencia. La incidencia del derecho fundamental a la no discriminación será, en cambio, mayor en los negocios onerosos, sobre todo cuando se trate de contratos sobre materias socialmente importantes y cuando el sujeto discriminador tenga una posición total o parcialmente dominante en el mercado o la sociedad.

La trascendencia económica la pudimos apreciar en la sentencia de la Comunidad de Pescadores de El Palmar donde la posición de dominio, que a dicha Comunidad se le otorgaba para ejercer la pesca en las aguas de la Albufera, era el presupuesto que derivaba en una actuación discriminatoria no asumible por el daño económico que de ello se infería para las mujeres a las que se les negaba su incorporación a la Comunidad¹²¹. Esta razón, en nuestra opinión, es la que justifica un mayor alcance del control judicial en las relaciones horizontales que, salvaguardando el principio de libertad que las inspira, impida que a través de él se dé amparo a trasgresiones de alcance constitucional.

La trascendencia social quedó reflejada en la sentencia relativa a la Asociación a favor del Alarde Tradicional de Irún. En ella el TS se apoya en la especial relevancia que en el ámbito de una Comunidad supone que celebraciones festivas de carácter popular sean organizadas en el marco de actividades de una determinada administración pública con sujeción a una concreta regulación reglamentaria. En estos casos la exclusión femenina resultaría injustificada pues, fuera de actos que rememoren o reproduzcan fielmente acontecimientos históricos, una exclusión por razón de sexo supondría determinar diferentes grados de participación, en acontecimientos con alcance popular, negando el principio de igualdad.

En la misma línea, están los casos de las Fiestas de moros y cristianos, celebradas en la localidad de Alcoy, y de las sociedades gastronómicas del País Vasco donde las discriminaciones por razón de sexo no pueden ser calificadas como tales fuera del contexto de una situación de monopolio o representativa de intereses culturales, sociales económicos o profesionales de la concreta asociación. Sin la concurrencia de una de esas situaciones estaríamos en supuestos de diferenciación amparados en el principio de libertad de asociación y no impedidos por el principio de igualdad y no discriminación.

En relación a las sociedades gastronómicas del País Vasco que, en nuestra opinión, carecen, en principio, de una relevancia económica, social, cultural o política que afecte a la libertad contractual de la mujer y, por tanto, que le impidan alternativas diferentes, la discriminación por razón de sexo estaría habilitada por la primacía del principio de libertad frente al de igualdad. Principio de libertad que, con carácter general, se produce en las asociaciones netamen-

¹²¹ Tal como advierte CLEMENTE MEORO, M., p. 13, puede afirmarse que como consecuencia de la posición de predominio de la asociación, la inadmisión de mujeres, hijas de pescadores, resulta abusiva, de conformidad con el artículo 7.2 CC y vejatoria (arts. 10 y 14 CE), y en consecuencia vulneradora de derechos fundamentales.

te privadas sin trascendencia patrimonial¹²². En consecuencia, no compartimos las afirmaciones hechas en el documento de la Defensoría de fecha 6 de julio de 2009, al que ya hemos hecho referencia en este trabajo, cuando considera no ajustados a norma los estatutos que discriminen, directa o indirectamente, a las mujeres.

Como ha quedado reflejado a lo largo del trabajo, lo importante, en este tipo de relaciones privadas, es evitar que la discriminación atente contra la dignidad del perjudicado¹²³. La desigualdad no limitará el derecho de autoorganización cuando existan razones justificadas y cuando no exista un daño constatable¹²⁴.

Los supuestos de exclusión de los miembros de una asociación se encuentran también estrechamente vinculados con la autonomía privada reflejada en los estatutos de las asociaciones. Como vimos, al estudiar las sentencias que específicamente se refieren a la expulsión de socios, nuevamente la posición de privilegio o monopolio, así como la relevancia económica, social o cultural, vuelven a tener un papel trascendente en la delimitación del alcance del control judicial en las relaciones privadas.

En el ejercicio del poder disciplinario, los aspectos en los que se apoya la jurisprudencia, para justificar un mayor alcance del control judicial, se concretan en la competencia, la forma o procedimiento y la aplicabilidad de los estatutos, también de utilización en los supuestos de admisión. Todo ello completado con la especial relevancia otorgada a la necesidad de no causar una lesión injustificada en el afectado¹²⁵.

Un ejemplo de la aplicación por el TS de los criterios que justifican un mayor control judicial sobre la autonomía de la voluntad, haciendo prevalecer el derecho fundamental de libertad de expre-

¹²² Como advierte BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 1990, p. 424, es inherente al propio concepto de autonomía privada el predominio de la voluntad individual sobre la igualdad: se contrata con quien se quiera y como se quiera...se asocia uno con quien quiera y para lo que quiera, se constituye una fundación para lo que uno quiera y con la dotación que se quiera, se ejercen los derechos frente a quien uno quiera, naturalmente todo ello dentro de los límites marcados por las normas imperativas.

¹²³ En este sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1993, p. 115. GÓMEZ MONTORO, A. J., 2004, p. 199, afirma, con ocasión de la admisión de nuevos socios que, según él, representa el ámbito de mayor autonomía de la asociación y por tanto de menores posibilidades de revisión, y que únicamente en supuestos tales como discriminaciones especialmente atentatorias contra la dignidad de la persona, o cuando la exclusión lleve consigo la privación del acceso a actividades esenciales que la misma desarrolla de forma monopolística, será posible revisar la decisión soberana de la asociación.

¹²⁴ Es razonable afirmar ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1993, p. 115, que no puede considerarse inconstitucional un artículo de los estatutos de una asociación para la práctica de polo que limite la entrada a los que no sean nobles. Como señala el autor, no puede afirmarse que una persona vea dañada su dignidad porque no se le admita en un club de polo en el que, de conformidad con lo establecido en los estatutos, es necesario ser hidalgo para formar parte.

¹²⁵ En este sentido FERRER I RIBA, J., SALVADOR CODERCH, P., 1997, pp. 107 y ss.

sión sobre el principio de libertad en que se funda aquella, lo vimos en la STS 2972/2015 que resolvía la expulsión de un socio por sus manifestaciones contra el tesorero de la asociación. En ella la Sala se apoyó en la lesión injustificada de los derechos del socio para subordinar la autonomía de la voluntad a la libertad de expresión.

En todo caso, tanto en los supuestos de admisión como en los supuestos de expulsión, y por extensión en toda actividad de las asociaciones privadas, es evidente que no pueden defenderse ámbitos de exclusión del control judicial¹²⁶. En un contexto constitucional como el nuestro, defensor de un Estado de Derecho social pero donde se reconocen derechos fundamentales individuales, es una realidad que puedan presentarse conflictos de derechos en el ámbito de las relaciones privadas que reclaman, en última instancia, de una solución que, sin desvirtuar el principio de libertad que las preside, garantice la salvaguarda de los derechos fundamentales de las partes. Ello sin contradecir que la norma de referencia de la que debe valerse el poder judicial sea, en el ámbito de las asociaciones, sus propios estatutos. Expresión del derecho de autoorganización que se integra en el de asociación, siempre y cuando sus contenidos no infrinjan ni la CE ni las leyes imperativas.

Con la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo a la que se ha hecho referencia, y en conexión con la doctrina del Tribunal Constitucional fijada en las también citadas sentencias 218/1988, 56/1994 y 104/1999, el control judicial se circunscribe a aspectos formales, cuales son la competencia del órgano y la adecuación del procedimiento de acuerdo con los estatutos¹²⁷, y

¹²⁶ Para GONZÁLEZ PÉREZ, J., FERNÁNDEZ FERRERAS, G., 2002, pp. 288-292, es indudable que el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE supone que todas las personas y, por tanto, los miembros de una asociación puedan demandar de los jueces y tribunales tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos. En consecuencia, si cualquier derecho de los asociados fuera vulnerado por la actuación de los órganos de la asociación, podrá iniciar el correspondiente proceso, incluso los especiales para la protección de los derechos fundamentales, frente a la asociación a fin de lograr el pleno reconocimiento del derecho. Si bien el principio de autogobierno de las asociaciones plantea hasta donde llega el control judicial en especial respecto a los acuerdos de separación de los asociados. Aspecto este que con base en la doctrina del Tribunal Constitucional y la científica que citan se centra en dos aspectos del control: las normas en que fundamentarlo, que junto a los estatutos serían las del ordenamiento jurídico general y en especial cuando se lesionen normas o principios de derechos fundamentales; y el de la extensión misma del control que junto con la regularidad formal del acuerdo podrá extenderse a su proporcionalidad en atención a la naturaleza y finalidad de la asociación.

¹²⁷ La importancia de los estatutos como norma interna donde se materializa el derecho de autoorganización de las asociaciones es reiterada por nuestra doctrina jurisprudencial. En este sentido sirve de ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo 663/2013, de 5 de febrero, en la que se resuelve recurso de casación interpuesto por socio como consecuencia de acuerdo de asociación que entiendo vulnera el derecho fundamental protegido en el artículo 22 de la CE al considerar no adecuada la interpretación y aplicación de los estatutos por aquella que le han impedido ejercer su derecho a participar con voz y voto en la misma, que por integrarse en el derecho fundamental de asociación genera un conflicto

a aspectos materiales, concretados en comprobar la existencia de base razonable, entendida como facultad de constatación de los hechos que fundamentan la decisión de los órganos de la asociación pero sin alcanzar a valorar las decisiones¹²⁸. Todo ello sin perjuicio de salvaguardar la no discriminación que de producirse atentaría a la dignidad de la persona afectada y, por tanto, tendría efectos vejatorios para la misma, lo que supondría, como se ha reiterado a lo largo de nuestro estudio, una actuación no ajustada a la CE por afectar a derechos fundamentales de la persona y a los criterios especiales de no discriminación fijados en el artículo 14 de la CE¹²⁹. Trascendiendo, en consecuencia, de las facultades de dife-

horizontal o de intereses privados. La Sala recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional que con base en la sentencia 42/2011 y 56/1995 definen, como hemos visto a lo largo de este trabajo, el contenido del derecho de asociación por la concurrencia de cuatro dimensiones, a saber: la libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas, la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas, la libertad de organización y funcionamiento interno sin injerencias públicas y cuarta, con una dimensión *inter privatos* que está configurada por el haz de facultades que los socios tienen frente a la asociación a la que pertenecen. Señala que se trata de derechos que tienen su límite en los derechos constitucionales de los demás socios y de la propia asociación, en especial el derecho de autoorganización, cuyo objeto fundamental es evitar la intervención de los poderes públicos en la organización y funcionamiento de las asociaciones. En esta sentencia se reitera la eficacia *inter privatos* de algunos derechos fundamentales o a la protección horizontal de ciertos derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*) que pueden ocasionar conflictos de intereses por colisión entre derechos fundamentales que exigen la intervención judicial. Si bien, acotando el control a supuestos en los que la asociación se aparte de su propia normativa o contravenga normas imperativas del ordenamiento jurídico o ante principios de derechos constitucionales, pero sin alcanzar a la voluntad de la asociación. El Tribunal Supremo añade que la regulación que para las asociaciones deriva de la Ley Orgánica 1/2002 supone un reconocimiento a los derechos de los asociados a participar en las actividades de la asociación y en sus órganos de gobierno, ejercer el derecho al voto y asistir a su asamblea. Además la LODA (art 2.5) afirma que en el control judicial, en caso de colisión de derechos fundamentales, se ha de partir de la preferencia del derecho de autoorganización que debe basarse en principios de democracia y pluralismo. En este contexto, y en relación al objeto del recurso planteado ante la Sala, se dice que la cuestión no versa sobre vulneración del derecho fundamental de asociación sino sobre la interpretación que de los estatutos hace la asociación, la cual no es compartida por el socio recurrente. El TS afirma que la interpretación realizada por la Audiencia Provincial del articulado de los estatutos no es arbitraria ni irracional y por ello el control judicial se ha hecho conforme al principio normativo de pleno respeto a la libertad de autoorganización.

¹²⁸ En este sentido CÁMARA LAPUENTE, S., 2008, pp. 671 y ss., en atención a la concorde jurisprudencia constitucional y civil de la que se hace eco la sentencia por él comentada de fecha 13 de julio de 2007, con referencia a acuerdos de no admisión de asociados, que igualmente entendemos extensibles a los supuestos de extinción, concreta los requisitos sobre los que apoya la doctrina jurisprudencial el control judicial en esta materia, a saber: 1. Cumplimiento de los requisitos fijados en los estatutos; 2. Verificación de la existencia de una base razonable objetiva absteniéndose de cualquier consideración subjetiva; 3. Habilitación para las asociaciones con posición dominante o relevancia económica cultural de un mayor control judicial que puede exceder de los limitados márgenes de la doctrina de la base razonable solo aplicables a las asociaciones puramente privadas; 4. No incluir dentro del perjuicio significativo el derecho a mantener ciertas relaciones sociales, y siendo ese perjuicio para el autor de un alcance no circunscrito al ámbito económico sino también al social, cultural o de otro tipo; 5. Imposibilidad de fiscalizar judicialmente las causas de naturaleza subjetiva de los acuerdos internos de las asociaciones.

¹²⁹ Es razonable afirmar con CÁMARA LAPUENTE, S., 2008, p. 679, que a la hora de seleccionar al contratante solo las discriminaciones que no sean vejatorias son lícitas.

reconocidas al principio de libertad en el que se ampara la voluntad privada.

VI. CONCLUSIONES

Primera. Al hablar del derecho de asociación, recogido en el artículo 22 CE, afirmamos el principio de libertad y autonomía de la voluntad presupuesto de aquel derecho.

Segunda. Cuando nos referimos a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, enfrentamos el principio de igualdad y no discriminación, recogido en el artículo 14 de la CE, con el principio de libertad y autonomía de la voluntad que preside el derecho de asociación del citado artículo 22.

Tercera. En la relación de ambos principios constitucionales es evidente que la eficacia de los derechos fundamentales no vincula de igual modo a las relaciones de particulares con los entes públicos que a las relaciones entre particulares, donde la eficacia directa de los derechos fundamentales se encuentra mucho más matizada que en aquellas. No hay que olvidar que los particulares son sujetos activos de dichos derechos.

Cuarta. Sin perjuicio de lo anterior, en el seno de las relaciones privadas hay que distinguir, por un lado, el derecho a la autoorganización y, por otro lado, el conjunto de facultades que los socios tienen frente a la propia asociación, las llamadas relaciones *inter privatos*, en las que se integran los derechos de los que pretenden incorporarse, así como de los que son expulsados. Ambos aspectos

AGUILERA RULL, A., 2009, p. 27, al analizar la prohibición de discriminación por razón de origen étnico y de sexo prevista en las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE, entiende que la inclusión de las prohibiciones de discriminación en el derecho de contratos supone abandonar unos paradigmas que, aunque han tenido transformaciones por el paso del Estado liberal al Estado social, siguen en parte vigentes. La ficción de la posibilidad de una realización totalmente individual tiene todavía un importante papel en el derecho privado. Dicha ficción, sin embargo, queda cada vez más relegada a un segundo plano, a la esfera netamente privada, a un ámbito inviolable de configuración de la propia vida. Para la autora, la idea de autonomía cumple una función cuando se trata de evitar el paternalismo asociado a un Estado social protector que sustituye la voluntad del individuo privándole de la responsabilidad que conlleva la libertad, pero no puede pretender fijar límites a regulaciones que propugnan la ciudadanía de todos, sin auto-limitarse. En opinión de GARCÍA RUBIO, M. P., 2012, pp. 752-753, la Propuesta Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (Bruselas, 2.7.2008 COM(2008) 426 final) no resuelve las situaciones conocidas como de «conflictos de derechos» que se produce cuando el conflicto se da entre dos posibles fundamentos de discriminación que pueden llegar a ser contradictorios, como la religión o el sexo. Para la autora, si bien este tipo de conflictos que para una parte de la doctrina deben resolverse desde la perspectiva de la dignidad de la persona, por la vía de la ponderación se llega a similares resultados. Ponderación que lo será de los principios de los que derivan derechos fundamentales.

forman parte del contenido esencial del derecho de asociación y pueden ser fuente de la existencia de conflictos que se vinculan con el propio artículo 14 de la CE.

Quinta. En el derecho constitucional español no se reconoce de forma explícita la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. La recepción del *Drittwirkung*, por nuestra doctrina y jurisprudencia, procede de la dogmática alemana que frente a la teoría clásica de que la eficacia de los derechos fundamentales solo operaba en las relaciones verticales, a partir de los años 50 la admite para las relaciones horizontales, distinguiendo una eficacia inmediata de una eficacia indirecta o mediata. Eficacia mediata que para una parte de la doctrina es la que recoge nuestro Tribunal Constitucional.

Sexta. En el derecho español no se admite el recurso de amparo frente a lesiones de los derechos fundamentales derivadas de relaciones entre particulares. Esta circunstancia no se debe a una negación en nuestro derecho de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, y por tanto a una asunción de la eficacia indirecta (a través de una norma de desarrollo legal o de un acto de interpretación o resolución judicial), sino que responde a una ficción procesal para habilitar el último control constitucional en relación a una vulneración del derecho fundamental que, nacida en el seno de la relación privada, se justifica en el incumplimiento del ente público (esencialmente el órgano judicial) de su obligación de reponer el derecho fundamental afectado.

Séptima. En íntima relación con la conclusión precedente, consideramos que en nuestro ordenamiento jurídico es defendible la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Si bien con distinto alcance, según estemos ante una asociación netamente privada o ante una asociación con una posición de predominio o que ostente una relevancia social, económica cultural o profesional. En las primeras el principio de libertad estará más fortalecido frente al de igualdad que en las segundas.

Octava. La doctrina del Tribunal Constitucional, acogida en las más recientes sentencias del Tribunal Supremo, estima que en los conflictos surgidos en las relaciones privadas en el seno de una asociación el control debe estar limitado a la constatación de que los órganos de la asociación han respetado las reglas estatutarias sobre competencia y garantías procedimentales. Ello sin entrar en juicios de valor sobre el acuerdo adoptado por los órganos de la asociación, salvo constatar que ha habido una base razonable en la decisión. Base razonable que tiene alcance también limitado por la concurren-

cia de dos factores: la posición de predominio de la asociación y la ausencia de perjuicio significativo en el afectado por su decisión.

Novena. En cualquier caso, la autonomía de la voluntad entiendo no puede amparar áreas de actuación que por ser susceptibles de generar conflictos intersubjetivos estén exentas de control jurisdiccional. Al poder público judicial le compete en exclusiva, en un Estado de Derecho, la solución de tales conflictos, impidiendo, en esta labor que debe ser compartida con el poder legislativo, la existencia de discriminaciones prohibidas expresamente por nuestra Constitución. Ello en aras de salvaguardar la dignidad humana que impide cualquier discriminación de carácter vejatorio.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA RULL, A.: *Prohibición de discriminación y libertad de contratación*, Indret, Revista para el análisis del derecho, febrero, 2009, pp. 1-30.
- ALFARO AGUILA-REAL, J.: *Autonomía privada y derechos fundamentales*, Anuario de Derecho Civil, vol. 46, N.º1, 1993, pp. 57-122.
- *La expulsión de asociados y la confianza en el Derecho Privado*, Anuario de Derecho Civil, vol. 50, N.º1, 1997, pp. 155-186
- *Justos motivos de expulsión, con más razón, en las asociaciones*, <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2012/07/justos-motivos-de-expulsion-con-mas.html>, viernes 27 de julio de 2012.
- *La soberanía de las asociaciones*, <http://almacenederecho.org/la-soberania-de-las-asociaciones/>, 9 de marzo de 2016.
- BARREIRO CARBALLAL, L.: *Democracia interna y derecho de asociación*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (AFDUDC), n.º 12, 2008, pp. 57-68.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: *Principio de igualdad y derecho privado*, Anuario de Derecho Civil, Tomo XLIII, Fascículo II, abril-junio, 1990, pp. 369-428.
- BILBAO UBILLOS, J. M.: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997.
- *Prohibición de discriminación y relacione entre particulares*, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, n.º 18, 2006, pp. 147-198.
- CÁMARA LAPUENTE, S.: *Comentario a la sentencia de 13 de julio de 2007 (RJ 2007,5069)*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, n.º 77, mayo/agosto 2008, pp. 645-682.
- CARRASCO PERERA, A.: *El «juicio de razonabilidad» en la justicia constitucional*. Revista española de Derecho Constitucional, n.º 11, mayo-agosto 1984, pp. 39-106.
- *El principio de no discriminación por razón de sexo*, Revista de Castilla la Mancha, n.º 11-12, enero-agosto, 1991, pp. 9-38.
- CLEMENTE MEORO, M.: *Los Aprovechamientos de pesca en la Albufera de Valencia*, Revista de Derecho Civil valenciano. Estudios. Disponible en: <http://www.derechocivilvalenciano.com/estudios/costumbres-valencianas/item/173-los-aprovechamientos-de-pesca-en-la-comunitat-valenciana>

- DE LA CRUZ NARANJO, R.: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Boletín Oficial del Estado. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2000.
- DE SALAS MURILLO, S.: *Comentario a la STC 173/1998, de 23 de julio sobre la Ley vasca de Asociaciones*, Anuario de Derecho Civil, Tomo LII, Fascículo III, julio-septiembre, 1999, pp. 1253-1274.
- DE VEGA GARCÍA, P.: *La eficacia horizontal del recurso de amparo: problema de la Drittwirkung Der Grundrechte*. Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, n.º 46, 1992, pp. 357-375.
- *Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)*. Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, n.º 6, 1994, pp. 41-56.
- *Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)*, en Pérez Luño, A. E., (coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S. A. Madrid, 1996, pp. 265-280.
- *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)*. Revista Pensamiento Constitucional, Volumen 9, n.º 9, 2003, pp. 25-43.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *Comentario a la STS de 8 de febrero de 2001*, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil, abril-septiembre, 2002, pp. 463-484.
- *Eficacia privada de los derechos fundamentales y recursos de amparo, Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* / coord. por Francisco de Paula Blasco Gascó, Vol. 1, 2011, pp. 856-874.
- *Eficacia privada de los derechos fundamentales y recursos de amparo*, Rev. boliv. de derecho n.º 13, enero 2012, file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-EficaciaPrivadaDeLosDerechosFundamentalesYRecursoD-4805101%20(2).pdf, pp. 40-59.
- DEL ROSAL BLASCO, B.: *Costumbres populares y Constitución española. Análisis de un caso emblemático: las Fiestas de Alcoy*, Curso sobre Fiestas y Mujeres. Patrimonio Cultural Inmaterial. Sede Ciudad de Alicante de la Universidad de Alicante, 15 de abril de 2005, pp. 1-21.
- DÍEZ PICAZO, L.: *Comentario al artículo 1255 del Código Civil*, Comentario del Código Civil, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 430-432.
- DÍEZ PICAZO, L. M.: *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson. Civitas, Madrid, 2003.
- *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson. Civitas, Madrid, 2013.
- GARCÍA RUBIO, M. P.: *De nuevo sobre la incidencia del principio de no discriminación por razón de sexo en la contratación privada*, en Gómez Campelo, E., Valbuena González, F., (coords.), *Jornadas igualdad efectiva: realidad o ficción. Igualdad de género: una visión jurídica plural*, Universidad de Burgos, 2008, pp. 176-190.
- GARCÍA RUBIO, M. P.: *De nuevo sobre la incidencia del principio de no discriminación por razón de sexo en la contratación privada*, en Pérez Vallejo, A. M. (coord.), *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Diagnóstico y prospectiva*, Atelier, 2009, pp. 361-374.
- *Contratación privada en la propuesta de Directiva del consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación*

- sexual, en Navas Navarro, S. (direct.), *Iguales y diferentes ante el Derecho Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 733-761.
- GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Asociación, discriminación y constitucional: los límites entre la autonomía asociativa y el derecho de los socios –y aspirantes a serlo– a no ser discriminados*, Revista de Derecho Político, n.º 79, septiembre-diciembre, 2010, pp. 145-171.
- GÓMEZ MONTORO, A. J.: *Asociación, Constitución, Ley. Sobre el contenido constitucional del derecho de asociación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *Derecho de asociación. Comentarios a la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Civitas, 2002.
- LLORENTE SAN SEGUNDO, I.: *La prohibición de discriminación y su incidencia en la contratación privada*, en Parra Lucán, M. A. (direct.), *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio*, Comares, Granada, 2016, pp. 89-125.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F.: *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.
- *Autonomía de la voluntad, poder público y orden constitucional*, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del notariado. Tomo I. Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Consejo General del Notariado, Volumen 1, 2012, pp. 1-48.
- MARÍN LÓPEZ, J. J.: *Comentario a la sentencia de 24 de marzo de 1992*, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, enero/marzo, 1992, pp. 285-302.
- *Comentario a la sentencia 96/1994, de 21 de marzo*, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, abril-agosto, 1994, pp. 771-787.
- *Comentario a la sentencia de 26 de octubre de 1995*, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, abril/agosto, 1996, pp. 475-496.
- MORA ALARCÓN, J. A.: *Asociaciones Civiles. Adaptado a las leyes nacionales y autonómicas (Doctrina, Jurisprudencia y formularios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F.: *Límites a la autonomía privada en el derecho de los contratos: la moral y el orden público*, en Parra Lucán, M. A. (direct.), *La Autonomía Privada en el Derecho Civil*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 295-359.
- PARRA LUCÁN, M. A.: *La autonomía privada en el Derecho civil: tendencias y transformaciones*, en Parra Lucán, M. A. (direct.), *La Autonomía Privada en el Derecho Civil*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 29-60.
- *Presentación*, en Parra Lucán, M. A. (direct.), *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio*, Comares, Granada, 2016, pp. XIII-XVII.
- PÉREZ ESCALONA, S.: *Un caso de inadmisión de asociados por razón de sexo: los límites a la libertad de contratar en la Comunidad de pescadores de «El Palmar»*, Redur 3, 2005, pp. 150-162.
- *Las Asociaciones y el derecho de sociedades, una revisión en clave contractual*, Thomson, Civitas, 2007.
- QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: *Límites a la autonomía de la voluntad en el seno de las asociaciones*, Revista Jurídica del Notariado, N.º 66, abril-junio, 2008, pp. 329-363.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Mujer, igualdad, derecho y pesca en la Albufera de Valencia*, en Navas Navarro, S. (direct.), *Iguales y diferentes antes el Derecho Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 801-827.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F., SAZ GIL, M. I.: *La discriminación laboral de la mujer en el medio rural: Análisis del caso de la pesca en la albufera de Valencia*, <http://ve.umh.es/sieg.1/docs/icongresointernacional/comunicaciones/sciii06.pdf>

- SALVADOR CODERCH, P., VON MÜNCH, I., FERRER I RIBA, J.: *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1997.
- VENEGAS GRAU, M.: *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- VICENT CHULIÁ, F.: *Impacto de la Constitución en el derecho de sociedades*, en Tobío Rivas, A. M., (coord.), Fernández Albor Bartar, A., (ed. Lit.), Tato Plaza, A., (ed. Lit), Estudios de Derecho Mercantil: *Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, 2013, pp. 339-354.
- VIVAS TESÓN, I.: *La horizontalidad de los derechos fundamentales*. Bienes de la personalidad, 2008, pp. 205-2013.

VIII. JURISPRUDENCIA

1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional 218/1988, de 22 de noviembre (BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 1988).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril (BOE núm. 129 de 30 de mayo de 1990).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 56/1995, de 06 de marzo (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 1995).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1996, de 16 de enero (BOE núm. 43, de 19 de febrero de 1996).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 03 de julio (BOE núm. 171 de 18 de julio de 1997).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1998, de 23 de julio (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1998).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 104/1999, de 14 de junio (BOE núm. 162 de 08 de julio de 1999).
- Auto del Tribunal Constitucional 254/2001, de 20 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 135/2006, de 27 de abril (BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2006).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2006, de 27 de abril (BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2006).

2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 10 de abril de 2000 (Roj STS 2932/2000).
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 08 de febrero de 2001 (Roj STS 811/2001).
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 11 de julio de 2001 (Roj STS 6056/2001).
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. 13 de septiembre de 2002 (Roj STS 5853/2002).
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. 19 de noviembre de 2002 (Roj 5976/2002).

- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 16 de junio de 2003 (Roj: STS 4186/2003).
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 05 de julio de 2004 (Roj STS 4775/2004).
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 19 de julio de 2004 (Roj STS 5350/2004).
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 23 de junio de 2006 (Roj STS 3803/2006).
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 30 de noviembre de 2006 (Roj STS 7509/2006).
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 13 de julio de 2007 (Roj STS 5398/2007).
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 06 de noviembre de 2007 (Roj STS 7172/2007).
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. 15 de enero de 2007 (Roj STS 279/2007).
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 07 de noviembre de 2008 (Roj STS 5804/2008).
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 20 de diciembre de 2010 (Roj STS 7668/2010).
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 14 de noviembre 2011 (Roj STS 7323/2011).
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 28 de noviembre de 2011 (Roj STS 9305/2011).
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 05 de febrero de 2013 (Roj STS 663/2013).
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 20 de mayo de 2015 (Roj STS 2972/2015).
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 18 de febrero de 2016 (Roj: STS 531/2016).

Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español

PEDRO IGNACIO BOTELLO HERMOSA

Acreditado como Profesor ayudante doctor, ANECA. Sustrituto interino
Centro de San Isidoro, adscrito a la Universidad Pablo de Olavide
Universidad Pablo de Olavide

RESUMEN

La Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad debe ser considerada como una de las normas más importantes aprobada en el ámbito del Derecho Sucesorio español en los últimos años. Sin embargo, y aún reconociendo la intención loable del legislador de 2003 con la promulgación de dicha ley, lo cierto es que la misma ostenta una redacción técnico-jurídica tan deficiente que en la actualidad sigue suscitando en nuestra doctrina una serie de interrogantes de gran calado jurídico, de entre los cuales debemos destacar el hecho de que no se limite el alcance de la sustitución fideicomisaria especial a favor de los tutelados, o lo que es lo mismo, que también puedan favorecerse de dicha figura tan importante los curatelados, y más si tenemos en cuenta que en España, tras la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la curatela ha pasado a convertirse en la figura principal del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar (antigua incapacitación).

PALABRAS CLAVE

Incertidumbres jurídicas, Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, Derecho Sucesorio español, Convención de la ONU.

ABSTRACT

The Law 41/2003 of Patrimonial Protection for people/ persons with disabilities must be considered as one of the most important piece of legislation approved in the field of Spanish inheritance law over the last few years. Nevertheless, recognizing that the legislator intentions were praiseworthy when the law was enacted, the truth is that his legal-technical drafting is so deficient that it is still raising questions of major legal importance, among which we must highlight the fact that the scope of the trust is not limited to favour the persons under guardianship, which is the same as saying that people under curatorship can also benefit from such an important legal concept, especially considering that in Spain, after the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, curatorship has become the principal element of the procedure for amending capacity to act (former incapacitation).

KEYWORDS

Legal uncertainties, Law of patrimonial protection of people with disabilities, Spanish inheritance law, UN Convention.

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Modificaciones introducidas por la LPPD en el derecho sucesorio.* 2.1. Las facultades concedidas por el testador a favor del cónyuge supérstite para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes. 2.2. Una nueva causa de indignidad sucesoria por no prestar los alimentos legales al pariente con discapacidad. 2.3. Donaciones y legados del derecho de habitación a favor de personas con discapacidad. 2.4. Exención de traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad. 2.5. La sustitución fideicomisaria especial que puede establecerse a favor de los descendientes incapacitados judicialmente sobre todo el tercio de legítima estricta.—3. *El alcance exacto de la LPPD: ¿personas con discapacidad o personas incapacitadas judicialmente?* 3.1. Las personas incapacitadas judicialmente como posibles beneficiarias de todas las medidas de protección introducidas por la LPPD. 3.2. Imposibilidad de establecer la sustitución fideicomisaria especial a favor de las personas con discapacidad.—4. *La curatela como eje central del nuevo procedimiento de modificación de la capacidad de obrar tras la convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.* 4.1. Razones que llevan a apostar por la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro sistema. 4.2. La apuesta decidida de los Tribunales españoles por la curatela frente a la tutela. 4.3. La protección de los tutelados, y no de los curatelados, como verdadera finalidad del legislador de la LPPD.—5. *Conclusiones.*—6. *Bibliografía.*

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 41/2003¹, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil², de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad³, destaca tanto por la gran importancia que ha adquirido dentro del Ordenamiento jurídico español, como por el gran número de interrogantes jurídicos que su deficiente redacción técnico-jurídica plantea.

Lo cierto es que la gran importancia de la LPPD se refleja ya en las normas que dicha ley modificó tras su publicación, como son el C.c., la Ley de Enjuiciamiento Civil y la normativa tributaria que tenga por finalidad la protección de las personas con discapacidad.

Aunque en mi opinión, uno de los mayores méritos de la LPPD fue otorgar carta de naturaleza a las personas con discapacidad, las cuales, hasta ese momento, no tenían cabida en nuestro Ordenamiento jurídico al no estar contempladas en nuestros textos legales (sólo lo estaban las personas plenamente capaces y las personas incapacitadas judicialmente⁴).

¿Qué reconocimiento jurídico tenían en el C.c. todas aquellas personas con una discapacidad reconocida administrativamente, que no habían pasado por el procedimiento de incapacitación?

Pues aunque resulte sorprendente, hasta la publicación de la LPPD ninguno.

De hecho, fue precisamente esta ley la que introdujo a nuestro C.c. una nueva Disposición Adicional (la cuarta) que se suma a las tres existentes desde su promulgación en 1.889, consiguiendo que desde entonces también se hablase de las personas con discapacidad dicho cuerpo legal, exponiendo la Disposición Adicional cuarta que «La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los arts. 756, 822 y 1.041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de

¹ Publicada en el BOE núm. 277, de 19 noviembre de 2003.

² En adelante C.c.

³ En adelante LPPD.

⁴ Término el de personas incapacitadas con las horas contadas en nuestro ordenamiento, ya que el cambio terminológico se ha producido en algunas leyes, como las mencionadas la Ley 20/2011 y Ley Orgánica 2015 de modificación del Código Penal, aunque por encima de todas debemos destacar lo ocurrido en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, donde directamente se hace referencia al procedimiento de la incapacitación como «proceso judicial para modificar la capacidad de una persona», y a la persona incapacitada como «persona con capacidad modificada judicialmente», mientras que al mismo tiempo sigue regulando las figuras de la tutela, la curatela y el guardador de hecho.

Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad».

Bajo mi punto de vista, es Leña Fernández⁵ quien mejor refleja el sentir generalizado de nuestra doctrina sobre la LPPD, cuando expone que «desde el punto de vista técnico-jurídico, la Ley es muy imperfecta, con demasiadas imprecisiones, lagunas clamorosas y una evidente cortedad de alcance en las soluciones planteadas, lo que ha llevado a Seda Herмосín a calificarla, como un verdadero parto de los montes. No era así en su primer anteproyecto, pero, sin duda, las sucesivas y numerosas manos (y mentes) puestas sobre ella han conseguido realizar este verdadero estropicio.

Bien, pues, a pesar de todo eso, o mejor, por encima de todo eso, creo que hay que saludarla como un avance importante en lo que hace referencia al entorno jurídico del discapacitado, y ello, porque abre espacios de libertad en ese entorno, unos espacios de libertad que permiten una mayor igualdad, sobre todo en el ámbito patrimonial, con los plenamente capaces y que llevamos reclamando, desde hace ya bastantes años, algunos de los que nos venimos ocupando de estas materias. (...) Por eso mi posición, respecto a ella y por encima de sus muchas imperfecciones e insuficiencias formales y materiales, es sumamente favorable: aprecio en ella su apertura a espacios de libertad».

En cuanto a su importancia, González Porras⁶ considera que «la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2.003, de 18 de Noviembre, que lleva el título de Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad(...), es, a mi juicio, una de las más importantes, si no la de mayor calado entre las que han reformado el articulado de nuestro Código civil, y diré que pienso que es así porque afecta de manera directa a los tres pilares fundamentales del ‘Sistema’, que son ‘la persona física’ y además la persona física discapacitada, primer elemento sobre el que se apoya el Derecho civil (...), ‘La familia’ (...), y el ‘patrimonio’ como factor necesario para su desarrollo».

⁵ LEÑA FERNÁNDEZ, «Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», en *Discapacitado, patrimonio separado y legítima. Cuadernos de Derecho Judicial*, XX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 183.

⁶ GONZÁLEZ PORRAS, «Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas» en *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, Casado Raigón y Gallego Domínguez (coordinadores), Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2005, pp. 699 y 700.

Ateniéndonos a su Exposición de Motivos⁷, la LPPD tiene por objeto «regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial. Efectivamente, uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos».

Y es que, tal y como afirma Gómez Gállico⁸, el dinero no es la felicidad pero ayuda a ella. Esta afirmación podríamos suscribirla todos los ciudadanos, cualquiera que sea nuestro sexo o nuestra condición social. Sin embargo, es especialmente cierta cuando tenemos alguna discapacidad física o psíquica. Ciertamente es que el dinero no lo es todo: los discapacitados necesitan (necesitamos, podríamos decir, pues cualquiera de nosotros puede pertenecer a ese colectivo en cualquier momento) cariño, asistencia, supresión de barreras arquitectónicas, apoyo, comprensión, paciencia... Pero también medios económicos. Sólo así puede hacerse efectivo el principio constitucional de igualdad ante la ley: tratando desigualmente situaciones desiguales.

De ahí que el único objetivo de la LPPD sea, como su propio nombre indica, la protección patrimonial de las personas con discapacidad (e incapacitadas, aunque su título no lo refleje, ya que este es el colectivo de personas que exclusivamente protege la que en mi opinión es la medida más importante introducida por la norma en nuestro Derecho Sucesorio, como es el nuevo alcance otorgado a la sustitución fideicomisaria).

Una de las principales preocupaciones de los progenitores de las personas con discapacidad, y de las incapacitadas judicialmente, será quién se ocupará de ellos una vez que el responsable de los mismos fallezca.

A este respecto, expone Vivas Tesón⁹ que «dicha Ley permite prever y planificar el bienestar económico de las personas con discapacidad, adoptando soluciones de protección patrimonial que, en el futuro, puedan, eficazmente, complementar los ingresos económicos que ellas mismas obtengan por su trabajo o por pensiones públicas de diversa índole y,

⁷ En adelante EM.

⁸ GÓMEZ GÁLLIGO, «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado», en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 2005, núm. 687, enero-febrero, p. 11.

⁹ VIVAS TESÓN, *La protección económica de la discapacidad*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009, p. 8.

por consiguiente, permitirle vivir una mejor vida adulta. No es preciso esperar a formularse angustiosamente la pregunta: «¿Qué será de él/ella cuando no pueda hacerme cargo o me muera?, para iniciar la planificación económica de su etapa adulta, pues este proyecto de futuro puede comenzarse desde la niñez o adolescencia de la persona con discapacidad, contando, incluso, para ello, como tendremos ocasión de ver, con algunas ventajas fiscales».

Para ello, la ley entiende objetivo prioritario la regulación del llamado «patrimonio especialmente protegido del discapacitado», así como al favorecimiento de su constitución y la aportación al mismo de bienes y derechos a título gratuito. Y todo ello porque, en base a la LPPD, el patrimonio protegido está constituido de una masa patrimonial inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad.

En cuanto a las modificaciones que la LPPD introduce en nuestro C.c., destacan las realizadas en materia de autotutela, mandato, contrato de alimentos y régimen sucesorio, siendo éstas últimas las que interesan en el presente artículo.

2. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LPPD EN EL DERECHO SUCESORIO

Personalmente coincido con Pereña Vicente¹⁰ en que «las reformas introducidas por la LPPD en las instituciones de Derecho sucesorio obedecen a dos finalidades diferentes: por un lado, permitir que el incapacitado¹¹ reciba por herencia más de lo que le correspondería de no serlo; y por el otro impedir que ciertas personas se beneficien de la herencia del discapacitado».

De todas las modificaciones producidas en el C.c. mediante la LPPD vamos a centrarnos en el estudio de aquéllas que afectan al

¹⁰ PEREÑA VICENTE, M., «La sustitución fideicomisaria en la legítima, ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?, en *Protección jurídica patrimonial de las persona con discapacidad*, Perez de Vargas Muñoz, J. (coord.), La Ley-Actualidad, 2007, p. 686.

¹¹ No compartimos la visión de la autora al usar el término «incapacitado» por entender que debería haber usado ambos conjuntamente, el de «personas con discapacidad» e «incapacitados», ya que, por ejemplo, si bien la sustitución fideicomisaria afecta a los incapacitados exclusivamente, el resto de modificaciones llevadas a cabo por la LPPD en cuanto al régimen sucesorio va dirigido, según la literalidad del Código, a «personas con discapacidad».

régimen sucesorio, las cuales se recogen tanto en el apartado VII de la EM de la Ley, como en su art. 10.

2.1 LAS FACULTADES CONCEDIDAS POR EL TESTADOR A FAVOR DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE PARA MEJORAR Y DISTRIBUIR LA HERENCIA DEL PREMUERTO ENTRE LOS HIJOS O DESCENDIENTES COMUNES

Para llegar a entender la finalidad perseguida con esta reforma debemos acudir al apartado VII de la Exposición de Motivos de la LPPD, en su letra d)¹², en la que se señala que su objeto es introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad, concediéndosele al testador la facultad para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes.

Pero, ¿por qué define la LPPD la figura aquí estudiada como una figura de protección patrimonial «indirecta» de las personas con discapacidad?

Pues porque en el artículo modificado del C.c., el 831, ni siquiera se llega a nombrar a las personas con discapacidad o incapacitadas judicialmente, sino que dicha reforma va dirigida a conceder una mayor libertad de testar al testador, el cual puede decidir libremente si facultar al cónyuge supérstite a distribuir su herencia. O lo que es lo mismo, que no es una reforma dirigida exclusivamente a proteger a las personas con discapacidad o incapacitadas, ya que no es necesaria la presencia de éstos para que se puedan conferir al cónyuge las facultades atribuidas por el art. 831 del C.c.

En tal sentido, Rodríguez-Yniesto Valcarce¹³ expuso que «gracias a este párrafo de la Exposición de Motivos sabemos qué objeto tiene la reforma, a decir del legislador, aunque, personalmente, no termine de convencerme, pues es fácil ver que el nuevo artículo

¹² Se recoge en el apartado VII, d), de la Exposición de Motivos de la LPPD que: «Se reforma el artículo 831 del Código civil, con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de las personas con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas a los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí».

¹³ RODRÍGUEZ-YNIESTO VALCARCE, «La reforma del art. 831 del Código Civil por la Ley 41/2003, la delegación de la facultad de mejorar», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 55, julio-septiembre 2005, p. 182.

831 va mucho más allá de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De hecho, en la nueva redacción del artículo, los discapacitados no aparecen en absoluto, por lo que sus disposiciones son aplicables a cualquier persona, discapacitada o no».

Sin embargo, ahondando un poco más en el estudio de esta medida de protección, considero que la misma puede servir de claro ejemplo en cuanto a la deficiente redacción técnico-jurídica otorgada por el legislador del 2003 a la LPPD a la que hacíamos referencia al principio del presente artículo, ya que, por paradójico que resulte, esta reforma introducida por la ley que tiene como objeto la protección de las personas con discapacidad puede llegar a ser usada en su contra, ya que nada obsta al cónyuge supérstite facultado para ello, a mejorar al hijo o descendiente que no tenga ninguna discapacidad reconocida aun concurriendo en la herencia con hermanos o sobrinos incapacitados o con discapacidad.

Eso sí, también es cierto que la reforma otorgada por la LPPD al art. 831 del C.c. se puede usar en beneficio de las personas con discapacidad o incapacitadas judicialmente. Por ejemplo, la facultad de mejora conferida al cónyuge supérstite en el plazo de tiempo que determine el testador le permite a éste observar el comportamiento de los familiares de las personas con discapacidad hacia ésta, pudiendo mejorar o perjudicar a aquéllos según su comportamiento al respecto; e igualmente, si durante dicho plazo cualquier descendiente pasa a formar parte del colectivo de personas con discapacidad o incapacitadas judicialmente (por enfermedad o accidente), el cónyuge supérstite tendrá la facultad de mejorarlo con los bienes del cónyuge fallecido en su día.

2.2 UNA NUEVA CAUSA DE INDIGNIDAD SUCESORIA POR NO PRESTAR LOS ALIMENTOS LEGALES AL PARIENTE CON DISCAPACIDAD

Como introducción al estudio de la nueva causa de indignidad sucesoria hemos de exponer que más que ante una medida de protección directa de la persona con discapacidad, nos encontramos ante una «sanción» que se le impone a ciertos familiares o parientes, o incluso a terceros, que no presten las atenciones debidas a una persona con discapacidad¹⁴, aunque al mismo tiempo podemos

¹⁴ En el mismo sentido se expresa RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, «La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad», en *Actualidad Civil*, número 4, 2004, p. 360: «No hay aquí medida de protección directa de la persona con discapacidad, sino, y a lo sumo, una protección indirecta: se sanciona civil-

considerarla, sin duda, como una medida para incentivar el cuidado de este colectivo de personas por parte de los familiares con derecho a heredarles.

Las causas de indignidad para suceder quedan recogidas en nuestro C.c. en el art. 756, artículo que hasta 2003 estaba formado por 6 supuestos, pero con la entrada en vigor de la LPPD se incluye un 7.º, el cual establece que: «Son incapaces de suceder por causa de indignidad, tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieran prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los arts. 142 y 146 del Código Civil».

Por su parte, la EM de la LPPD en su apartado VII, a), recoge que: «Se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida, entendiéndose por tales los alimentos regulados por el título VI del libro I del Código Civil, y ello aunque el causahabiente no fuera de las personas obligadas a prestarlos».

Una vez expuesto lo recogido por parte del C.c. y de la EM de la LPPD sobre quiénes serán considerados indignos para suceder a la persona con discapacidad me pregunto, ¿era necesaria tal imprecisión personal?¹⁵ ¿Engloba dicha reforma sólo a los posibles herederos *ab intestato*?

Personalmente soy partidario de hacer una interpretación amplia¹⁶ del art. 756.7.º de nuestro C.c., entendiéndose que cuando el legislador fija *las personas con derecho a la herencia* en sentido general, tendrán que considerarse incluidos no sólo las personas

mente a aquellos familiares o parientes que, en vida del discapacitado, no adoptaron en relación a éste, la conducta que el legislador considera correcta; esto puede servir para que esos familiares, si quieren evitar la sanción, se comporten como se espera de ellos».

¹⁵ En dicho sentido PÉREZ JIMÉNEZ, M.ª T., «Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003 de 18 de Noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad», *Actualidad Civil*, 21, 2004, p. 2541: «Llama la atención la escasa precisión técnica con la que se expresa el legislador, pues es sabido que al inapto por indignidad se le sanciona de una forma relativa, privándole de derechos sucesorios en una herencia determinada, la del ofendido, de manera que no tendrá derecho alguna en la sucesión testamentaria o abintestato del mismo».

¹⁶ Al contrario se expresan autores como DÍAZ ALABART, en «Principios de protección jurídica del discapacitado», Bello Janeiro (coordinador), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2004, p. 925, donde recoge que «Por todo lo dicho anteriormente soy de la opinión de que aunque no esté tan claro en el texto del art. 756.7.º del C.c., las personas que puedan ser declaradas indignas por razón de no prestar alimentos al discapacitado que los necesitase serán aquellas obligadas legalmente, mencionadas en el art. 143 CC.; e igualmente expone SERRANO GARCÍA, I., en *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Editorial Iustel, Madrid, 2008, p. 555, que «Entiendo que esta dificultad hay que resolverla entendiéndose que solamente los llamados a la herencia del discapacitado que también están obligados a prestar alimentos (es decir, cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos; es decir, las personas mencionadas en el art. 144 C.c.) son los que pueden ser indignos».

que puedan suceder *abintestato*, sino también los legitimarios, los herederos o legatarios de la sucesión testada. Es decir, que la indignidad sucesoria podrá darse tanto en la sucesión testada como en la intestada, y más si tenemos en cuenta que el propio art. 756 habla, en ocasiones, del testador.

En cuanto a los posibles herederos *ab intestato*, el límite para ser considerado indigno a la hora de suceder a una persona con discapacidad por no haberle prestado las atenciones debidas se fija en sus parientes en línea colateral hasta el 4.º grado, por ser el límite para heredar *abintestato* que marca el C.c.¹⁷ El problema surge con los parientes de 3.º grado de consanguinidad, por ejemplo, los tíos, y los de 4.º grado, por ejemplo, los primos, ya que éstos no están obligados a prestar alimentos en base al C.c. Y entonces, ¿tendrá sentido exigirles que presten las atenciones debidas¹⁸ a la persona con discapacidad para poder heredarle si no están obligados ni a prestarle alimentos?

Particularmente entiendo que sí, amparándome para ello en la última frase del apartado VII a) de la EM de la LPPD cuando expone que «*Se configura como causa de indignidad (...), y ello aunque el causahabiente no fuera de las personas obligadas a prestarlos*». Con esta frase, los llamados a heredar que no estuvieran obligados a prestar alimentos, quedan igualmente obligados a prestar las atenciones debidas a la persona con discapacidad para poder heredarle.

Seguramente lo que busca el legislador con esta última frase es evitar casos como el de los primos, tíos o sobrinos que habiendo ignorado por completo a un familiar con discapacidad durante toda su vida, pretenden heredarle al no existir testamento, posibilidad ésta bajo mi punto de vista descartada en la actualidad, tras el contenido de la LPPD y su EM.

Por último, aparte de los legitimarios y de los llamados a heredar *abintestato*, debemos traer a colación a la hora de hablar de indignos para suceder a una persona con discapacidad por no prestarle las atenciones debidas a cualquier tercero que sea heredero o legatario testamentario, ya que, en base a la generalidad que se recoge en el art. 756.7.º C.c. en cuanto a *las personas con derecho a la herencia*.

Coincido con la mayoría de autores en reconocer que puede resultar extraño que un tercero que nada tiene que ver con la perso-

¹⁷ Establece el art. 954 del C.c. que: «No habiendo cónyuge supérstite, ni hermanos ni hijos de hermanos, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes del mismo en línea colateral hasta el 4.º grado, más allá del cual no se extiende el derecho de heredar *abintestato*».

¹⁸ Recordemos que por «atenciones debidas» se entienden los alimentos recogidos en los arts. 142 y 146 C.c.

na con discapacidad, o, al menos, no es su pariente, será igualmente considerado indigno para sucederle por no haberle prestado en su día las atenciones debidas, aunque no estuviese obligado a ello, e incluso desconociendo por completo su condición de heredero.

Entendemos que los motivos vuelven a ser los mismos que para los parientes de 3.º y 4.º grado de consanguinidad que expusimos con anterioridad, es decir, evitar que las personas que no hayan atendido en absoluto a la persona con discapacidad se puedan ver beneficiados por la herencia de éste.

Eso sí, todo lo anteriormente expuesto carece de sentido en los supuestos en los que la persona con discapacidad, aun conociendo las causas de indignidad en las que había incurrido la persona que no le está prestando las atenciones debidas, decide instituirlo como heredero o legatario, ya que en tales supuestos las causas de indignidad dejarán de surtir efecto siendo plenamente válido el testamento tal y como establece el artículo 757¹⁹ del C.c.

Para terminar este punto, me pregunto qué patrimonio puede dejar a su fallecimiento una persona con discapacidad que en vida tenía una situación económica tan delicada que necesitaba ser atendida respecto a los alimentos recogidos en el art. 142 del C.c

2.3 DONACIONES Y LEGADOS DEL DERECHO DE HABITACIÓN A FAVOR DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Existen normas tanto en la Ley de Arrendamientos Urbanos, como en la Ley de Propiedad Horizontal, encaminadas a atender las necesidades de las personas con algún tipo de discapacidad en cuanto a la adecuación de su vivienda, entiéndase, por ejemplo, su accesibilidad.

Sin embargo, lo que se consigue mediante la promulgación de la LPPD es favorecer directamente a la persona con discapacidad del uso de una vivienda. Para ello se le otorgó una redacción completamente nueva al art. 822 del C.c., pasando íntegramente su redacción anterior a convertirse en el párrafo tercero del art. 821 del C.c.

El estudio del presente artículo 822 lo realizaré por epígrafes dado su amplitud, así como por el interés de cada uno de los párrafos.

Recoge el primer párrafo del actual artículo 822 del C.c. que «La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona

¹⁹ El artículo 757 del C.c. establece que: «Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público».

con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella».

De este primer párrafo del precepto podemos destacar dos figuras jurídicas interesantes a las que merece la pena hacer referencia, como son:

1) La donación de un derecho de habitación a favor de una persona con discapacidad. Nos encontramos ante una donación ordinaria²⁰, o lo que es lo mismo, una donación *inter vivos*, por lo que la donación tendrá que ser aceptada por el donatario o su representante legal mediante escritura pública, produciéndose sus efectos legales desde el momento de la firma.

Eso sí, la doble mención en el art. 822 del C.c. de donación o legado hace que asimilemos la figura a la clase de donaciones en la que la entrega se realice *post mortem*, admitiéndose, por tanto, en este caso la posibilidad de las donaciones *mortis causa*, o lo que es lo mismo, las donaciones recogidas en el art. 620 C.c.²¹.

2) El legado de un derecho de habitación a favor de una persona con discapacidad que el testador puede otorgar en su testamento. Como sabemos, en el legado del derecho real de habitación el legatario adquiere el derecho legado desde la muerte del testador, si bien tiene que pedir la entrega de la posesión al gravado o gravados con el legado.

Lo cierto es que ambas figuras, tanto la donación como el legado del derecho de habitación especial que posibilita el art. 822 del C.c., necesitan del cumplimiento de una serie de requisitos para surtir efectos, como son:

a) Es necesario que el donatario o legatario del derecho de habitación sea un legitimario del causante, pero no un legitimario cualquiera, sino uno que tenga la consideración de persona con discapacidad.

²⁰ Como afirma DÍAZ ALABART, «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (Art. 808 C.c., reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 5-6, mayo, 2004, pp. 863-864: «Creo que verdaderamente es así, y que en ningún caso se trataría de una donación *mortis causa*, en el supuesto de que éstas verdaderamente existan en nuestro Derecho. Si bien no voy a entrar de lleno en la cuestión por ser, a mi entender, ajena a la cuestión que estoy tratando en estas páginas, si querría recordar algunos extremos. En la opinión de la mayor parte de los autores (entre los que me incluyo), y la jurisprudencia, a tenor del art. 620 CC las donaciones *mortis causa* no existen como tales donaciones puesto que «participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria. (...)».

²¹ Establece el artículo 620 del C.c.: «Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria».

De esta primera exigencia destaca, por una parte, que el donatario o legatario ha de ser una persona con discapacidad²², y por otra se exige al donatario o legatario ser legitimario del testador, por lo que no sólo alcanzará a los hijos o descendientes con discapacidad (como sucede, por ejemplo, en la nueva sustitución fideicomisaria introducida por la LPPD), sino que, además de ellos, serán posibles beneficiarios de esta medida de protección, tanto los padres o ascendientes, como el cónyuge viudo.

Particularmente soy partidario de que la interpretación que hay que dar al art. 822 en cuanto a que la donación se haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, sea una interpretación lo más amplia posible²³, en el sentido de que pueda verse favorecido por este nuevo derecho de habitación cualquier legitimario, aunque no sea legitimario efectivo, oponiéndome con ello a que se siga el régimen general de las atribuciones a título gratuito²⁴ (los legitimarios más próximos excluyen a los de siguiente grado).

Con ello se evitaría, por ejemplo, la situación absurda de que un nieto con discapacidad cuyo padre viviese (sería éste el legitimario), no pudiese verse beneficiado de tal derecho aunque esa fuese la voluntad de su abuelo simplemente por no ser legitimario del causante. Lo mismo ocurriría con el padre con discapacidad del testador que por tener hijos no puede proteger mediante esta medida al padre con discapacidad.

²² O lo que es lo mismo, que sufra y tenga acreditada una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento o una minusvalía física o sensorial, igual o superior al 65 por ciento.

Resulta interesante al respecto la opinión de DÍAZ ALABART, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de Noviembre de protección patrimonial de personas con discapacidad)», *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2006, p. 2124, cuando afirma que la suma de ambas discapacidades, la psíquica y la física, podría ser válida para verse beneficiado por esta medida de protección. Expone la autora que «ha de ser una persona con discapacidad (no es preciso que esté incapacitada), de acuerdo con el concepto de discapacitado que nos ofrece la propia Ley 41/2003, en su art. 2: los afectados por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento y los afectados por una minusvalía física o sensorial, igual o superior al 65 por ciento. En el supuesto de que una persona no llegue a ninguno de esos porcentajes independientemente, pero sí sumando la discapacidad física con la psíquica, pueden surgir dudas de si a efectos de esta ley –y por tanto por lo que respecta a la aplicación del art. 822 CC–, tienen o no la condición de discapacitados. Partiendo del principio de protección de las personas con discapacidad, y del hecho incontestable que el grado de discapacidad así computado es real creo que hay que dar una respuesta positiva».

²³ Tal idea viene reforzada con lo que expone la EM de la LPPD en su apartado VII, c), que se reforma el artículo 822 del C.c., dando una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad mediante un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación (...).

²⁴ En tal sentido, SERRANO GARCÍA, *Op. cit.* pp. 491-492, comenta que: «El donatario o legatario tiene que ser un discapacitado con derecho a legítima (descendiente, ascendiente o cónyuge); no cabe por vía de este legado el derecho de habitación sobre la vivienda habitual al nieto, viviendo el hijo (el padre es el legitimario, y no el nieto)».

b) También exige el primer párrafo del artículo 822 del C.c. que el derecho de habitación donado o legado tenga por objeto la vivienda habitual.

Por ello, el artículo 822 del C.c. no surtirá efecto cuando la donación o el legado del derecho de habitación a persona legítima con discapacidad se produzca sobre otra vivienda del causante que no sea la habitual²⁵.

Considero que no está muy acertado el legislador al restringir exclusivamente la nueva donación o legado de habitación «sobre la vivienda habitual», ya que, con ello, puede perjudicar sin ninguna necesidad tanto a la propia persona con discapacidad, como al resto de colegitimarios. Imaginemos, por ejemplo, el caso en el que el causante vive con su familiar con discapacidad en una casa muy grande y decide donarle o legarle otro piso más pequeño pero igualmente habilitado para éste. Con tal donación o legado perjudicaría mucho menos al resto de colegitimarios en cuanto a su legítima estricta, ya que, entonces, sí se computaría sobre este tercio de legítima la casa grande donde en su día convivieron causante y beneficiado con discapacidad, sin que por ello se esté perjudicando a este último, el cual igualmente se vería beneficiado por la nueva figura introducida por la LPPD.

Por ello, y ateniéndonos a la literalidad del art. 822 C.c., entiendo que el causante que quiera proteger a su familiar con discapacidad se ve obligado a donarle o legarle el derecho de habitación sobre la vivienda habitual, no pudiendo por tanto elegir libremente sobre qué inmueble decide otorgar tal derecho, pudiendo perjudicar tal situación a la propia persona con discapacidad, ya que en el ejemplo anterior no sería de extrañar que el testador, por no perjudicar al resto de colegitimarios (que pueden, por qué no, estar igual o más necesitados que la persona con discapacidad) decida finalmente no otorgar el derecho de habitación a su favor sobre la vivienda habitual.

Por último, considero que el legislador, como mínimo, podría haber especificado qué se entiende por «vivienda habitual» para este tipo de supuestos, ya que imaginemos el caso de un testador que pasa 7 meses al año en la casa de la playa y 5 en la casa de la ciudad. ¿Podría en este supuesto el testador donar o legar exclusi-

²⁵ Como señala DÍAZ ALABART, «El discapacitado y la tangibilidad...», cit., p. 2127: «Por tanto la excepción del art. 822 CC no será aplicable cuando el derecho de habitación se constituya respecto a una segunda vivienda que se utiliza en periodo vacacional por más que en ella convivan durante ese tiempo disponente y discapacitado y el fallecimiento del primero se produzca durante dicho periodo».

vamente a favor del familiar con discapacidad el piso de la playa aún siendo más conveniente para éste el piso sito en la ciudad?

3) En cuanto a la exigencia impuesta por el legislador de la LPPD de que para poder beneficiarse de este derecho la persona con discapacidad ha de convivir con el testador, no puedo más que discrepar de esta decisión. Principalmente por dos motivos:

El primero, porque restringe mucho las posibilidades de los familiares con discapacidad del testador de verse beneficiados por el derecho de habitación especial, ya que por ejemplo, un abuelo no podrá beneficiar a un nieto con discapacidad con el derecho de habitación sobre el inmueble que considere si no vivían juntos

Y el segundo, aún más importante, porque coincidiendo con Vivas Tesón²⁶, considero que la exigencia legal de convivencia de la persona con discapacidad en el domicilio sobre el que se constituye dicho derecho va en contra de su vida autónoma e independiente, siendo precisamente ésta una de las finalidades de la Convención de Naciones Unidas de 13 de Diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Imaginemos el caso de personas con audición o vista muy reducida que lleguen a alcanzar el grado de discapacidad del 65 por ciento. ¿Qué lógica tendría exigirles vivir con los familiares para poder verse favorecidos por el nuevo derecho de habitación? O, ¿por qué esta persona si vive con el familiar se podrá ver favorecido, y si no vive con él no? ¿Acaso no tiene el mismo grado de discapacidad?

Tal vez con la redacción del artículo 822 lo que pretende el legislador de 2003 es establecer esta medida de protección sólo y exclusivamente a favor de las personas que sufren una discapacidad tan severa que les impida desarrollar una vida autónoma e independiente.

Pero si el primer párrafo del art. 822 del C.c. aporta una serie de figuras jurídicas interesantes, el segundo párrafo recoge una de las novedades más importantes introducidas en nuestro Ordenamiento jurídico por la LPPD, como es el «legado legal» del derecho de habitación sobre la vivienda habitual.

Expone el segundo párrafo del artículo 822 que «Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su

²⁶ VIVAS TESÓN, *Op. cit.*, p. 175.

titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten».

Es decir, que siempre que la persona con discapacidad lo necesite es la propia ley la que atribuye tal derecho de habitación y con el mismo trato de favor que cuando este derecho tiene su origen en la voluntad del testador, es decir, sin que su valor se compute a la hora de calcular las legítimas.

Sin embargo, estando a la redacción dada por el legislador del art. 822 párrafo 2.º, nos encontramos con que el derecho de habitación por ministerio de la ley sólo podrá aplicarse cuando, aparte de la *conditio iuris* de la convivencia, se cumpla una triple condición:

1) Que el legitimario con discapacidad necesite la vivienda.

Como era de esperar, el legislador no ha determinado el significado del concepto jurídico «necesidad», por lo que considero que se refiere a que no disponga de otro alojamiento, ni de recursos económicos que le permitan acceder a otra vivienda (ya sea mediante arrendamiento o adquiriéndola).

Me planteo si dicha «necesidad» se exige también en los casos en los que sea el propio causante quien done o legue el derecho de habitación (art. 822 párrafo 1.º), si bien entiendo que no, y que una persona con discapacidad que disponga de otros bienes puede ser igualmente beneficiada con el derecho de habitación sobre el inmueble en el que convivía con el testador, siempre que ésta fuese la voluntad del causante.

Soy consciente de admitir tal posibilidad supone que el testador grave al resto de colegitimarios respecto de su legítima, si bien esto se produce en aras de favorecer a una persona con discapacidad, cumpliéndose con ello con la finalidad de la LPPD.

2) Que el testador no haya excluido expresamente el legado legal al que nos referimos, o haya dispuesto otra cosa. Por tanto, la voluntad del testador no está tan ausente, ya que podía haberse opuesto mediante una manifestación o disposición en el testamento para prohibir la posibilidad del legado legal.

3) El legitimario con discapacidad titular del derecho de habitación no podrá impedir que continúen conviviendo con él en el inmueble los demás legitimarios mientras lo necesiten. Con este último límite el legislador intenta salvaguardar un poco más la figura del legitimario que se verá gravado con la introducción del nuevo legado legal de habitación especial que introduce la LPPD, el cual ya experimenta un perjuicio como consecuencia de no computar el legado del derecho de habitación para el cálculo de las legítimas, como para que, además, se le pueda obligar a abandonar inmediatamente la que también viene siendo su vivienda habitual.

Pero llegados a este punto parece lógico que nos planteemos si esta obligatoriedad de convivir con el resto de legitimarios mientras lo necesiten rige también si el derecho de habitación fue establecido directamente por el testador.

Aunque algunos autores mantienen que sí²⁷, personalmente considero que no es así, ya que de haber sido ésta la verdadera intención del legislador entiendo que hubiese podido acabar el párrafo 1.º del art. 822 tal y como acaba el 2.º, es decir, «... pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten».

Eso sí, queda claro que la persona con discapacidad que disfruta del derecho de habitación por ministerio de la ley²⁸ no puede impedir que continúen conviviendo con ella en la vivienda los demás legitimarios «mientras» lo necesiten, ¿pero qué ocurrirá cuando ya no lo necesiten por disponer, por ejemplo, de recursos económicos para resolver el problema del alojamiento? ¿Podrán entonces las personas con discapacidad beneficiadas del legado legal del derecho de habitación exigir al resto de legitimarios el abandono de la vivienda?

El tercer y cuarto párrafo del art. 822 establece que «El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible. Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los arts. 1406 y 1407 de este Código que coexistirán con el de habitación».

Tanto el derecho de habitación que tiene su origen en actos voluntarios del titular de la vivienda, como el que atribuye directamente la ley, son intransmisibles, por lo que el legitimario con discapacidad no puede transmitir tal derecho ni por actos *inter vivos*, ni por actos *mortis causa*, si bien, antes de esta declaración expresa del párrafo 3.º del art. 822 del C.c., ya el art. 525 del mismo Código establece con carácter general para todo derecho de habitación su intransmisibilidad.

En cuanto a lo recogido en el cuarto y último párrafo del art. 822 del C.c., sobre que *los derechos del cónyuge viudo recogidos en los*

²⁷ Como FUENTESECA DEGENEFEE, «Aspectos sucesorios 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», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, González Porras, J. M./Méndez González, F. P. (Coords.), T. I., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 1758.

²⁸ Que es un derecho vitalicio, mientras que el otorgado por el causante puede ser temporal, dependiendo de la voluntad de éste.

arts. 1.406²⁹ y 1.407³⁰ del C. c., coexistirán con el derecho de habitación del legitimario con discapacidad, coincido con Ruiz-Rico Ruiz Morón³¹ al considerar que si el cónyuge superviviente opta por la atribución de la propiedad de la vivienda, será dueño exclusivo de ella, pero soportando el gravamen que representa el derecho de habitación de la persona con discapacidad; y si se decide por la constitución a su favor de un derecho de uso o de habitación sobre la vivienda habitual, podrá seguir ocupando ésta, con carácter vitalicio, juntamente con la persona con discapacidad.

Por otro lado, puede darse el caso de que la persona con discapacidad a quien se pretenda favorecer sea el propio cónyuge superviviente, el cual ya tenía por ley la preferencia de disfrute de la vivienda, si bien, tras el nuevo art. 822 C.c., este derecho de habitación no se computará en su haber hereditario, viéndose con ello igualmente favorecido.

Por último, paso a valorar el contenido de la ventaja que concede el art. 822 del C.c. a la persona con discapacidad cuando establece que el derecho de habitación concedido (bien sea por donación, legado o por ministerio de la ley) «no se computará para el cálculo de las legítimas».

Partiendo de la base de que por *computar su valor* debemos entender traer a la masa hereditaria las liberalidades hechas en vida por el causante para sumarlo al valor de los bienes que deja a su muerte, considero que tampoco está muy acertado el legislador de la LPPD en tal sentido en la nueva redacción dada del art. 822, ya que, si bien es cierto que en lo referente a las donaciones sí se computan para el cálculo de las legítimas, no sucede lo mismo para los legados.

En cuanto a la donación, recoge el art. 818³² del C.c., que la suma de lo que queda a la muerte del testador y el valor de las donaciones (colacionables) hechas en vida constituye la base para calcular la cuota legitimaria, por lo que las donaciones habrán de ser traídas a la masa hereditaria para *computar su valor*. Pero a raíz

²⁹ Art. 1406 del C.c.: «Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: (...) 4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual.»

³⁰ Art. 1407 C.c.: «En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al de haber del cónyuge adjudicatario deberá éste abonar la diferencia en dinero.»

³¹ RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *Op. cit.*, p. 368.

³² Art. 818 C.c.: «Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que queden a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento.

Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables.»

de la entrada en vigor de la LPPD, con la donación de ese especial derecho de habitación que se recoge en el art. 822 sucede lo contrario, es decir, dicha donación no tendrá que ser traída a la herencia para computar su valor, quedando su cuantía excluida del cálculo de las legítimas, por lo que nunca podrán entenderse como inoficiosas al quedar fuera de los bienes y derechos sujetos a los límites de las legítimas.

En cambio, al referirnos a los legados hay que tener en cuenta que tienen un régimen diferente al de las donaciones, ya que, como sabemos, éstos no se computan para el cálculo de las legítimas por formar directamente parte del caudal relicto, sino que, a petición de los herederos forzosos, se reducen si menguan la legítima como establece el art. 817 C.c.³³.

Aun así queda claro que el legislador, bien sea mediante legado o donación, lo que pretende es que el derecho de habitación concedido a la persona con discapacidad quede fuera de las reglas de la legítima, por lo que el beneficiado, por una parte, disfrutará de dicho derecho de habitación, y, por otra, le corresponderá la misma porción de legítima estricta que al resto de colegitimarios, pudiendo ser independientemente beneficiado con el tercio de mejora y el de libre disposición.

Literalmente queda recogido en el Código que «no se computará para el cálculo de las legítimas», pero ninguna referencia hace sobre si deberá traerse o no a colación.

Por mi parte³⁴ considero que la verdadera finalidad de la norma es que la donación o el legado del derecho de habitación estudiado quede dispensado de colación, aunque la Ley no lo disponga, ya que es ésta la única forma de beneficiar realmente a la persona con discapacidad, por no servir para nada el hecho de que se dispensase de la computación si después quedan obligados a colacionarlos.

³³ Art. 817 C.c.: «Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas».

³⁴ Entre otros, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentario al Código Civil*, coord. por Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona, 2000, entiende que: «No sólo no se tiene en cuenta para la computación de la donación o legado, sino tampoco para la imputación y la colación cuando los legitimarios hubiesen sido nombrados herederos»; SERRANO GARCÍA, *Op. cit.*, p. 503 recoge que: «Si bien en el 822 no se habla de dispensa de colación, creo que la finalidad de la norma exige entender que hay una presunción de dispensa de colacionar el derecho de habitación donado, si bien cabe dentro de la autonomía de voluntad del donante señalar en el negocio de atribución gratuito que la donación efectuada es colacionable»; RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *Op. cit.*, p. 367 considera que: «Obviamente, si la donación o el legado del derecho de habitación no se computa para el cálculo de las legítimas, tampoco será objeto de colación o imputación a los efectos del art. 1047 del C.c.».

2.4 EXENCIÓN DE TRAER A COLACIÓN LOS GASTOS REALIZADOS POR LOS PADRES Y ASCENDIENTES PARA CUBRIR LAS NECESIDADES ESPECIALES DE SUS HIJOS O DESCENDIENTES CON DISCAPACIDAD

Por regla general, los legitimarios están obligados a colacionar lo que hubieran recibido en vida del causante a título lucrativo para computarlo en el cálculo de las legítimas y en la cuenta de partición, todo ello con la finalidad de favorecer el principio de igualdad entre los coherederos en el momento de la partición de la herencia.

Establece el art. 1.035 del C. c. que «el heredero forzoso que concorra con otros que también lo sean a una sucesión, deberán traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiesen recibido del causante en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo para computarlo».

Cabe destacar la existencia de la dispensa de colación, recogida en el art. 1.036 del C.c., debiéndose entender por esta la posibilidad del donante de exonerar al donatario de la obligación de traer a la masa hereditaria lo que recibió del difunto por donación, si bien, dicha posibilidad quedará excluida siempre que los bienes o valores recibidos en vida a título gratuito afecten a la legítima de los restantes herederos forzosos, debiéndose reducir en dicho caso la donación por inoficiosa al primar, en todo caso, el principio de intangibilidad de la legítima.

También existen unos «gastos» efectuados por el causante a favor de sus legitimarios que no deberán traerse a colación, sin que ello suponga una excepción a la obligación de colacionar.

Recoge el art. 1.041 del C.c. que «No estarán sujetos a colación los gastos de alimentación, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarios, aprendizaje, equipo ordinario y los regalos de costumbre».

Tras la entrada en vigor de la LPPD, a este art. 1.041 se le incorpora un 2.º párrafo, que reza: «*Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad*».

En este sentido, se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley, en su apartado VII, e), que «... a fin de evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes, entendiendo por éstos cualquier disposición patrimonial, para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad».

Destaca que dicha redacción nada recoge sobre la posibilidad de no traer a colación los gastos efectuados por los hijos o descendientes a favor de los padres o ascendientes con discapacidad³⁵, o los realizados por un cónyuge a favor del otro en la misma situación, o lo que es lo mismo. Pudo haber aprovechado la ocasión el legislador para extender la excepción de colacionar los gastos realizados a favor de cualquier legitimario con discapacidad, como sí hizo en cambio con la donación y el legado del derecho de habitación estudiado en el apartado anterior.

Por último, existe la postura de ciertos autores que consideran que dichos gastos no colacionables mencionados en el 2.º párrafo del art. 1041 C.c. ya podían entenderse comprendidos en el párrafo 1.º del mismo, ya que los gastos efectuados a favor de las personas con discapacidad hubieran tenido cabida en los gastos de curación de enfermedades aunque fueran extraordinarios.

Por mi parte discrepo de dicha postura doctrinal, ya que el hecho de entender comprendidos los gastos que necesita una persona con discapacidad en el párrafo 1.º del art. 1.041 conllevaría a plantearnos un gran número de dudas, como pueden ser, por ejemplo, qué enfermedades, y cuáles no, son equiparables a ciertas enfermedades, o si ciertos gastos necesarios para la persona con discapacidad quedarían cubiertos entre los gastos recogidos en el párrafo 1.º, etc.

En cambio, con la incorporación a dicho artículo del 2.º párrafo se evita cualquier discusión al respecto, quedando con ello comprendidos todos los gastos que tengan que ver con el cuidado de las personas con discapacidad, como los de adaptación de la vivienda para la persona con discapacidad, los de la adquisición de vehículos adaptados para sus necesidades, etc

2.5 LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL QUE PUEDE ESTABLECERSE A FAVOR DE LOS DESCENDIENTES INCAPACITADOS JUDICIALMENTE SOBRE TODO EL TERCIO DE LEGÍTIMA ESTRUCTA

Debido al nuevo alcance otorgado por la LPPD a la institución, la sustitución fideicomisaria a partir de 2003 pasó a convertirse no

³⁵ En este sentido, dispone el art. 119, párrafo 2.º del Anteproyecto de Ley de la Generalitat Valenciana de Sucesiones, con, a nuestro juicio, una mejor redacción, aunque no completa por ignorar a los cónyuges, que: *«Tampoco serán computables los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad, o los llevados a cabo por los hijos para cubrir las de sus padres o ascendientes igualmente discapacitados, siempre que no constituyan aportación a patrimonios protegidos»*.

sólo en una de las figuras jurídicas más importantes de nuestro Derecho Sucesorio, sino también, en una figura de imprescindible conocimiento para todos los profesionales del Derecho en España.

Y es que, debido a la apuesta decidida del legislador español del 2003 por esta institución como instrumento jurídico de protección patrimonial de las personas incapacitadas judicialmente, podemos afirmar que la sustitución fideicomisaria ha sido elegida por el legislador español como el instrumento jurídico a través del cual se permite vulnerar por primera vez³⁶ el principio sagrado e histórico de nuestro Derecho Sucesorio de la intangibilidad de la legítima estricta, ya que desde la entrada en vigor de la LPPD, cualquier testador español con hijos o descendientes incapacitados judicialmente podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, instituyendo como fiduciarios a los hijos o descendientes judicialmente incapacitados, y como fideicomisarios al resto de herederos forzosos, los cuales quedarán por ende gravados en su cuota de legítima estricta.

Tras la entrada en vigor de la LPPD los testadores españoles podrán beneficiar a sus hijos o descendientes incapacitados judicialmente no sólo con el tercio de libre disposición y el de mejora, más su cuota de legítima estricta, sino que también podrán establecer a su favor una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, vulnerando con ello la legítima estricta del resto de herederos forzosos, atentando contra todos los antecedentes históricos del Código civil³⁷.

Para ello, el legislador de 2003 modificó los artículos 782, 808 y 813.2 del Código civil, los cuales, desde entonces, presentan el siguiente contenido:

Artículo 782 del C.c.: «Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayera sobre el tercio de mejora, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes».

Artículo 808, párrafo 3º, del C.c.: «Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el

³⁶ Decimos por primera vez, porque es una intangibilidad «real» de la legítima estricta la que permite la sustitución fideicomisaria en España, pudiendo llegar incluso a suponer, en nuestra opinión, la tangibilidad no sólo cualitativa, sino también, cuantitativa de la legítima estricta, por lo que nada tiene que ver con las excepciones a su intangibilidad cualitativa que existían con anterioridad a la entrada en vigor de la LPPD, excepciones que, por regla general, simplemente suponían el aplazamiento del cobro de la legítima, como era el caso de la *cautela socini*, o la posibilidad de conmutar la legítima en dinero.

³⁷ En adelante C.c.

testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos».

Artículo 813, párrafo 2º, del C.c.: «El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados en la ley.

Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados».

Este nuevo alcance otorgado a la institución en 2003 como medio de protección de las personas incapacitadas por un lado, y como instrumento jurídico para vulnerar por primera vez el principio de la intangibilidad de la legítima estricta, hace que la institución sea conocida por nuestra doctrina actual como: sustitución fideicomisaria especial.

Hemos de decir también refleja la importancia de la institución a la que me refiero el hecho de que desde su implementación en nuestro Ordenamiento jurídico, en España existe una diferente libertad de testar entre los testadores. Así, aquellos con hijos o descendientes judicialmente incapacitados disponen de una mayor libertad de testar que los testadores que no tengan hijos o descendientes judicialmente incapacitados, ya que éstos últimos no pueden establecer la sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta a favor de sus hijos o descendientes no incapacitados.

Pero entonces, una vez acreditada la enorme importancia de la sustitución fideicomisaria especial, parece de obligado cumplimiento preguntarnos: ¿cómo pudo limitarse el legislador de 2003 a implementar una institución jurídica de tal calado, únicamente mediante la modificación de tres artículos del C.c., como son concretamente el 782, 808.3 y 813.2?

Coincide nuestra doctrina en considerar esta redacción como muy deficiente técnico-jurídicamente hablando. Tanto es así, que el nuevo alcance otorgado a la sustitución fideicomisaria conlleva en la actualidad una serie de incertidumbres jurídicas de enorme importancia³⁸, si bien, a día de hoy seguimos sin jurisprudencia al

³⁸ Como por ejemplo, si la sustitución fideicomisaria introducida en nuestro Ordenamiento jurídico en 2003 puede ser una sustitución fideicomisaria de residuo (que en nuestra práctica testamentaria es la modalidad de sustitución fideicomisaria más usada), ya que en tal caso nada impide al testador establecer una sustitución fideicomisaria de residuo de la modalidad *si aliquid supererit*, en las que el fiduciario puede disponer libremente de todos los bienes fideicomitidos, en este caso, de todos los bienes que com-

respecto dada la cercanía en el tiempo de la LPPD, y el largo *iter*³⁹ que ha de producirse hasta que las mencionadas incertidumbres se resuelvan en nuestros Tribunales.

Junto a los importantísimos problemas que supone la deficiente redacción otorgada a la sustitución fideicomisaria especial, existen otros dos motivos que, en mi opinión, obligan al actual legislador español a modificar-ampliar la escasa regulación que en nuestro C.c. existe de la institución, como es, en primer lugar, la desaparición⁴⁰ de nuestro Ordenamiento jurídico del término «persona incapacitada judicialmente», que es el término que recoge el Código para limitar las personas a las que se puede proteger con la nueva sustitución fideicomisaria especial. Pero entonces, si desaparece dicho término de nuestro Ordenamiento, ¿a favor de quién se podrán establecer las sustituciones fideicomisarias introducidas por la LPPD?

Y el segundo motivo que anunciábamos es el hecho de que hoy en día en España se puedan proteger indistintamente mediante la sustitución fideicomisaria que recae sobre todo el tercio de legítima estricta, tanto los hijos o descendientes tutelados como a los curatelados, lo cual, en mi opinión, va en contra de la verdadera voluntad del legislador español que introdujo la sustitución fideicomisaria especial, ya que considero que la verdadera intención del legislador fue la de que a través de la sustitución fideicomisaria especial, única y exclusivamente se pudiesen beneficiar las personas tuteladas, tal y como ocurre con la sustitución fideicomisaria italiana⁴¹.

Así, tras estudiar también la regulación de la sustitución fideicomisaria italiana, los problemas interpretativos que presenta y la posición doctrinal al respecto, acabamos preguntándonos por qué el legislador español del año 2003 no se fijó en la regulación dada, al menos en parte, a la institución en Italia en 1975, dado que ésta, en nuestra opinión, y aun siendo conscientes del desfase en el tiem-

ponen el tercio de legítima estricta, lo cual conllevaría a la desheredación del resto de herederos forzosos.

³⁹ Que el testador apuesta por la institución como medio de protección ideal a favor de sus hijos o descendientes incapacitados judicialmente; que fallezca el testador; que se impugne judicialmente el testamento; que transcurra todo el tiempo que en España supone un procedimiento judicial, hasta que la sentencia al respecto sea firme.

⁴⁰ Término hoy ya desterrado en nuestro Código Penal, a raíz de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1 de 2015 de modificación del Código Penal, que sustituye el término «incapacitado» por el de «persona con discapacidad necesitada de una especial protección», pero también en el ámbito civil, como lo acredita la reciente Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, que sustituye el término «persona incapacitada» por el de «persona con capacidad modificada judicialmente».

⁴¹ Si bien, la institución italiana tiene una finalidad exclusivamente «asistencial», mientras que la institución española se introdujo en nuestro Ordenamiento con una finalidad «patrimonial».

po entre una y otra, se adapta mejor a las exigencias de la sociedad actual que la española del 2003.

Por todo ello, considero que la sustitución fideicomisaria está abocada a una inminente modificación en cuanto a su regulación y alcance, modificación que, me permito pronosticar, se producirá en la inminente reforma legislativa del procedimiento de incapacitación español, o bien, en la aprobación del futuro Código de la Discapacidad⁴².

3. EL ALCANCE EXACTO DE LA LPPD: ¿PERSONAS CON DISCAPACIDAD O PERSONAS INCAPACITADAS JUDICIALMENTE?

Tal y como refleja el título de la ley, la gran mayoría de las medidas introducidas por la LPPD protegen a las personas con discapacidad.

Sin embargo, la sustitución fideicomisaria especial protege exclusivamente a las personas incapacitadas judicialmente y nunca a las personas con discapacidad.

Tal y como expresa Martín Meléndez⁴³, causa extrañeza que la posibilidad de constituir una sustitución fideicomisaria tenga como requisito imprescindible que el fiduciario sea una persona incapacitada, y no simplemente una persona con discapacidad, dado el título de la ley y que el objetivo fundamental de la misma sea la protección de las personas con discapacidad.

Lo cierto es que, aunque parezca difícil de comprender tras lo expuesto, la LPPD no introduce ningún supuesto en el que proteja al mismo tiempo a las personas con discapacidad y a las incapacitadas judicialmente. ¿Tiene esto algún sentido?

Desgraciadamente, estos interrogantes existen porque el legislador complica lo que es sencillo, y, en una ley como la LPPD, la cual debiera distinguirse por la simplicidad y la concreción en todos sus puntos, sitúa de nuevo al jurista ante la obligación de dar respuesta a las cuestiones nucleares que se plantean de la lectura de la norma.

Tanto es así que mediante esta norma se cumple una vez más el axioma, tantas veces motivos de reproche por la ciudadanía, de que nuestro tan querido Derecho se aleja de la sociedad, y de

⁴² Para el cual se han comenzado a dar los primeros pasos, como se acredita en el Acta N.º 1/2015, del Consejo General del Poder Judicial.

⁴³ MARTÍN MELÉNDEZ, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, pp. 54 y 55.

que las normas resultan incomprensibles para el común de la población.

Pero la cuestión que nos interesa es: ¿podrán beneficiarse las personas incapacitadas judicialmente de las medidas de protección que introduce la LPPD a favor de las personas con discapacidad? ¿Y las personas con discapacidad, podrán beneficiarse de la sustitución fideicomisaria especial por quedar dicha figura comprendida en la LPPD?

3.1 LAS PERSONAS INCAPACITADAS JUDICIALMENTE COMO POSIBLES BENEFICIARIAS DE TODAS LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTRODUCIDAS POR LA LPPD

En mi opinión, carecería de sentido que las personas incapacitadas judicialmente no puedan beneficiarse de las medidas de protección patrimonial que la LPPD establece para las personas con discapacidad en su deficiente redacción.

A tal conclusión llego por diversos motivos:

1) Para que una persona sea incapacitada judicialmente tiene que padecer una enfermedad física o mental persistente que le impida gobernarse por sí misma. Este tipo de enfermedad, en mi opinión, conllevará siempre el grado de discapacidad exigido por la LPPD en su artículo 2.2 para ser considerada persona con discapacidad, cuando establece que a los efectos de esta ley, únicamente tendrán la consideración de persona con discapacidad las afectadas por una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%, o bien psíquica igual o superior al 33%.

Es decir, entiendo que toda persona incapacitada judicialmente tendrá siempre una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 %, o una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, y de ahí que se le haya de equiparar con las personas con discapacidad.

En este sentido, recoge Pérez Hereza⁴⁴ que «aunque no está expresado legalmente parece existir acuerdo en que todo incapacitado judicialmente aunque en la resolución judicial no exista declaración expresa al respecto, puede calificarse asimismo como discapacitado (al contrario puede haber discapacitados que pueden no ser incapacitados)».

⁴⁴ PÉREZ HEREZA, «Sucesión con discapacitados: una visión práctica», en *Conferencias del curso académico 2010/11, Academia Sevillana del Notariado*, Tomo XXII, Editorial Edersa, Sevilla, 2011, p. 55.

2) La literalidad de la propia LPPD es otro de los motivos que me hacen apostar por la equiparación entre personas con discapacidad e incapacitadas judicialmente como beneficiarias de las medidas de protección introducidas por dicha norma, ya que establece en su artículo 2.3⁴⁵ que el grado de discapacidad de una persona se podrá acreditar bien mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente, o bien, a través de una resolución judicial firme.

Pero, ¿a qué resolución judicial firme se refiere? Entiendo que a la sentencia judicial de incapacitación, asimilándose ésta con la resolución administrativa que acredita el grado de discapacidad, lo cual supondría igualmente la aplicación a favor de las personas incapacitadas de todas las medidas protectoras que introduce la LPPD a favor de las personas con discapacidad.

Lo cierto es que el Real Decreto 1.971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad⁴⁶, regula no sólo el procedimiento que es preciso seguir para que se reconozca el grado de discapacidad de una persona, sino también los órganos competentes para su reconocimiento, y establece que las resoluciones en las que se reconozca, o no, el grado de discapacidad podrán ser recurridas, primero en vía administrativa, y, posteriormente, en vía judicial, si bien la jurisdicción competente para recurrir dicha resolución es la social⁴⁷, a diferencia de la jurisdicción a la que se acude para incapacitar a una persona, que es la civil.

Y es, precisamente, ahí, en la falta de concreción del legislador de la LPPD a la hora de establecer el orden jurisdiccional social como única vía judicial posible para recurrir la acreditación de la discapacidad de una persona, donde me apoyo para razonar que mediante la redacción del artículo 2.3 de la LPPD, el legislador realmente permite acreditar la discapacidad a través de la sentencia de incapacitación (resolución judicial civil).

⁴⁵ Establece el artículo 2.3 de la LPPD que «personas con discapacidad son las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al treinta y tres por ciento o por una minusvalía física o sensorial igual o superior al sesenta y cinco por ciento, grado de minusvalía que se deberá acreditar, en uno u otro caso, mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme».

⁴⁶ El citado Real Decreto vio modificada la última palabra de su título, «minusvalía», introduciéndose la que hoy aparece, «discapacidad», mediante el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

⁴⁷ Establece el art. 12 del RD 1971/1999: «contra las resoluciones definitivas que sobre reconocimiento de grado de minusvalía se dicten por los organismos competentes, los interesados podrán interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional social de conformidad con lo establecido en el art. 71 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril».

3) Dicho lo cual he de afirmar que en mi opinión, el motivo más contundente para equiparar la persona incapacitada judicialmente con una persona con discapacidad frente a la LPPD es que así se ha producido ya en alguna norma, como sucede en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre las Rentas de las Personas Físicas, donde se recoge, en un primer momento en su artículo 53, que «se consideran discapacitados a aquellas personas que padezcan un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento y psíquica igual o superior al 33 por ciento, así como personas que tengan una incapacidad declarada judicialmente con independencia de su grado»; para acabar exponiendo, en su artículo 60.3, que considera «acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente aunque no alcance dicho grado».

Por tanto, si se equipara a la persona incapacitada judicialmente con la persona con discapacidad en cuanto a las posibles ventajas que ofrece la Ley del Impuesto sobre las Rentas de las Personas Físicas, ¿cómo no han de entenderse equiparadas en la LPPD, en la que se contienen normas de protección patrimonial mucho más importantes para las personas con discapacidad-incapacitadas?

4) Otro de los motivos que argumento para defender mi postura es la corriente doctrinal existente al respecto, ya que la gran mayoría de los autores se posicionan en la misma línea. Así, por ejemplo, Vivas Tesón⁴⁸, cuando razona que «otra opción podría ser considerar innecesario que la persona incapacitada judicialmente deba tramitar la obtención de su certificado de discapacidad al reconocérsele ésta automáticamente. (...) Así las cosas, creemos que el legislador debería recoger expresamente, a los efectos del Derecho civil, la equiparación entre incapacitación judicial y discapacidad»; o Díaz Alabart⁴⁹, al indicar que «no presenta ningún problema que a los incapacitados judicialmente se les considere ‘discapacitados’ en el sentido de la LPPD (...). A pesar de dicho silencio, como ya hemos señalado con anterioridad, todo incapacitado es un discapacitado, (pero no viceversa), por lo que podrá ser beneficiario de la protección patrimonial que otorga esta Ley». también Núñez Núñez⁵⁰, cuando considera que «en la práctica, todos los judicialmente incapacitados son discapacitados psíqui-

⁴⁸ VIVAS TESÓN, La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos, Difusión Jurídica, Madrid, 2010, p. 55.

⁴⁹ DÍAZ ALABART, La protección jurídica de las personas con discapacidad: (estudios de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), Editorial Ibermutuamur, Madrid, 2004, p. 15.

⁵⁰ NÚÑEZ NÚÑEZ, «Diversos aspectos sucesorios introducidos por la Ley 41/2003 de 18 de Noviembre, a favor de las personas discapacitadas», en La Encrucijada de la inca-

cos, de manera que muchas veces las dos situaciones van juntas, si bien la Ley 41/2003 contiene normas que se aplican únicamente a uno de los dos supuestos»; así como Martín Meléndez, que indica: «siendo en nuestra opinión difícil que a una persona incapacitada se le niegue la consideración de discapacitada, dado que las causas que impiden el autogobierno a una persona hasta el punto de justificar su incapacitación, deben ser más que suficientes para considerarla discapacitada»; o Serrano García⁵¹, cuando establece que «prácticamente todos los judicialmente incapacitados son discapacitados de manera que muchas veces las dos afectaciones van juntas, y no se entiende bien porque la ley las separa habiendo normas que se aplican a una de ellas y no a la otra»; o, por último, la autora Gil Membrado⁵², que afirma: «...qué sucede con el incapacitado judicialmente que no ha sido declarado discapacitado por la correspondiente resolución administrativa. Consideramos que de facto la incapacidad judicialmente declarada conlleva en todo caso, aunque no de modo automático, una situación que coloca al incapaz en una situación de discapacitado si no de derecho, sí de hecho. Consideramos que no cabe sino extender los beneficios que la Ley prevé para el discapacitado al incapaz judicialmente declarado. No puede ser de otro modo si atendemos a que en el espíritu de la Ley está proteger a este colectivo desfavorecido (...). En definitiva, no sería justo y, por lo tanto, sería contrario al espíritu de la Ley que las ventajas contempladas por ésta no se extendieran a las personas en las que claramente, por el hecho de haber sido incapacitadas, concurren causas sobradas para incurrir en los grados de discapacidad establecidos por la Ley 41/2003, aunque no hayan sido declaradas como tales».

También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 21 de marzo de 2005⁵³ equipara ambas figuras al establecer que «sea cual sea el régimen peculiar del patrimonio de éste, puesto que, en suma, estaríamos discriminando desfavorablemente a los discapacitados o incapacitados cuyos guardadores, tutores o ejercientes de la curatela no hubieran adoptado las medidas precisas para la constitución del patrimonio separado a que se refiere la Ley

pacitación y la discapacidad, José Pérez de Vargas Muñoz (director) y Montserrat Pereña Vicente (coordinadora), La Ley, Madrid, 2011, p. 963.

⁵¹ SERRANO GARCÍA, «Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004, p. 112.

⁵² GIL MEMBRADO, «Otros mecanismos de protección sucesoria en la discapacidad y/o incapacitación en atención al cuidado de su patrimonio», en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana (directores), Editorial Dykinson, Madrid, 2014, p. 107.

⁵³ JUR 2005, 144287.

41/2003, sin que en nada difiera la naturaleza y fundamento de la venta de bienes de personas discapacitadas de la de los bienes de personas judicialmente incapacitadas, de modo que, si para aquéllas es beneficioso el que se prescinda de la pública subasta en la enajenación de sus bienes, también habrá de serlo para éstas».

5) El último de los motivos que traigo a colación para defender mi postura es que la falta de equiparación entre incapacitados y personas con discapacidad como beneficiarios de las normas de protección introducidas en la LPPD, podría derivar situaciones tan injustas como las siguientes:

a) Que los incapacitados que no tengan reconocido administrativamente su grado de discapacidad no puedan beneficiarse de la constitución a su favor de un patrimonio protegido que, en cambio, sí se puede constituir a favor de las personas con discapacidad⁵⁴ (arts. del 1 al 8 de la propia LPPD). ¿Tendría esto algún sentido?

b) La LPPD incluye en nuestro Ordenamiento una nueva causa de indignidad sucesoria, mediante la cual se impide que puedan heredar a una persona con discapacidad los parientes que no le hayan prestado las atenciones debidas durante su vida, tal y como recoge en su artículo 10⁵⁵.

Pero, entonces, ¿qué ocurriría cuando la persona que necesite las atenciones durante su vida sea una persona incapacitada judicialmente? ¿Podrían heredar a ésta los parientes que le hayan negado en vida las atenciones que necesitase?

Por pura lógica considero que no. Y es que, aunque el artículo 10 de la LPPD únicamente contemple como posibles beneficiarios a las personas con discapacidad, no ocurre lo mismo en su Exposición de Motivos, donde en su apartado VII establece que «se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida...». Por tanto, no especifica que se

⁵⁴ Estipula, en primer lugar, la Exposición de Motivos de la LPPD, en su apartado III que: «esta constitución del patrimonio corresponde a la propia persona con discapacidad que vaya a ser beneficiaria del mismo o, en caso de que ésta no tenga capacidad de obrar suficiente, a sus padres, tutores o curadores de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar regulados por nuestro Ordenamiento jurídico...». En el mismo sentido, recoge el artículo 3.1.b) que «podrán constituir un patrimonio protegido: Sus padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente».

Entendemos que, al nombrar a los tutores o curadores de las personas que no tengan capacidad de obrar suficiente, se está refiriendo a personas que hayan sido judicialmente incapacitadas, ya que es ésta la única forma legal de que se nombre un tutor o curador a favor de la persona que lo necesita.

⁵⁵ Mientras que en el artículo 10.1 de la LPPD sí se concretiza que «tratándose de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieran prestado...».

trate de una persona con discapacidad, sino que habla del causante, por lo que podría entenderse que lo fuera bien la persona con discapacidad o bien la persona incapacitada judicialmente.

c) Igualmente, tras la publicación de la LPPD no quedarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad (art. 1.041.2.º C.c.). Pero, ¿qué pasará con los gastos realizados a favor del hijo incapacitado judicialmente por sus padres y ascendientes? ¿Tendría sentido que éstos, en cambio, sí quedasen sujetos a colación?

d) Como último ejemplo de lo absurdo que puede suponer la falta de equiparación de las personas con discapacidad e incapacitadas judicialmente como beneficiarios en cuanto a las medidas de protección patrimonial introducidas por la LPPD, me refiero a la donación o el legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, sin que se compute para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella. Este derecho de habitación se atribuirá, por ministerio de la ley, en las mismas condiciones al legitimario con discapacidad que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten (art. 822 C.c.).

De ahí que me plantee, ¿tendría alguna lógica que el derecho al que se refieren los dos párrafos anteriores no se pueda aplicar igualmente a las personas incapacitadas judicialmente?

3.2 IMPOSIBILIDAD DE ESTABLECER LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Llegados a este punto toca cuestionarse: y la sustitución fideicomisaria especial que en base a la LPPD el testador podrá establecer únicamente a favor del hijo o descendiente judicialmente incapacitado, ¿podrá constituirla, igualmente, a favor de los hijos o descendientes que tengan reconocido el grado de discapacidad que exige la ley para ser beneficiarios de sus medidas de protección patrimonial?

A esta pregunta entiendo que sólo existe una respuesta posible: No.

Y es que el contenido de la ley es muy tajante al respecto, ya que contempla, como únicos beneficiarios a los hijos o descendientes judicialmente incapacitados, lo cual nos lleva a entender que las personas sobre las que no haya recaído sentencia de incapacitación⁵⁶ no podrán ser jamás beneficiarias de la sustitución fideicomisaria especial, con independencia de que ostenten o no el grado de discapacidad exigido en la LPPD para poder ser beneficiario del resto de medidas de protección introducidas por la norma.

En la misma línea, se posicionan autores como Ruiz-Rico Ruiz Morón⁵⁷, quien entiende que «mientras que todo incapacitado va a ser persona con discapacidad, no se puede hacer, sin embargo, la afirmación inversa»; o Díaz Alabart⁵⁸, cuando argumenta: «es más, de la Exposición de Motivos de esta norma parece deducirse que el concepto de discapacitado pretende dejarse al margen de la incapacitación, como si ambas regulaciones transcurriesen absolutamente paralelas, lo cual es de todo punto imposible, puesto que los incapaces desde el punto de vista jurídico necesariamente deben ser considerados discapacitados, si bien todos los discapacitados no siempre serán incapaces, porque aquél es un concepto más amplio que éste»; o, también, Nanclares Valle⁵⁹, al exponer que «la exclusión de los discapacitados no incapacitados del círculo de posibles fiduciarios de la sustitución fideicomisaria es clara, especialmente si tenemos en cuenta que la Ley 41/2003 añade al Código civil una Disposición Adicional Cuarta en la que se precisa que la referencia a las personas con discapacidad hecha en los artículos 756, 822 y 1.041 se entenderá hecha al concepto definido por la citada ley en su artículo 2.2».

Otro de los argumentos que sirven de apoyo a mi teoría es el borrador de la Fundación Aequitas⁶⁰ previo a la LPPD, donde el Notariado Español apoyaba la posibilidad de que la figura especial pudiese establecerse a favor de todas las personas con discapacidad, a lo cual se opuso el legislador al fijar finalmente como únicos beneficiarios a aquéllos que cumplan con los requisitos del artículo 200 del C.c., y a favor de los cuales el juez haya dictado una sentencia de incapacitación, por lo que no existen dudas de que la única intención del legislador de 2003 fue la imposibilidad de esta-

⁵⁶ Ya sea parcial (curador), total (tutor), o incluso mediante la patria potestad prorrogada o rehabilitada.

⁵⁷ RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *Op. cit.* p. 359.

⁵⁸ DÍAZ ALABART, «Principios de protección...», cit., p. 99.

⁵⁹ NANCLARES VALLE, «La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada», en *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado*, Muñoz Fernández (coordinador), Editorial Aranzadi, Navarra, 2014, p. 132.

⁶⁰ Borrador de 18 de noviembre de 2002.

blecer como fiduciario de la figura que venimos estudiando a la persona con discapacidad.

¿Y cuál puede ser el motivo por el que el legislador ha querido limitar la sustitución fideicomisaria especial, exclusivamente, a favor de los incapacitados judicialmente?

Dado que nada expresó al respecto, se pueden encontrar diferentes posicionamientos doctrinales. Así, algunos autores consideran la limitación del legislador de la figura especial a favor de los incapacitados judicialmente como una medida para fomentar que las familias se decidan a incapacitar a aquellas personas que lo necesiten y aún no lo hayan hecho. Es decir, que ven en la sustitución fideicomisaria especial una medida del legislador del 2003 para estimular o incentivar la incapacitación judicial.

Espejo Lerdo de Tejada⁶¹ es uno de estos autores, ya que considera que «teniendo en cuenta que la pérdida de autogobierno podría ser notoria y aceptada por todos, o constar de otro modo diferente, habría que concluir que la norma persigue la finalidad de “fomentar la incapacitación”».

Por su parte, Ruiz-Rico Ruiz Morón⁶², expone que «seguramente, puesto que es una medida excepcional, el legislador haya querido introducir la posibilidad de gravar la legítima sólo cuando quede garantizado que el favorecido es persona que no puede gobernarse por sí misma. Por otro lado, cabe pensar también que ésta es una forma de fomentar la incapacitación; no hay que olvidar que es una medida de protección».

O también Ripoll Soler⁶³, quien afirma: «me inclino a pensar que el gravamen legitimario lo que trata también, desde un punto de vista de política legislativa, es de incentivar la incapacitación judicial, que, por otro lado, tarde o temprano, tendrá que llegar, pues el hijo incapaz bajo el cobijo de los padres, irremisiblemente se convierte en actor jurídico para heredar a éstos».

En mi opinión, aunque el fomento de la incapacitación podría ser perfectamente el motivo por el que el legislador limitó a favor de los incapacitados judicialmente la sustitución fideicomisaria especial introducida por la LPPD, consideramos que más que éste, la verdadera razón fue la que explica Martín Meléndez⁶⁴ cuando argumenta que «el motivo por el que la Ley 41/2003 ha optado por

⁶¹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Artículo 808», en *Código civil comentado*, Volumen II, Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández (directores), Editorial Thomson Cívitas, Madrid, 2011, p. 795.

⁶² RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *Op. cit.*, p. 363, nota 7.

⁶³ RIPOLL SOLER, «La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 C. C.: Fideicomiso de Residuo», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Editorial Centro de Estudios, N.º 114, 2005, p. 826.

⁶⁴ MARTÍN MELÉNDEZ, *Op. cit.*, pp. 63 y 64.

el incapacitado, excluyendo a los simples discapacitados, es que ha querido reducir las posibilidades de exceptuar la aplicación del principio de intangibilidad de la legítima mediante la determinación de los sujetos que podrían resultar favorecidos (fiduciarios) por los nuevos arts. 782, 808 y 813 C.c., puesto que el número de incapacitados judicialmente es menor que el de discapacitados (...), y se considera que está en situación de mayor gravedad y, por tanto, más necesitada, una persona respecto a la que se ha declarado judicialmente que no puede gobernarse por sí misma (independientemente del grado de incapacitación y de que esté sometida a tutela o curatela), que aquélla que, simplemente, ha sido declarada discapacitada».

En la misma línea, Pereña Vicente⁶⁵ cuenta que «no hay que olvidar que el artículo 813 del CC consagra como regla general que la legítima no podrá ser gravada, por lo que esta posibilidad es una excepción a la misma y, como tal deberá ser objeto de interpretación restrictiva».

También Gómez-Riesco Tabernero de Paz⁶⁶ considera que «tal vez sea más correcto entender que nos encontramos ante un supuesto en el que el legislador se muestra más garantista: puesto que supone una excepción a la intangibilidad de la legítima que produce como resultado la afectación de derechos de terceros (pues priva provisionalmente a los legitimarios de lo que les corresponde por legítima estricta en la sucesión del difunto), se considera indispensable la intervención judicial, sin que baste el control meramente administrativo ligado a la discapacidad».

Personalmente me adhiero a dicha postura, ya que, de poder beneficiarse cualquier persona con discapacidad de esta medida de protección que introduce la LPPD a favor de los incapacitados judicialmente, estaríamos admitiendo la posibilidad de que personas con alguna discapacidad física o sensorial del 65% (por ejemplo, una persona con una movilidad reducida, o una persona con una discapacidad visual o auditiva de dicho porcentaje, etc.) o psíquica del 33% (como puede ser, por ejemplo, una persona que necesite simplemente el apoyo de un curador para medicarse), podría verse favorecida por una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, lo cual, ateniéndonos a las consecuencias jurídicas que dicha institución depara (privar al resto de

⁶⁵ PEREÑA VICENTE, «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», en *Actualidad Civil*, N.º 15, Septiembre 2004, p. 1763.

⁶⁶ GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, «La sustitución fideicomisaria a favor de persona con discapacidad», Conferencia pronunciada el 22 de noviembre de 2013, en el marco de las Jornadas tituladas *Instrumentos jurídicos-privados de protección de las personas con discapacidad*, organizadas por la Universidad de Navarra y la Fundación Aequitas.

herederos forzosos de su legítima estricta, como mínimo, temporalmente), entendemos no procede en los supuestos de personas con discapacidad, sino única y exclusivamente, en aquellas personas que sufran una enfermedad tan importante, ya sea física o mental, que conlleve su incapacitación civil.

Una vez remarcada la imposibilidad de considerar a las personas con discapacidad como posibles beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial por quedar ésta reservada exclusivamente a las personas incapacitadas judicialmente, debemos reconocer que no son pocos los autores que, en mi opinión, incurren en la imprecisión de convertir precisamente a las personas con discapacidad en posibles beneficiarios de la institución especial introducida por la LPPD, error que puede llevar a una gran confusión en los lectores, no siempre, sobre todo en esta materia, operadores jurídicos.

Eso sí, al fijarnos en los autores que incurren en dicha imprecisión, rápidamente llegamos a la conclusión de que nos encontramos ante un *lapsus calami* de los mismos.

Por ejemplo, Gómez Gállico redacta un Estudio⁶⁷ y un capítulo de Libro⁶⁸ sobre el tema con el siguiente título: «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor de los discapacitados». A continuación, en el contenido de los trabajos sigue manifestando⁶⁹: «esta reforma permite que los padres o abuelos puedan dejar a su hijo o nieto discapacitado la totalidad de la herencia (...). La regulación legal a favor de esta especial sustitución fideicomisaria a favor de los discapacitados está recogida...»; y en otro apartado comenta⁷⁰: «no cabe confundir los bienes y derechos adjudicados al hijo o descendiente judicialmente discapacitado en concepto de fiduciario...».

En la misma línea Seda Herмосín⁷¹ cuenta: «O sea, que, como puedo gravar el tercio de libre disposición, el de mejora y ahora también el de legítima estricta teniendo hijos o descendientes discapacitados, permite el legislador que yo, testador, pueda nombrar a mi hijo discapacitado heredero temporal de todos mis bienes, de

⁶⁷ GÓMEZ GÁLLIGO, «La sustitución fideicomisaria...», cit., p. 11.

⁶⁸ GÓMEZ GÁLLIGO, *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, de la Escola Galega de Administración Pública, Bello Janeiro (coordinador), Editorial EGAP, Compostela, 2004, pp. 143 y ss.

⁶⁹ GÓMEZ GÁLLIGO, en ambas obras se refiere al «incapacitado judicialmente» como discapacitado hasta en nueve ocasiones.

⁷⁰ GÓMEZ GÁLLIGO, «La sustitución fideicomisaria...», p. 26.

⁷¹ SEDA HERMOSÍN, «El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad», en *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo XVI, Editorial Comares, Sevilla, 2004, p. 14.

los cuales no podrá disponer, con indicación de que a su fallecimiento, pasarán tales bienes a sus hermanos co-legitimarios».

Por su parte, Martínez Martínez⁷² también usa el término «discapacitado» en lugar del de incapacitado cuando indica que: «bienes que son adquiridos por el judicialmente discapacitado en calidad de fiduciario por constituir la legítima estricta de sus coherederos forzosos que tienen el carácter de fideicomisarios».

Lo mismo le ocurre a la autora Paniza Fullana⁷³ al exponer que «aunque de entrada la sustitución fideicomisaria pudiera parecer una figura antigua y carente de relevancia actual, ha sido la institución empleada para proteger a los discapacitados, lo que nos lleva a hablar de una renovada actualidad. Es lo que ha ocurrido con la Ley 41/2003...». Y lo reitera⁷⁴ cuando al hablar de la similitud existente entre usufructo y sustitución fideicomisaria afirma que «ahora ha sido la Ley 41/2003 la que ha utilizado la sustitución fideicomisaria para proteger a los discapacitados».

Lo cierto es que esta confusión terminológica no debería tener gran importancia desde el punto de vista práctico en los supuestos en los que el causante decida hacer testamento notarial, dado que la intención del causante confundido que intentase establecer una sustitución fideicomisaria especial a favor de su hijo o nieto con discapacidad durará como máximo hasta que acuda al notario a hacer testamento, momento en el cual, éste le explicará la imposibilidad de sus deseos porque tan sólo se puede instituir fiduciario especial a los hijos o descendientes incapacitados judicialmente, y no a aquéllos que tengan reconocida administrativa o judicialmente alguna discapacidad (a excepción, claro está, de los que junto al reconocimiento administrativo de discapacidad cuentan también con la sentencia judicial de incapacitación).

Sin embargo, la referida confusión sí que podría conllevar consecuencias importantes en los casos en los que el testador decida redactar testamento ológrafo, y en base a lo que ha leído o le hayan podido informar, establece en su testamento manuscrito una sustitución fideicomisaria especial, instituyendo como fiduciario al hijo o nieto con discapacidad. En tal caso, considero que cabría la nulidad del testamento, o dicho con otras palabras, procedería la apertura de la sucesión intestada, dejándose de cumplir con ello la verdadera voluntad del testador.

⁷² MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Tratado de Derecho de Sucesiones (Ab ovo usque ad mala)*, Editorial La Ley, Madrid, 2013, p. 907.

⁷³ PANIZA FULLANA, *Usufructo y Fideicomiso: Estatuto de concurrencia*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, p. 22.

⁷⁴ PANIZA FULLANA, *Op. cit.*, p. 83.

4. LA CURATELA COMO EJE CENTRAL DEL NUEVO PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR TRAS LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Tal y como acabo de exponer en el epígrafe anterior, no cabe ninguna duda de que la sustitución fideicomisaria especial única y exclusivamente podrá servir de medida de protección patrimonial a las personas incapacitadas judicialmente, y nunca a las personas con discapacidad.

Pero precisamente dicha afirmación engloba un problema jurídico de gran envergadura en nuestro ordenamiento. Y es que, llegados a este punto debemos preguntarnos: dentro de las personas incapacitadas judicialmente, ¿podrá establecerse entonces la sustitución fideicomisaria especial a favor de cualquiera de ellas con independencia de la medida de guarda que se le haya designado en la sentencia de incapacitación? O dicho de otra forma, podrá establecerse la institución especial a favor de las personas tuteladas o curateladas indistintamente ya que todas ellas, junto a aquellas a las que se les ha nombrado un guardador de hecho, son personas incapacitadas judicialmente? La respuesta dada la redacción actual de la LPPD parece clara: SÍ.

Es decir, que tras la reforma introducida en el C.c. por el legislador de la LPPD, en nuestro Ordenamiento jurídico, cualquier persona incapacitada judicialmente, da igual que sea tutelada o curatelada⁷⁵, podrá beneficiarse de una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta de la herencia, siempre y cuando así lo establezca el testador

Así también lo entiende Rivas Martínez⁷⁶, cuando cuenta que «nuestro C.c. exige, para la existencia del fideicomiso que haya recaído sentencia firme que establezca la incapacitación con independencia de que sea total o parcial y que origine la constitución de una tutela o una curatela, pues en cualquier de estos casos la persona afectada incide en el estado civil o condición de persona judicialmente incapacitada, que es lo único que impone el artículo 808.3».

⁷⁵ El estudio del resto de medidas de guarda que componen el procedimiento de incapacitación no nos interesa, ya que, mientras que la patria potestad prorrogada o rehabilitada sirve para designar un tutor o curador al hijo menor o mayor de edad que vive con sus padres y ha sido incapacitado, el defensor judicial se designa para los supuestos en los que exista conflicto de intereses entre el tutor o curador, y la persona incapacitada.

Por ello, consideramos que lo verdaderamente importante es determinar a qué tipo de personas puede beneficiarse mediante la sustitución fideicomisaria especial, si a las que son tuteladas o curateladas.

⁷⁶ RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de...*, cit., p. 1.475.

También Ruiz-Rico Ruiz-Morón⁷⁷ expone que «conforme al nuevo texto legal, presupuesto necesario para establecer sustituciones fideicomisarias que graven la legítima estricta es la existencia de algún hijo o descendiente incapacitado judicialmente, sin importar, puesto que el texto legal no distingue, el régimen de tutela o guarda al que haya quedado sometido».

Mientras que García Garnica⁷⁸, afirma: «dado que la norma no exige que la incapacitación haya sido plena, cabe entender que bastará que se haya declarado su incapacidad relativa».

Aunque el que más directamente aborda el tema es Puig Ferriol⁷⁹, cuando indica que «presupuesta la declaración judicial de incapacidad por carecer el interesado de la capacidad de autogobierno, se previene en el artículo 760.1 de la Ley de enjuiciamiento civil que ‘La sentencia que declare la incapacidad determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado...’. La cuestión que aquí puede plantearse es si la posibilidad de ordenar la sustitución fideicomisaria que prevé el artículo 808, III C.c. es viable ante cualquier declaración judicial de incapacidad del hijo o descendiente, pues de acuerdo con el mentado precepto la incapacitación no es uniforme, toda vez que se impone la graduación de la misma con base a los criterios de capacidad natural y protección del incapacitado, que pueden oscilar entre una incapacitación prácticamente total a otra que afecte únicamente a determinados actos del incapacitado. Lo cierto es que el artículo 808, II C.c. nada previene al respecto, pues sólo exige que haya caído sentencia que establezca la incapacitación, con independencia de que sea total o parcial y con independencia también, de que la incapacitación origine la constitución de una tutela o de una curatela; pues en cualquiera de estos casos la persona afectada incide en el estado civil o condición de persona judicialmente incapacitada, que es lo único que exige el artículo 808, III C.c.».

Desde este momento anuncio que en mi opinión desde un punto de vista jurídico-práctico el error más importante del legislador de 2003 fue precisamente no haber fijado si la sustitución fideicomisaria especial puede establecerse a favor de los tutelados, de los curatelados, o de cualquiera de ellos indistintamente.

O dicho de otra forma, dentro de la deficiencia técnica-jurídica otorgada a la LPPD, seguramente la de mayores consecuencias fue

⁷⁷ RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *Op. cit.*, p. 362.

⁷⁸ GARCÍA GARNICA, «Discapacidad y dependencia (II): configuración y contenido de su sustitución jurídica», en *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Tomo II, Gete Alonso y Calera (directora), Editorial Cívitas, 2013, p. 272.

⁷⁹ PUIG FERRIOL, «Protección del...», *cit.*, p. 295.

exigir simplemente la condición de incapacitado para ostentar la condición de posible beneficiario de la sustitución fideicomisaria especial, ya que con ello se deja abierta la puerta a la posibilidad de que nos encontremos no sólo con tutelados como fiduciarios especiales, sino también con curatelados.

¿El motivo de no haber fijado el límite de la institución dentro de las diversas medidas de guarda que existen dentro de nuestro procedimiento de incapacitación actual? Seguramente el hecho de que desde la publicación del C.c., en España hablar de incapacitación era hablar del nombramiento de un tutor a favor de una persona necesitada de protección, ostentando desde siempre la curatela un carácter totalmente residual, por lo que el legislador de la LPPD, al fijar en 2003 como posibles beneficiarios de la institución especial a los incapacitados judicialmente, hacía referencia «casi por defecto» a los tutelados como posibles beneficiarios.

Sin embargo, a partir de la Convención de la ONU de los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuya entrada en vigor en España se produjo en mayo de 2008, el orden de preferencia de la tutela y de la curatela en nuestro país como institución de guarda preferida por nuestros Tribunales cambió radicalmente.

Tanto es así, que hoy en día es una realidad la apuesta decidida de nuestro Tribunal Supremo a la hora de establecer la curatela en vez de la tutela como institución de guarda a favor de los incapacitados.

O lo que es lo mismo, a diferencia de lo que primaba en nuestro Ordenamiento jurídico desde 1889, a partir de la entrada en vigor de la Convención, en España la tutela ha dejado de usarse «casi por defecto» a favor de las personas incapacitadas, y ha sido sustituida por la curatela, la cual, hasta entonces, apenas se usaba.

El hecho de que la institución de guarda de los incapacitados que actualmente rige en nuestro Ordenamiento jurídico sea la curatela, supone que cualquier incapacitado curatelado (personas alcohólicas, drogadictas, pródigos...) puede ser instituido fiduciario de la sustitución fideicomisario especial, ya que reúne el requisito imprescindible de la institución, que no es otro que ostentar la condición de incapacitado, independientemente de que sea una incapacitación total o parcial, de ahí que dicha condición la ostente el curatelado.

Pero, ¿realmente somos conscientes del alcance de tal afirmación respecto al resto de herederos forzosos?

Tal situación, y el alcance de sus efectos jurídicos, son merecedores de que en los siguientes apartados nos centremos en el estudio de por qué hoy en día los jueces españoles instituyen principalmente curatelas a favor de las personas incapacitadas judicialmente,

adquiriendo la tutela un carácter totalmente residual, cuando en 2003, año de promulgación de la LPPD, era justo al contrario.

Vayamos por partes.

Con posterioridad a la ley 41/2003, el 23 de noviembre de 2007 fue ratificada por España la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

De las diferentes medidas a las que obliga la ONU a los Estados Parte destaca una: la adaptación del artículo 12⁸⁰ de la Convención para que todas las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, es decir, se vean apoyadas o asistidas por otra persona en aquellos actos que lo necesiten, sin que en ningún caso les sea por ello privada su capacidad de obrar.

Así, recoge el apartado 2 del artículo 12 que «los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida», y continúa estableciendo en el siguiente apartado que «los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica».

En mi opinión, lo que se pretende desde la ONU con el contenido de dicho artículo es que dejemos de preguntarnos hasta qué grado se ha de modificar la capacidad de obrar de la persona que lo necesite, y empecemos a cuestionarnos qué nivel de apoyo o asistencia necesita esa misma persona para desarrollar su vida con total normalidad. Por ello, considero que el artículo 12 es, sin duda, el más importante de la Convención, ya que exige a los Estados Parte que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar en igualdad de condiciones que el resto de personas, es decir,

⁸⁰ Dispone el artículo 12 de la Convención: «1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica;

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida;

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica;

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos (...);

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria».

que puedan adoptar libremente todo tipo de decisiones en cualquier ámbito de su vida, siendo apoyados en aquellos casos en que lo necesiten.

Dentro de las instituciones de guarda recogidas, hoy en día, en nuestro C.c., no hay duda de que tras la Convención, será la curatela el eje central del futuro procedimiento de incapacitación. De hecho ya lo viene siendo.

Cuando me refiero a la curatela hago referencia a una institución de protección a favor de personas que han de ser asistidas o apoyadas parcialmente, y nunca las personas que necesitan ser asistidas totalmente.

Sancho Rebudilla⁸¹ define la curatela como «un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque su función no es representar, suplir o sustituir la capacidad de obrar de quien carece de ella, sino asistir, completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de esta adicción o concurrencia por mor de asesoramiento o consejo».

4.1 RAZONES QUE LLEVAN A APOSTAR POR LA CURATELA COMO MEDIO IDÓNEO DE ADAPTACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN A NUESTRO SISTEMA

A continuación, pasamos a enumerar cuáles son las razones por las que considero a la curatela como el medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro sistema, sin entender, por tanto, necesario para la eficiente adaptación de la Convención a nuestro Ordenamiento, la sustitución del actual procedimiento de modificación de la capacidad de las personas, por otro diferente que se base en el apoyo o asistencia a las personas con discapacidad tal y como se viene abogando desde diversos sectores de nuestra sociedad como veremos a continuación.

4.1.a) *Posibilidad de aplicar la curatela tanto en el ámbito personal como en el ámbito patrimonial de las personas necesitadas de protección*

Desde los sectores de la sociedad que desechan la opción de la curatela como medio ideal de adaptación del artículo 12 de la Convención, esgrimen como uno de sus argumentos para oponerse a ello, que la curatela únicamente puede establecerse en el ámbito

⁸¹ SANCHO REBUDILLA, *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, Editorial Cívitas, Madrid, 1984, p. 62.

patrimonial de las personas, y nunca en el personal, siendo este último precisamente el ámbito que intenta proteger el artículo 12 de la Convención.

Así, coincidiendo con las posiciones del CERMI⁸² o de la Fundación Aequitas, el Informe del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, indicó que «además, la praxis judicial, en lugar de establecer la limitación de la capacidad, como exige la ley, sólo en la medida que sea necesaria para proteger los intereses de la persona y atendiendo a sus circunstancias y necesidades concretas, se ha limitado a crear dos grados de incapacitación: 1) la incapacidad absoluta o total, que conlleva el sometimiento a tutela del incapacitado, supone por regla general que éste queda privado de su «capacidad de obrar» tanto en su esfera patrimonial como en su esfera personal, pudiendo quedar impedido incluso para ejercitar sus derechos fundamentales y adoptar decisiones en ese ámbito, y 2) el sometimiento a curatela del incapacitado, entendiéndose habitualmente que el curador deberá asistir al incapacitado en la realización de la generalidad de actos de disposición de carácter patrimonial».

Termina exponiendo el Informe, acto seguido que «como se ha señalado antes, habitualmente se entiende que el curador asiste al incapacitado exclusivamente en la realización de negocios de carácter patrimonial. Su aplicación a aquellas decisiones que afectan al ejercicio de los derechos fundamentales puede estar enfrentada a la Convención por lo que en este ámbito deberían articularse otras medidas de apoyo y asistencia».

Entre los autores que se expresan en el mismo sentido, destaca Lete del Río⁸³, que expone que la curatela «es una asistencia de protección con ámbito limitado a la esfera patrimonial concreta que haya señalado la Ley o la sentencia, por lo que puede decirse que la función del curador es de tuición patrimonial»; o, Guilarte Martín-Calero⁸⁴ cuando define a la curatela como «aquella institución tutelar de carácter estable pero de actuación intermitente que se constituye para integrar la capacidad de quienes pueden actuar por sí mismos, pero no por sí solos, proveyéndoles, a tal efecto, de un curador que complementará su capacidad deficiente en la esfera patrimonial determinada en la ley o sentencia»; o, por último, Vivas

⁸² Comité Español de Representación de las Personas con Discapacidad.

⁸³ LETE DEL RÍO, «De la tutela, de la curatela y de la guarda de menores e incapacitados. Comentario a los arts. 286 a 298 del Código civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo (director), Tomo IV, Editorial Edersa, Madrid, 1985, p. 238.

⁸⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 113.

Tesón⁸⁵, que también considera que «a mayor abundamiento, el curador no tiene deberes de cuidado personal del curatelado, sino sólo funciones de asistencia en el cumplimiento de actos patrimoniales de extraordinaria administración».

Pero, me pregunto, ¿en base a qué argumentos se alcanzan dichas conclusiones?

El alcance exacto del ámbito al que puede aplicarse la curatela, sólo al patrimonial o también al personal, es un tema de gran importancia, ya que de ello dependerá la posibilidad o no de apostar por el actual sistema de incapacitación como medio ideal de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento.

Por mi parte, y aun admitiendo que existen algunos casos de curatela en los que la institución únicamente alcanza al ámbito patrimonial del curatelado⁸⁶, considero que no existe ninguna norma que, de forma expresa, excluya del alcance de la curatela el ámbito personal del curatelado.

En este mismo sentido, en el de considerar que la curatela no sólo alcanza el ámbito patrimonial de la persona sino que también puede establecerse para su ámbito personal, se posiciona García Cantero⁸⁷ cuando manifiesta que «la curatela de los incapacitados ha de comportar alguna intervención en el ámbito de la esfera personal»; o, la autora Gete Alonso y Calera⁸⁸, que indica: «aunque lo normal es que el curador sólo intervenga en el ámbito patrimonial, no se excluye su intervención en el ámbito personal»; Cerrada Moreno⁸⁹, por su parte, argumenta que «la curatela puede también referirse al ámbito estrictamente personal, por ejemplo, para el seguimiento del tratamiento médico»; o, por último, Majada Planalles⁹⁰ cuenta que: «Por nuestra parte, insistimos en la postura expuesta y creemos que en la curatela de los incapacitados no parece recomendable propugnar tan tajante deslinde entre la esfera patrimonial y la persona del curatelado».

Personalmente considero que de la interpretación literal del artículo 215 del C.c. también se debe alcanzar tal conclusión, ya

⁸⁵ VIVAS TESÓN, *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tutivo español*, Futuex, Badajoz, 2012, p. 26.

⁸⁶ Como son los supuestos de la curatela a la que pueden someterse los emancipados cuyos padres quedaren impedidos o fallecieren, o los que obtuvieron el beneficio de la mayoría de edad, o los declarados pródigos

⁸⁷ GARCÍA CANTERO, «Notas sobre la curatela», en *Revista de Derecho Privado*, Nº. 9, 1984, p. 787.

⁸⁸ GETE ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Editorial Cívitas, Madrid, 1992, p. 244.

⁸⁹ CERRADA MORENO, *Incapacitación y Procesos sobre Capacidad de las personas*, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2014, p. 264.

⁹⁰ MAJADA PLANALLES, *La incapacitación, la tutela y sus formularios*, Editorial Bosch, Barcelona, 1985, p. 150.

que el citado precepto expone: «la guarda y protección de las personas y bienes o solamente de las personas o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1.º La tutela. 2.º La curatela y 3.º El defensor judicial».

Ateniéndonos exclusivamente a las palabras que hemos marcado en negrita, se desprende de dicho artículo que la guarda y protección de las personas incapacitadas se realizará mediante la curatela.

Igualmente, el artículo 289 del C.c. establece que «la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido».

Entonces, ¿qué obliga a los jueces españoles a fijar el ámbito de actuación de la curatela únicamente a la esfera patrimonial de las personas que necesiten dicha figura como medida de apoyo o asistencia?

La respuesta para mí está clara, nada. Es decir, que el legislador fijó como ámbito de aplicación de la curatela los «actos» que el juez estimase necesario en sentido general, por lo que no se ciñe, concretamente, ni a los actos referidos al ámbito personal del incapacitado, ni a los del ámbito patrimonial, sino a actos en sentido general, dependiendo, por tanto, únicamente del juez el tipo de apoyo o asistencia, y el ámbito de la misma, que deberá fijar a favor de una persona en base a sus necesidades

El último artículo del C.c. que uso para defender mi argumento es el 290, el cual dispone que «si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial».

¿Y cuáles son los actos para los que los tutores, y curadores en base al artículo 290, necesitan autorización judicial? Pues concretamente los que recoge el artículo 271⁹¹ del C.c., entre los cuales se engloban algunos actos que afectan al ámbito personal, como

⁹¹ Recoge el artículo 271 del C.c. que el tutor necesita autorización judicial para llevar a cabo los siguientes actos:

1.º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.

2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

3.º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.

4.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.

5.º Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.

puede ser, por ejemplo, apoyar al curatelado a la hora de decidir si le conviene internarse en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial; renunciar derechos, entablar demandas, etc.

Aunque si por algo considero que, en la actualidad, no existe duda en cuanto a la posibilidad de fijar la curatela en el ámbito personal de quien lo necesite, es por la postura jurisprudencial existente al respecto.

En efecto, la posición de nuestro Tribunal Supremo es unánime en dicho sentido como se acredita, por ejemplo, en el Fundamento de Derecho Segundo, punto 5.º, de la Sentencia de 24 de junio de 2013⁹², cuando expone que «en la esfera personal requerirá la asistencia del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá también en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En lo que se refiere a su patrimonio...».

Aún de forma más clara se presenta la Sentencia de 1 de julio de 2014⁹³, cuando establece: «En el Código civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que al amparo de lo previsto en el artículo 289 C.c., podrían atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del incapaz a un tratamiento médico, muy adecuado carece de conciencia de enfermedad».

4.2. LA APUESTA DECIDIDA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES POR LA CURATELA FRENTE A LA TUTELA

La sentencia más importante (debido a su interés casacional) para defender la apuesta de los Tribunales españoles por la curatela en vez de la tutela como medio de protección ideal para las personas que lo necesiten es la sentencia del 24 de junio de 2013⁹⁴, en la que el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por una persona por aquel entonces incapacitada, junto al Ministe-

6.º Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.

7.º Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.

8.º Para dar y tomar dinero a préstamo.

9.º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.

10.º Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.

⁹² RJ 2013, 3948.

⁹³ RJ 2014, 4518.

⁹⁴ RJ 2013, 3948.

rio Fiscal, en el sentido de modificar la extensión y límites de la incapacidad judicialmente declarada en la primera instancia, sustituyendo el nombramiento de un tutor a favor de la persona incapacitada por el de un curador.

Concretamente, la sentencia refleja la elección de la curatela como medio de protección ideal tanto en el ámbito patrimonial como en el personal de la persona con discapacidad, en este caso, psíquica.

Nuestro Alto Tribunal sigue pronunciándose en la misma línea, y así lo demuestra en su Sentencia de 20 de octubre de 2014⁹⁵, en la cual, casando también la de la Audiencia Provincial, declaró al demandante parcialmente incapaz alegando que, pese a tener una deficiencia visual y una inteligencia denominada «borderline», no tiene totalmente anulada su capacidad, por lo que sólo precisa un apoyo para la toma de decisiones, rechazando, con ello, la medida de rehabilitación de la patria potestad establecida por la sentencia recurrida en casación.

Las sentencias del Tribunal Supremo que hemos venido mencionando a lo largo del presente apartado han fijado la línea a seguir por el resto de tribunales, como lo acredita el hecho de que, hasta el momento, se hayan dictado más de trescientas sentencias de Audiencias Provinciales⁹⁶ en términos casi idénticos a los del Supremo, en el sentido de establecer un curador como medio de protección idóneo a favor de la persona con discapacidad, en vez de un tutor, tal y como se venía adoptando, hasta entonces, como ya hemos dicho, casi por defecto.

En la gran mayoría de dichas sentencias sucede que en Primera Instancia se establece un tutor a favor de la persona con discapacidad, siendo, sin embargo, revocada esta decisión por la Audiencia al considerarse que, en base al espíritu de la Convención, y al posicionamiento del Supremo al respecto, el medio ideal de protección para la persona con discapacidad era el nombramiento de un curador, y no el de un tutor.

Así, por ejemplo, se recoge en la Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, AP) de Barcelona de 29 de octubre

⁹⁵ RJ 2014, 5610.

⁹⁶ Entre otras, las Sentencias de AP de Pontevedra, núm. 362/2014, de 6 noviembre (RJ 2015\56971); SAP de Barcelona, núm. 770/2014, de 19 de noviembre (RJ 2015\42854); SAP de A Coruña, núm. 406/2014, de 25 noviembre (RJ 2015\47013); SAP de Barcelona, núm. 794/2014, de 2 diciembre (RJ 2015\65344); SAP de Asturias, núm. 321/2014, de 9 diciembre (RJ 2015\51974); SAP de León, núm. 272/2014, de 15 de diciembre (RJ 2015\49567); SAP de Barcelona, núm. 851/2014, de 17 diciembre (RJ 2015\63939); SAP de Barcelona, núm. 860/2014, de 18 diciembre (RJ 2015\63695); SAP de Barcelona, núm. 863/2014, de 18 diciembre (JUR 2015\76338); SAP de Tarragona, núm. 2/2015, de 2 de enero (RJ 2015\79509); SAP de Asturias, núm. 20/2015, de 22 enero (RJ 2015\67122); SAP de Huesca, núm. 8/2015, de 29 enero (RJ 2015\71458).

de 2014⁹⁷, en la cual se revoca una sentencia de primera instancia en la que se había establecido un tutor para proteger a una persona con trastorno mental por consumo de alcohol y rasgos inmaduros de personalidad, para acabar nombrándole un tutor, que «la curatela de los incapacitados se concibe en términos más flexibles, para incapacitaciones parciales, en las que la sentencia gradúa el alcance de la incapacidad, y consecuentemente determina la competencia del órgano tutelar; no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del incapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad; de modo que el curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial (si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial)».

También la Sentencia de 13 noviembre de 2014⁹⁸ de la Audiencia Provincial de Valencia manifiesta que «la curatela es la institución que procede establecer en el presente caso de incapacitación parcial y graduación en sentencia del alcance de la incapacidad, lo que, consecuentemente, determina sus competencias. La curatela no se limita a la esfera patrimonial pues por la vía de lo dispuesto en el art. 289 C.c. (‘tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido’) se puede atribuir al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como la supervisión del sometimiento del incapaz al tratamiento médico, dado que carece de conciencia de enfermedad, y a la atención alimentaria y personal del mismo. A esta idea responde la jurisprudencia del TS, ‘el curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en

⁹⁷ JUR 2015, 42135.

⁹⁸ JUR 2015, 72846.

la sentencia, los que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial' ».

Por último, la Sentencia de la AP de Álava de 4 de diciembre de 2014⁹⁹, expone que «frente a la sentencia recurrida, que declara la discapacidad de la apelante disponiendo el nombramiento de tutor, se alza la afectada considerando que la prueba no lo justifica, entendiéndose más acorde a sus circunstancias la adopción de un régimen de curatela. (...). En este caso la prueba evidencia que la situación de la Sra. Virginia no obliga a constituir tutela. Todos los testimonios coinciden en que para los actos de su vida cotidiana puede valerse por sí misma, aunque necesite alguna supervisión. (...). Por todo ello la prueba practicada en la vista permite llegar a la conclusión de que efectivamente se debe declarar una discapacidad parcial, conforme al art. 287 C.c., limitada a las cuestiones de índole económica que excedan de los gastos de bolsillo, así como para asegurar el sometimiento al tratamiento médico, manteniéndose el pronunciamiento de la sentencia de instancia respecto de la persona del curador, que será la Fundación Tutelar Beroa...».

4.3 LA PROTECCIÓN DE LOS TUTELADOS, Y NO DE LOS CURATELADOS, COMO VERDADERA FINALIDAD DEL LEGISLADOR DE LA LPPD

Como expusimos al comienzo de este epígrafe cuarto, la idea de hacer hincapié en la preferencia de nuestros Tribunales a la hora de otorgarle carácter residual a la tutela frente a la curatela, tras la exigencia por parte de la Convención de implementar su artículo 12, no es otra que poder afirmar, con rotundidad, llegado este momento, la siguiente conclusión: la sustitución fideicomisaria especial podrá recaer a favor de cualquier hijo o descendiente al que se le haya designado un curador, ya sea para apoyarle en su ámbito personal o en el patrimonial, al reunir éste la condición de incapacitado exigida en la LPPD para ser beneficiario de la institución especial.

A dicha afirmación hay que sumarle que tras la entrada en vigor de la Convención en nuestro Ordenamiento jurídico, la curatela tiene carácter preferencial frente a la tutela como institución de guarda que los Tribunales han de adoptar como institución de guarda a favor de las personas necesitadas de protección.

De ahí que resulte necesario resaltar, dado la importancia de dicha situación, que en los próximos años existirán más sustitucio-

⁹⁹ JUR 2015, 62059.

nes fideicomisarias especiales constituidas a favor de personas curateladas que a favor de personas tuteladas, con las consecuencias jurídicas que ello supone.

La primera duda que nos asalta es: ¿realmente la voluntad del legislador de la LPPD fue la de permitir que la cuota de legítima estricta del resto de herederos forzosos del testador quedase gravado a favor de un hijo o descendiente curatelado del testador?

O, planteado de otra manera, ¿tendría sentido que cualquier persona incapacitada a la que se le haya nombrado un curador para que reciba apoyo en ciertos ámbitos de su vida, ya sean del ámbito personal o patrimonial, pueda verse favorecida con una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta del resto de legitimarios?

De afirmar tal posibilidad se permitiría, por ejemplo, que el tercio de legítima estricta fuera a parar, en forma de sustitución fideicomisaria, a favor de una persona que necesite apoyo del curador a la hora de controlarse la medicación, o a favor de otra que debido a su alcoholismo, le haya sido nombrado un curador para sus actos de disposición patrimonial. ¿Era esta la verdadera intención del legislador español de 2003?

Por nuestra parte, entendemos que en la *mens legislatoris* no se contemplaba la posibilidad de que la sustitución fideicomisaria especial fuera a parar al curatelado, sino que, única y exclusivamente, se pretendía proteger con ella a las personas cuyo grado de enfermedad o deficiencia conllevase el nombramiento de un tutor a su favor.

Consideremos casi injustificable el error del legislador del año 2003 de no especificar que dentro de las personas incapacitadas, únicamente podrían beneficiarse de la institución especial los tutelados, porque debido a dicha falta de previsibilidad, hoy en día, la sustitución fideicomisaria especial se puede constituir a favor de los curatelados.

Los motivos en los que nos basamos a la hora de afirmar que la intención del legislador del año 2003 fue la de proteger exclusivamente al tutelado, y no al curatelado, son los siguientes:

1) El primero, el hecho de que en 2003 hablar de incapacitación era hablar de tutela, no contemplándose casi nunca la opción de la curatela dentro del procedimiento de incapacitación.

Tanto es así, que, incluso, han tenido que pasar varios años desde la aprobación de la Convención por España, para que la curatela haya adquirido el carácter preferencial que hoy en día tiene frente a la tutela, ya que no es hasta la Sentencia de 24 de junio de 2013 (como acabamos de exponer), cuando nuestro Alto

Tribunal decide reconocer la necesidad de fijar la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro sistema.

Ni siquiera la importantísima Sentencia de 29 de abril de 2009, que promulgó la perfecta compatibilidad de nuestro procedimiento de incapacitación con lo exigido en la Convención, reparó en establecer como medio de protección a favor de la señora en cuestión la figura de la curatela, sino que continuó apostando por lo que hasta entonces era lo normal, es decir, el nombramiento de un tutor que le sustituyese en todas sus decisiones a la persona incapacitada.

2) La propia LPPD excluía como posibles beneficiarios del patrimonio protegido, a aquellas personas con discapacidad que tuviesen la capacidad de obrar suficiente, al recoger el párrafo tercero de su Exposición de Motivo: «Sin embargo, cuando la personas con discapacidad tenga capacidad de obrar suficiente, no se podrá constituir un patrimonio protegido en su beneficio».

Entonces, si la intención del legislador era que las personas con discapacidad con capacidad de obrar suficiente, quedasen excluidas de la protección que otorga el patrimonio protegido, ¿qué sentido tendría que, en cambio, sí contemplase la protección de estas mismas personas¹⁰⁰ mediante la sustitución fideicomisaria especial, figura de consecuencias jurídicas mucho más importantes que las del patrimonio protegido?

O dicho de forma más sencilla, si el legislador no pretendía beneficiar a este tipo de personas con la posibilidad de que se constituyese a su favor un patrimonio protegido, tampoco parece que quisiera beneficiarlos con la sustitución fideicomisaria especial, y menos aún si tenemos en cuenta el gravamen que ello supone para el resto de herederos forzosos.

3) El carácter restrictivo del alcance de la institución especial fijado por el legislador desde el principio, nos lleva a suponer que la verdadera intención del legislador era la de proteger mediante la institución especial a los tutelados, y no a los curatelados.

El carácter restrictivo del legislador de la LPPD al que hacemos referencia se acredita con la decisión de éste de establecer como únicos posibles beneficiarios a los hijos o descendientes incapacitados del testador, excluyendo con ello a los padres, ascendientes y cónyuges del causante aún estando igualmente incapacitados, lo cual choca con la lógica, ya que debido a la edad de estos últimos, es mucho más frecuente ver a un padre, ascendiente que haya sido

¹⁰⁰ Los curatelados son personas con discapacidad con capacidad de obrar suficiente, a las cuales se les nombra un tutor para que les asista o apoye en ciertas actividades de su vida.

incapacitado judicialmente (debido a enfermedades degenerativas, etc.), que a un hijo o descendiente.

Sin embargo, mucho más evidente es la intención restrictiva del legislador del 2003 cuando prohíbe como posibles beneficiarios de la institución especial a los cónyuges incapacitados supervivientes, y es que, tal y como expusimos con anterioridad, los notarios españoles coinciden en que el deseo de la mayoría de los testadores es favorecer en lo máximo posible a los cónyuges supervivientes, y más aún cuando estén incapacitados, pero, sin embargo, no podrán hacerlo, ya que única y exclusivamente la sustitución fideicomisaria especial podrá otorgarse a favor de hijos o descendientes judicialmente incapacitados, y todo ello, debido al carácter restrictivo que el legislador concede a la institución especial.

Por todo ello, y debido a la intención del legislador español de limitar el uso de la figura especial a los márgenes más estrechos posibles, es decir, a los hijos o descendientes, y no a los ascendientes o cónyuge superviviente, consideramos que la verdadera intención de éste era la de favorecer exclusivamente a los hijos o descendientes tutelados, y nunca a los curatelados.

En mi opinión, el legislador actual está obligado a limitar el alcance de la sustitución fideicomisaria especial a favor exclusivamente de las personas tuteladas, excluyendo pro tanto como posibles beneficiarios de la institución a los curatelados, ya que, como he intentado de argumentar a lo largo del presente artículo, la verdadera intención del legislador español de 2003 a través de la LPPD era que esta figura de consecuencias jurídicas tan importantes (permite vulnerar por primera vez el principio sagrado de la intangibilidad de la legítima) pudiese establecerse única y exclusivamente a favor de los tutelados.

5. CONCLUSIONES

Sin ninguna duda, al dirigirnos a la LPPD lo estamos haciendo a una de las normas más importantes de los últimos años en el ámbito Sucesorio del Derecho español. Simplemente basta con apreciar el alcance de las reformas que acabamos de exponer en el presente artículo para respaldar dicha afirmación.

Sin embargo, aún teniendo una finalidad tan loable como es la protección de las personas con discapacidad e incapacitadas judicialmente, la LPPD tiene, como no puede ser de otra forma, una valoración muy negativa por parte de la doctrina española gracias a la nefasta labor del legislador de 2003.

Y es que, atendiendo a la deficiente redacción técnico-jurídica de la norma me veo obligado a preguntarme: ¿acaso no era consciente el legislador de 2003 de la importancia de la LPPD? Y de ser consciente, ¿cómo pudo permitir su actual redacción?

Sólo se me ocurre un motivo para ello: la urgencia del legislador español por publicarla en 2003 por ser el año era el año europeo de las personas con discapacidad.

De hecho, el mismo año, ¡qué casualidad!, se aprobaron en diciembre otras dos leyes a favor de dicho colectivo de personas, concretamente, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y de la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados.

Es decir, que en menos de un mes (del 18 de noviembre al 10 de diciembre de 2003) se promulgaron en España tres leyes a favor de las personas con discapacidad, «curiosamente» todas a final de año, pero, eso sí, el año europeo de las personas con discapacidad.

Por todo ello entiendo que más que de casualidad podríamos hablar de un «desastroso» oportunismo legislativo, el cual llevó aparejado prisas, imprecisiones, etc...

Como muestra, por ejemplo, el propio título de la norma: Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad..., y sin embargo, la medida más importante que introduce en nuestro Derecho Sucesorio, la sustitución fideicomisaria especial, no puede establecerse a favor de las personas con discapacidad, sino única y exclusivamente a favor de las personas incapacitadas judicialmente.

En cuanto al alcance otorgado a la sustitución fideicomisaria especial en la LPPD, estoy convencido de que la misma desembarcará en una inminente reforma del C.c., ya que el legislador del 2003 no podía imaginarse que tras la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que entró en vigor en España en 2008, el antiguo procedimiento de incapacitación cambiaría radicalmente, pasando a ser la institución protagonista de nuestro ordenamiento la curatela (la cual hasta entonces era casi inexistente), y quedando relegada la tutela a un plano totalmente residual.

Por ello, y dado que la LPPD se limita a establecer como posibles beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial a los incapacitados en general (término que incluye a tutelados y curatelados), considero que el legislador de nuestros días limitará el alcance de la institución especial sólo a favor de los tutelados, excluyendo con ello a los curatelados, limitando así el uso de una institución que supone algo tan importante como la vulneración del

principio de la intangibilidad de la legítima estricta en beneficio del hijo o descendiente incapacitado, y en perjuicio del resto de herederos forzosos.

Concluyendo afirmando que lo más negativo de todo esto no es que la capacidad del legislador español quedase en entredicho con la deficiente redacción otorgada a la LPPD, sino que las personas con discapacidad e incapacitadas judicialmente (y, por ende, también sus familias) hayan perdido la oportunidad de contar con una ley que vele por su protección patrimonial de forma mucho más completa desde todos los puntos de vista.

6. BIBLIOGRAFÍA

- CABELLO DE ALBA JURADO, «La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención», L Jornadas Aequitas/Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia», 2013.
- CERRADA MORENO, *Incapacitación y Procesos sobre Capacidad de las personas*, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2014.
- DE COUTO GÁLVEZ, «Artículos 286 a 293 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Volumen 2.º, Rams Albesa y Moreno Flores (coordinadores), Editorial Bosch, Barcelona, 2000.
- DE PABLO CONTRERAS, «La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Comentario a la Sentencia de 29 de abril de 2009», en *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010.
- DÍAZ ALABART, «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (Art. 808 C.c., reformado por la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre)», *Revista de Derecho Privado*, núm. 5-6, mayo, 2004.
- En «Principios de protección jurídica del discapacitado», Bello Janeiro (coordinador), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2004.
- *La protección jurídica de las personas con discapacidad: (estudios de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, Editorial Ibermutuamur, Madrid, 2004.
- «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de personas con discapacidad)», *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2006.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Artículo 808», en *Código civil comentado*, Volumen II, Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández (directores), Editorial Thomson Cívitas, Madrid, 2011.
- FUENTESECA DEGENEFEE, «Aspectos sucesorios 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», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, González Porras, J. M./Méndez González, F. P.

- (coords.), T. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004.
- GARCÍA CANTERO, «Notas sobre la curatela», en *Revista de Derecho Privado*, N.º. 9, 1984
- GETE ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Editorial Cívitas, Madrid, 1992
- GIL MEMBRADO, «Otros mecanismos de protección sucesoria en la discapacidad y/o incapacitación en atención al cuidado de su patrimonio», en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana (directores), Editorial Dykinson, Madrid, 2014.
- GÓMEZ GÁLIGO, «La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado», en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 2005, núm. 687, enero-febrero.
- *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, de la Escola Galega de Administración Pública, Bello Janeiro (coordinador), Editorial EGAP, Compostela, 2004.
- GONZÁLEZ PORRAS, «Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas» en *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, Casado Raigón y Gallego Domínguez (coordinadores), Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2005.
- GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, «La sustitución fideicomisaria a favor de persona con discapacidad», Conferencia pronunciada el 22 de noviembre de 2013, en el marco de las Jornadas tituladas *Instrumentos jurídicos-privados de protección de las personas con discapacidad*, organizadas por la Universidad de Navarra y la Fundación Aequitas.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La curatela en el nuevo sistema de capacidad gradual*, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1997.
- LEÑA FERNÁNDEZ, «Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003», en *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Cuadernos de Derecho Judicial, XX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- LETE DEL RÍO, «De la tutela, de la curatela y de la guarda de menores e incapacitados. Comentario a los arts. 286 a 298 del Código civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo (director), Tomo IV, Editorial Edersa, Madrid, 1985.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Tratado de Derecho de Sucesiones (Ab ovo usque ad mala)*, Editorial La Ley, Madrid, 2013.
- MARTÍN MELÉNDEZ, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010.
- MAJADA PLANALLES, *La incapacitación, la tutela y sus formularios*, Editorial Bosch, Barcelona, 1985.
- NANCLARES VALLE, «La sustitución fideicomisaria a favor de persona incapacitada», en *Las nuevas herramientas de protección jurídico-privadas de las personas dependientes. Un estudio comparado*, Muñoz Fernández (coordinador), Editorial Aranzadi, Navarra, 2014.
- NÚÑEZ NÚÑEZ, «Diversos aspectos sucesorios introducidos por la Ley 41/2003 de 18 de Noviembre, a favor de las personas discapacitadas», en *La Encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, José Pérez de Vargas Muñoz (director) y Montserrat Pereña Vicente (coordinadora), La Ley, Madrid, 2011.

- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentario al Código Civil*, Coord. por Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona, 2000.
- PANIZA FULLANA, *Usufructo y Fideicomiso: Estatuto de concurrencia*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.
- PEREÑA VICENTE, «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», en *Actualidad Civil*, N.º 15, septiembre 2004.
- «La sustitución fideicomisaria en la legítima, ¿piedra angular del sistema de protección de los incapacitados?», en *Protección jurídica patrimonial de las persona con discapacidad*, Pérez de Vargas Muñoz, J. (coord.), La Ley-Actualidad, 2007.
- PÉREZ HERESA, «Sucesión con discapacitados: una visión práctica», en *Conferencias del curso académico 2010/11, Academia Sevillana del Notariado*, Tomo XXII, Editorial Edersa, Sevilla, 2011.
- PÉREZ JIMÉNEZ, M.^a T., «Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad», *Actualidad Civil*, 21, 2004.
- RAMS ALBESA, «Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 723, 2011.
- RIPOLL SOLER, «La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 C. C.: Fideicomiso de Residuo», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Editorial Centro de Estudios, N.º 114, 2005,
- RODRÍGUEZ-YNUESTO VALCARCE, «La reforma del art. 831 del Código Civil por la Ley 41/2003, la delegación de la facultad de mejorar», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 55, julio-septiembre 2005.
- RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, «La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad», en *Actualidad Civil*, número 4, 2004.
- SANCHO REBUDILLA, *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, Editorial Cívitas, Madrid, 1984
- SEDA HERMOSÍN, «El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad», en *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo XVI, Editorial Comares, Sevilla, 2004.
- SERRANO GARCÍA, «Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004.
- SERRANO GARCIA, I., en *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Editorial Iustel, Madrid, 2008.
- VIVAS TESÓN, *La protección económica de la discapacidad*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.
- *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010.
- VIVAS TESÓN, *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, Futuex, Badajoz, 2012.
- ZAMBRANO, V., «La protección de los mayores entre el Código Civil y la Ley Especial. La experiencia italiana», en *La protección de las personas mayores*, dirigido por Lasarte Álvarez, Editorial Tecnos, Madrid, 2007.

El consumidor en la venta de bienes de consumo en Italia. Notas de derecho comparado¹

SABRINA LANNI

Profesora titular de Derecho privado comparado
Universidad de Milán

RESUMEN

Si bien es cierto que la intervención jurídica europea se ha movido por un supuesto desequilibrio entre las partes de la relación de consumo, es igualmente cierto que ha constituido en sí misma un factor de perturbación de las disposiciones de los códigos civiles, relativas a la autonomía y a la libertad contractual. En el marco de un debate sobre la figura del consumidor en el derecho italiano y comparado, la autora busca identificar el carácter y las peculiaridades de la figura, para delinear mejor las conexiones entre el código civil y el código de consumo, teniendo en cuenta las nuevas formas de consumo y los problemas de demarcación subjetiva que plantean.

PALABRAS CLAVE

Tutela del consumidor, codificación del derecho, armonización del derecho, nuevos matices lingüísticos, circulación de modelos jurídicos.

ABSTRACT

Even if the European law system has indeed dealt with the possible loss of equilibrium between the parties involved in consuming transactions, it is for sure true that this intervention has represented in itself a factor of disturbance against the provisions of the Civil Codes dealing with the freedom of contract. In the context of a debate concerning the consumer in the Italian as well as Comparative Law, the Author makes an effort to identify features and

¹ Este trabajo forma parte de las actividades realizadas para el Proyecto Europeo Jean Monnet Module-HELACOL y es el resultado de una reflexión sobre el tema con ocasión de dos congresos celebrados en Santiago de Chile (septiembre 2017) en la Universidad Diego Portales y en la Universidad Alberto Hurtado.

peculiarities of this figure, in order to describe in the best possible way the connections between the Civil Code and the Consumer Law Code, also considering the more recent patterns of consuming and the problems of subjective distinction implied by them.

KEY WORDS

Consumer protection, codification, harmonization of law, law and language, comparative legal models.

SUMARIO: 1. *La tutela del consumidor en el marco europeo del derecho de los contratos.*—2. *Una mirada desde la disciplina de la venta de bienes de consumo.*—3. *El contrato de venta de bienes de consumo y el papel de los formantes del derecho.*—4. *El modelo italiano de Código de Consumo mirando al futuro.*

1. LA TUTELA DEL CONSUMIDOR EN EL MARCO EUROPEO DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS

En el marco legal europeo se puede identificar un conjunto de reglas en favor del consumidor, que van desde el Tratado de Maastricht de 1992, hasta la Carta de Niza de 2000, pasando por el Tratado de Amsterdam de 1997, y que muestran como la política de protección del consumidor ha ganado su propia independencia e importancia como objetivo específico de la Unión Europea².

Por parte de la Comisión Europea aparece un camino marcado por la adopción de varios «Planes de Acción Trienales», que se componen de una serie de directivas y, más ampliamente, de actos, de los cuales la Carta Europea de Derechos Fundamentales, publicada en 2000, jurídicamente vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, constituye uno de los elementos más significativos³.

² «En las políticas de la Unión Europea se garantiza un alto nivel de protección de los consumidores»: el artículo 38 de la Carta de Niza constituye el *acquis communautaire* en materia de protección de los consumidores, no por el reconocimiento de un nuevo derecho subjetivo, sino por el reconocimiento oficial de la protección de los consumidores como principio fundamental de la política de la UE.

³ El discurso se hizo más animado especialmente siguiendo los códigos del sector, incluyendo el *Codice di consumo* italiano (decreto 6 de septiembre de 2005), el *Código de la Consommation* francés (l. 93949 del 26 de julio de 1993) y el *Código de la Consommation* luxemburgés (8 de abril de 2011). El punto de referencia de las discusiones doctrinales europeas encuentra un punto de referencia común sobre las reflexiones acerca del hecho de que el derecho del consumidor sea un derecho especial pero también un derecho independiente (cf. J. CALAIS-AULOY, *Un code, un droit*, en AA. VV., *Après de la Code de la consommation, grands problèmes choisis*, coord. J. Calais-Auloy y H. Causse, Paris, 1995

Este conjunto de reglas ha llevado a lo que la doctrina italiana y europea define como un “nuevo derecho europeo de los contratos”⁴. Se trata de un conjunto de reglas basadas esencialmente en dos elementos fundamentales: por un lado, la introducción de una nueva distinción entre los contratos comerciales y contratos de consumo, y, por otro lado, la introducción de nuevas medidas de protección para una sola de las partes contratantes, la pasiva. Esto último es lo que se verifica en particular en los contratos que se perfeccionan por adhesión, concluidos por formularios, o aquellos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles⁵.

El punto de partida de la intervención europea es la debilidad del consumidor, es decir, aquella debilidad manifestada en el contexto del mercado y que las investigaciones sociológicas han identificado antes que las jurídicas⁶. El consumidor está protegido no por su *status* de inferioridad respecto al proveedor, sino por el poder disminuido o comprometido, que puede ocurrir en determinadas relaciones de consumo, en la autodeterminación negocial⁷. Esto ha conllevado la necesidad de crear una legislación típica, que sea capaz de defender su debilidad con mayor especificidad de lo que puede hacer el sistema de derecho común, basado en la lógica del contrato y en la igualdad de las partes⁸.

p. 11; A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai «codici di settore» (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, en *Rivista di diritto civile*, 2016, p. 136).

⁴ La bibliografía italiana que ha hecho referencia particular al «nuevo derecho contractual europeo» es muy amplia (entre otros, se puede hacer referencia a los trabajos de Capobianco, Carleo, Castronovo, De Cristofaro, Navarretta, Patti, Sirena). Lo que es importante señalar aquí es que la «novedad» está relacionada con la sucesión de diferentes representaciones del concepto de mercado, en las que se puede ver la evolución de diferentes modelos jurídicos, que por supuesto son el reflejo de diferentes épocas históricas a través de las cuales la libre expresión del consenso, proclamada por el Código Civil francés y por los códigos civiles inspirados en él, entra en crisis para dar lugar a la consideración de una igualdad «inexistente» entre las partes del contrato (para una reconstrucción histórico-comparativa véase M. L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, Milano, 2016, pp. 1-44).

⁵ V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, en *Corriere giuridico*, 2, 2009, pp. 271 ss.

⁶ *Marketing* y teorías sociológicas se han entrelazado y han favorecido la interpretación de la evolución del consumo en la sociedad europea también en referencia a los aspectos más estrictamente jurídicos; sobre la relevancia de los estudios sociológicos por el tema de los derechos del consumidor cf. a A. CARRÚ-B. COVA, *Sociologia dei consumatori: modernità, postmodernità e oltre*, en AA. VV., *Prodotto, consumatore e politiche di mercato quarant'anni dopo*, Milano, 2012, p. 22.

⁷ Sobre el tema cf. A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017, p. 296 donde el autor hace hincapié que la idea de debilidad no es immanente (en este caso, debería ser protegida la persona como tal y no el consumidor) sino que es contextualizada en el mercado y en las asimetrías que surgen en él, como aparece confirmado por la Directiva 2011/83/UE.

⁸ Desde el punto de vista sistemático, la mayor parte de las experiencias jurídicas contemporáneas han llevado la protección del consumidor de inmediato fuera de la lógica de los códigos civiles (este es un fenómeno muy singular en el sistema jurídico latinoamericano). Cada país ha elaborado en los últimos treinta años una ley especial sobre los dere-

Si bien es cierto que la intervención jurídica europea se ha movido por un supuesto desequilibrio entre las partes de la relación de consumo, es igualmente cierto que la misma ha constituido en sí misma un factor de perturbación de las disposiciones de los códigos civiles relativas a la autonomía y a la libertad contractual, o más bien de aquellas disposiciones que los códigos civiles, como el italiano de 1942, han aceptado, como valor universal, los principios generales del derecho contractual⁹.

Cada directiva europea, y por lo tanto cada legislación nacional de referencia, ha elaborado definiciones independientes de la figura del consumidor. Las directivas mismas, más allá de unas pocas diferencias en el léxico, proporcionan una definición mínima y básicamente orientada en el sentido negativo de «consumidor», teniendo en cuenta solo la «persona física», y no a la «persona jurídica» que actúe con un propósito ajeno a su profesión, oficio o negocio y ejerce una actividad para la satisfacción de necesidades personales, conexas a su persona o a su propia familia¹⁰.

Esta definición mínima conduce a excluir a las personas jurídicas, como también a las micro y pequeñas empresas que llevan a cabo actividades con fines no profesionales, es decir, actividades dirigidas a la satisfacción de sus necesidades. Aquí deben remarcar los dos criterios fundamentales que alimentan el concepto europeo del consumidor: «el objetivo perseguido» –que es la indicación de lo que el consumidor debe hacer o el uso a que el individuo no tiene que asignar el bien o servicio– y, por otra parte, «la limitación subjetiva» relativa a su persona. Estos criterios, además,

chos de los consumidores (cf. B. SCHULLER, *The definition of consumers in EU consumer law*, en *European consumer protection: theory and practice*, coord. J. Devenny y M. Kenny, Cambridge, 2012, pp. 123 ss.). De todas maneras, en clave comparativa, debe señalarse que las leyes especiales sobre el derecho de los consumidores corresponden esencialmente a una doble tendencia en la expansión del derecho mismo. Por un lado, los consumidores se agrupan según su grado de cuidado (vulnerable, *smart*, responsable, diligente); y por otro, los mismos se agregan en referencia al objeto del contrato (mercados financieros, ventas a distancia, transacciones *on-line*).

⁹ La intervención europea ha favorecido la creación de diferentes normas estatutarias que han llevado a un cambio crucial desde la unidad a la pluralidad de las figuras del contrato, así como un replanteamiento de los caracteres de la disciplina general del contrato, sobre el cual véase P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, en *Rivista di diritto civile*, 2006, pp. 787-823.

¹⁰ La existencia de estas diferentes definiciones atestigua la incertidumbre y las dificultades del legislador europeo para conceptualizar la figura del consumidor de manera unificada, y superar así las divergencias existentes entre las legislaciones de cada Estado miembro, que a menudo se derivan de enfoques sustancialmente diferentes. Este es el caso, en particular, de las normas sobre cláusulas abusivas (Directiva 93/13/CEE), en las que los principales problemas se derivan de la existencia de dos modelos jurídicos diferentes de protección, representados por la experiencia francesa y alemana, la primera cuidadosa de los «contracts conclus entre professionnels ou consommateurs», la segunda más atenta a la figura del adherente «Vertragspartner des Verwenders».

aparecen en la definición del consumidor elegida por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo¹¹.

La conceptualización europea de consumidor (por lo menos la inicial) crea disparidades entre los «consumidores persona física» y algún tipo de «consumidores persona jurídica». También la definición misma no parece fácil de aplicar con referencia al «criterio de finalidad», en cuanto pueden presentarse diversas posibilidades de uso mixto del bien o del servicio objeto de la relación de consumo¹². Estas posibilidades, en que el bien o servicio adquirido es útil para la actividad profesional o empresarial y para la satisfacción de las necesidades del consumidor al mismo tiempo, parecen puestas a la vanguardia de la atención del jurista por el desarrollo de la *sharing economy*¹³.

Hay un concepto no lineal de consumidor que entra en conflicto con una jurisprudencia unitaria, cuya atención, sin embargo, parece deslizarse a lo largo de los años, desde los límites subjetivos a las características objetivas de la relación de consumo.

En este sentido, la cuestión fue abordada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-464/01, *Johann Gruber c. Bay WA AG*. Según el Sr. Gruber, las tejas suministradas por Bay WA, utilizadas por el primero para cubrir el techo de su finca, tenían grandes diferencias cromáticas, a pesar de la promesa de un color uniforme, y ello implicó que el techo debía ser rehecho, en detrimento de los intereses y derechos conexos al contrato. En cuanto a la reclamación por daños y perjuicios presentada por el Sr. Gruber, como consumidor lesionado en sus derechos, se solicitó al órgano jurisdiccional remitente la posibilidad de evaluar, en caso de duda acerca de un contrato, los casos donde el contenido del mismo pudiera atribuirse tanto a la actividad privada como a la actividad profesional.

En síntesis, el Tribunal argumentó que una persona que haya celebrado un contrato relativo en parte a su actividad profesional y en parte ajeno a la actividad misma, no tiene derecho a acogerse a las normas específicas establecidas en el arts. 13-15 de la Convención de Bruselas sobre competencia jurisdiccional. Por eso, negó la cualificación de consumidor a quien, como el Sr. Gruber, había

¹¹ Cf. art. 2 donde se define el consumidor como «toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión».

¹² Esta es una definición rígida –asociada con la previsión del art. 2 b) de la Directiva 93/13– que no está en sintonía con las exigencias de justicia e igualdad, ni tampoco con la elaboración de un derecho contractual europeo común, que parece orientado a los problemas conectados con una visión asimétrica del contrato, expresada en la fórmula conocida como *gross disparity* (cf., entre otros, art. 3.10 Principios Unidroit).

¹³ Cf. *infra* par. 4.

celebrado un contrato para un bien con función mixta privado-profesional, ya que esta última debe ser marginal en el contexto general de la actividad en cuestión¹⁴.

2. UNA MIRADA DESDE LA DISCIPLINA DE LA VENTA DE BIENES DE CONSUMO

Las mismas dificultades del contexto europeo surgen para llegar a un concepto exhaustivo de consumidor, respecto del que surgen también en el análisis de las normas del Código de Consumo italiano de 2005. En el art. 31, letra a), que implementa las previsiones inicialmente contenidas en el art. 1469 *bis* del Código Civil italiano, se establece que «el consumidor o usuario es la persona física que actúa con fines no relacionados con ninguna actividad empresarial o profesional». Se observa, sin embargo, una novedad del Código del Consumo con respecto a la disciplina del Código Civil: a la figura del consumidor se ha sumado la del usuario, en respuesta a la creciente atención que los legisladores contemporáneos ponen en los servicios¹⁵.

De esta disposición se deduce que solo la persona física que actúa para fines distintos de su actividad empresarial o de su profesión tiene derecho a estar protegida por las normas del Código de Consumo, y no por las disposiciones del Código Civil. Se excluye a todos los demás consumidores, aunque la doctrina italiana ha indicado inmediatamente, en el análisis de la redacción a propósito de la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas, la necesidad de ampliar el ámbito de aplicación subjetivo de dicha Directiva, mediante una expansión de la esfera de los sujetos protegidos y, por lo tanto, incluyendo las llamadas «empresas débiles» de la

¹⁴ Podría ser un criterio de difícil aplicación, imponiendo al juez una difícil verificación *a priori*, y por este motivo el criterio mismo impone a la parte interesada demostrar que el uso profesional es irrelevante. Muchos son los *leading cases*; más allá de lo que se indica en el texto del párrafo, se recuerda *Shearson Lahman Hutton Inc.* (véase el asunto C-89/91), refiriéndose a una acción de recuperación de crédito realizada no por una persona física, sino por una empresa que se había convertido en cesionaria de derecho privado, como también se recuerda el caso *Verein für Konsumenteninformation c. Karl Heinz Henkel* (véase el asunto C-167/00), en la que el Tribunal de Justicia negó la aplicabilidad de normas especiales a una asociación de consumidores.

¹⁵ Desde la perspectiva del derecho comparado, un ejemplo significativo es ofrecido a este respecto por las leyes latinoamericanas de protección del consumidor, que incluyen inmediatamente la figura del usuario en la delimitación subjetiva del consumidor (cf. por ejemplo art. 1.1 l. 19955/Chile; art. 1 l. 24240/Argentina; art. 2 l. 8078/Brazil; art. 3 l. 29571/Perú).

cadena de distribución, como también a los sujetos distintos de las personas físicas¹⁶.

El legislador italiano ha adoptado una definición restrictiva de la figura del consumidor y la misma fue observada también por la jurisprudencia italiana. Por ejemplo, en los fallos de la Corte de Casación (Sez. VI, 11/04/2013, n. 24731 y Sez. VI, 23/09/2013, n. 21763), los jueces han hecho referencia literalmente al «fin» y a la «limitación subjetiva» de origen europeo. La verdad, es que los jueces italianos al interpretar la definición del art. 3 a) del Código de Consumo, se mantienen bastante fieles a ella¹⁷.

La elección de limitar «subjetivamente» el marco de los actos legislativos nacionales de transposición de las directivas comunitarias, y también del Código de Consumo, hace hincapié no solo en la necesidad de que el legislador encuentre un balance o equilibrio a las desigualdades sustanciales, derivadas del diferente poder contractual de las partes del contrato, sino también en la desconfianza de regular en el marco de una misma disciplina problemas múltiples, que en sí mismos pueden dañar no sólo a los consumidores personas físicas sino también a algunos consumidores personas jurídicas, como por ejemplo los copropietarios o las pequeñas y medianas empresas.

Ciertamente, la intervención «obligatoria» y «adhesiva» del legislador italiano sobre las elecciones hechas anteriormente por el legislador europeo explica la falta de puntualidad del legislador italiano, en alinearse tanto con las legislaciones más avanzadas sobre el derecho de los consumidores, como con las indicaciones más elásticas promovidas entre la doctrina y jurisprudencia italiana. Esto no significa que la falta de apertura conceptual de la figura del consumidor a determinados tipos de sujetos que, aunque no sean personas físicas, utilicen y consuman para fines personales, no se haya oído en Italia como un problema al que responder.

El análisis de la jurisprudencia italiana muestra que la cuestión conceptual acerca de la figura del consumidor –a pesar de ser ampliamente debatida en la doctrina, tanto hasta parecer aburrida– no siempre es tan fácil de entender para determinar con claridad cuándo se aplica la disciplina del Código de Consumo¹⁸. De

¹⁶ Cf. F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, en *Rivista di diritto civile*, 2001, p. 545; P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, cit., p. 816.

¹⁷ Para una profundización del pensamiento de los jueces italianos se puede ver M. L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, cit., pp. 61 ss.

¹⁸ Según la Corte de Casación (Sez. VI, 5/05/2015, n. 8904), es el acto de consumo final a «definir» subjetivamente al consumidor y no el uso del bien en una eventual y futura actividad comercial o profesional.

hecho, el problema mismo fue involucrado en una animada discusión –para interpretar y delimitar correctamente las normas de origen supranacional sobre el derecho del consumo– que posteriormente se reprodujo con ocasión de la Propuesta europea sobre el Reglamento CESL (*Common European Sales Good*)¹⁹.

Se trata de un problema cuya solución se refleja en el ámbito operativo de las diferentes obligaciones derivadas de los contratos. La limitación relativa al concepto de consumidor no surge solo en el contexto general del art. 3 recién mencionado, sino también en algunos ámbitos específicos, como el de la venta de bienes de consumo, disciplinado en los arts. 128-135 del Código de Consumo (anteriormente regulados por los arts. 1519 bis-1519 nonies del Código Civil), fruto de la incorporación de la Directiva europea 99/44 sobre «algunos» aspectos de la venta de bienes de consumo²⁰.

La disciplina sobre la venta de bienes de consumo contenida en el Código de Consumo no pretende ser exhaustiva: en efecto, con referencia a la descripción de estos contratos de «venta», el mismo se refiere solo a «aspectos» estrechamente ligados a la falta de conformidad del bien entregado al consumidor en la ejecución del contrato de venta. Los demás problemas relativos a la misma tipología de contratos no vienen tratados por la Directiva (y, por eso, tampoco por el Código de Consumo), la cual se remite a la regulación interna de cada país. Por ello, por ejemplo, no se abordan temas como las obligaciones del adquirente, las obligaciones del vendedor sobre el deber de entregar los bienes en conformidad con el

¹⁹ En la Propuesta de Reglamento CESL de 11 de octubre de 2011, la figura del consumidor fue revisada, prestando especial atención a aquellas situaciones en la que una de las partes es una PYME con finalidad comercial limitada, que no aparece de manera predominante en el contexto general del contrato específico. En la Propuesta misma se subraya un pequeño avance en la búsqueda de una definición europea de consumidor que permita introducir una unificación no obligatoria (cfr. art. 11 bis texto CESL emendado, 24 febrero 2014).

²⁰ La disciplina de la venta de bienes de consumo se encuentra en el capítulo I («della vendita di beni di consumo») del título III («garanzia legale di conformità garanzie commerciali per i beni di consumo») del Código de consumo, que en los arts. 128-135 ha transpuesto las disposiciones contenidas anteriormente en los arts. 1519 bis-1519 nonies del Código Civil - Capítulo I «della vendita» del título III «dei singoli contratti», del libro IV «delle obbligazioni», al parágrafo 1 bis «della vendita di beni di consumo» de la sección II («della vendita di cose mobili»), introducida en el derecho italiano por el decr. legisl. 2/2/2002, n. 24, por medio del cual se ha transpuesto a la legislación italiana la Directiva 1999/44/CE del 25/5/1999, que disciplina «ciertos aspectos» de la venta de bienes de consumo y de las garantías correspondientes. Ésta es una disciplina que en la transición del derecho europeo al derecho nacional ha creado muchos problemas de adaptabilidad –como se desprende del punto de vista sistemático mencionado– especialmente por el diferente régimen dogmático que ésta llevó. Sin poder entrar en el fondo de la cuestión, es interesante señalar que las dificultades en sí mismas se referían no solo al contexto italiano, sino también a los ordenamientos jurídicos de *civil law* (en este sentido se refiere a A. M. MORALES MORENO, *Adaptación de código civil al derecho europeo: la compraventa*, en *Anuario de derecho civil*, 2003, pp. 1609-1651).

contrato, la transferencia de la propiedad y las demandas por daños por la entregas no conformes del bien.

El legislador italiano ha optado por un enfoque minimalista. Al contrario, la doctrina italiana entendió que la directiva europea podría ser una oportunidad preciosa para hacer una «reforma general» de la compraventa, sobre todo para abandonar la centralidad de la reglas de garantía por defectos y remedios, y para introducir algunas reglas específicas sobre la inexactitud material de los bienes que se acercan a aquellas ya adoptadas en la Convención de Viena sobre la venta internacional de mercancías de 1980, al ser esta última claramente influyente en la preparación de la Directiva 99/44²¹.

Sobre el asunto, la relación entre lengua y derecho subraya una peculiaridad: la palabra «venta» se utiliza en el art. 128 del Código de Consumo en un sentido diferente y más amplio que el utilizado en el art. 1470 del Código Civil. En virtud de la «equiparación» del párrafo 1 del art. 128 del Código de Consumo puede entenderse que son abarcados todos los contratos por los que un profesional se compromete a proporcionar al consumidor la disponibilidad material y jurídica de un «bien de consumo», es decir, no sólo los contratos relativos al contrato de venta, sino también los contratos típicos como el de *leasing*.

Carece ahora de relevancia establecer si en la obligación asumida en favor del consumidor por un profesional, que se ha comprometido a entregar el bien de consumo, prevalece el componente de «*dar*» (por lo que habría un negocio jurídico que en la lógica de Código Civil podría ser calificado como venta de cosa futura) o de «*hacer*» (donde se estaría en un negocio cercano al tipo de contrato de obra), es decir: el nuevo contrato de venta se caracteriza en el derecho italiano por una «nueva» transversalidad²².

El contrato de venta debe proteger a la parte débil y el intérprete debe verificar quién pertenece a esta categoría. Hay dos perfiles: no denegar la justicia a situaciones que, más allá de la conceptualización de la figura en cuestión, podrían caer, en la lógica de la interpretación constitucional y comunitaria, en la categoría misma; y fomentar el diálogo entre la regla de garantía por defectos en la venta y el concepto de incumplimiento del contrato, con el fin de identificar el fundamento de los remedios otorgados al consumi-

²¹ Sobre el tema véase G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000; S. PATTI, *Sul superamento della distinzione tra vizi e aliud pro alio datum nella direttiva 1999/44/CE*, en *Rivista di diritto civile*, 2002, pp. 623 ss.

²² La observación es de G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo, Commento agli artt. 1519 bis - 1519 nonies del codice civile introdotti con il D. Lgs. 2 febbraio 2002, n. 24, in attuazione della Direttiva 1999/44/CE*, Padova, 2002, pp. 986 ss.

dor-comprador por el art. 130, apartado 2, Código de Consumo, que en cuanto remedios especiales no siguen las reglas comunes de responsabilidad.

3. EL CONTRATO DE VENTA DE BIENES DE CONSUMO Y EL PAPEL DE LOS FORMANTES DEL DERECHO

La disciplina italiana de la venta de los bienes de consumo no logra identificar y regular de forma exhaustiva todos los derechos del consumidor en caso de falta de conformidad con el contrato del bien de consumo, y en particular se abstiene de contemplar el derecho a la indemnización de los daños²³. Ciertamente, esto no significa que el consumidor solo pueda invocar los derechos que se le asignan por el art. 130 del Código de Consumo, ya que, de acuerdo con el art. 135 del Código mismo, se establece que «las disposiciones del presente capítulo no afectarán a los derechos que se atribuyen al consumidor por otras normas del ordenamiento jurídico». Por ello, el consumidor que reciba un bien defectuoso tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios y también a la excepción de incumplimiento²⁴.

En Italia, el contrato de venta está sujeto a dos regímenes diferentes en función de la calificación subjetiva de las partes del contrato: la venta del derecho común disciplinada en el Código Civil (art. 1490 y ss.) y la venta de consumo regulada en el Código de Consumo (art. 130 y ss.). La primera se aplica a los contratos celebrados entre consumidores (C2C) y entre los profesionales (B2B); y la segunda se relaciona con los contratos, tanto nacionales como transfronterizos, entre un profesional y un consumidor (B2C). Sin

²³ Esto es un carácter constante y común para la armonización de los contratos de consumo de la Unión Europea. R. TORINO, *I contratti dei consumatori nella prospettiva europea*, en AA. VV., *I contratti del consumatore*, coord. G. Alpa, Milano, 2014, p. 87, señaló que esta elección corresponde a un objetivo de intervención mínimo, con referencia tanto en lo que se refiere al perfil de las sanciones derivadas del incumplimiento por parte del operador económico profesional de las disposiciones de cada Directiva de protección de los consumidores, como al perfil de los instrumentos de protección judicial y extrajudicial a los que pueden recurrir los consumidores para cumplir con las disposiciones de armonización que se les han dictado para sus beneficios.

²⁴ Si el bien entregado no se ajusta al contrato, y hay condiciones para llamar al profesional para que responda de la «falta de conformidad», el consumidor puede recurrir al profesional por incumplimiento (art. 129, apartado 1, Código de Consumo), y afirmar los derechos contemplados en el párrafo 2 del art. 130 del Código de Consumo (reparación de la mercancía, sustitución, reducción de precio y resolución del contrato). Los remedios antes mencionados no están en el mismo nivel, sino que la elección entre los mismo por el consumidor se dispone en el derecho italiano por medio de una jerarquía: para una profundización véase G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit.

embargo, en virtud de la regla del art. 135 Código de Consumo, antes mencionada, algunas disposiciones del Código Civil seguirán siendo de aplicación a los contratos entre consumidores y profesionales, como, por ejemplo, en el caso de daños y perjuicios, al no estar regulado en la disciplina de consumo.

Naturalmente los criterios utilizados para identificar al consumidor son varios, entre ellos, por ejemplo, se hace referencia al uso de la factura con la indicación del IVA, que permite generalmente presumir los propósitos profesionales de compra conllevando la aplicación de la normativa del Código Civil (arts. 1490 y ss.) y no la de consumo (arts. 128 y ss.). A pesar de que este criterio en sí mismo no es fiable ya que el profesional que compra los productos con una simple factura podría tomar ventaja de la garantía a favor del consumidor (*ex art.* 128 y ss. del Código de Consumo).

El análisis de la protección de los consumidores en la venta de bienes de consumo y, más en general, en el Código de Consumo de 2005, subraya la centralidad que reviste la identificación «exacta» de la figura en cuestión en la experiencia jurídica italiana²⁵. Entre los enfoques interpretativos del ámbito subjetivo de la disciplina consumerística, que podrían definirse de carácter extensivo, dos de las contribuciones fundamentales son aquellas promovidas por la doctrina sobre la base de la interpretación constitucional y también en relación con el análisis comparativo de corte «funcional». Sobre estas dos perspectivas, fijo mi atención.

Por medio del primer enfoque, la doctrina italiana ha hecho referencia al principio de igualdad substancial establecido en el art. 3 de la Constitución. Se hace referencia a esta disposición con el fin de demostrar la ilegalidad de los límites subjetivos conexos a la aplicación de una disciplina «general» y para querer huir de una regulación diferenciada (y discriminatoria) de situaciones subjetivas y contractuales similares o incluso idénticas. El segundo enfoque, también de raíz constitucional, es la referencia al art. 41, que protege la seguridad, la libertad y la dignidad humana mediante la realización de la iniciativa económica privada²⁶.

²⁵ Es difícil hablar de una noción exacta, ya que el consumidor europeo, e inevitablemente el consumidor italiano, está sujeto a la transformación del mercado, como también del Estado y de la sociedad: cf. H.-W. MICKLITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, pp. 859 ss. que hace hincapié en cómo el consumidor pasa de un nivel nacional a un nivel europeo, desde los mercados nacionales hasta la realización del mercado europeo, donde la Unión Europea se ha convertido en el principal garante de los derechos que pertenecen a la figura del consumidor. Es decir, que el jurista italiano está frente a una garantía multinivel de las fuentes del derecho.

²⁶ Se trata de una norma que no permanece aislada en el contexto de la protección constitucional y de consumo, sino que encuentra un diálogo ferviente con el art. 2, en cuanto el mercado se está convirtiendo cada vez más en un lugar de vida, donde no solo se

La interpretación literal del artículo dedicado al concepto de consumidor podría provocar más de una preocupación, especialmente desde el punto de vista de la legitimidad constitucional. Parece difícil explicar cómo se puede argumentar que la persona que, por medio del servicio de correos, envía dos paquetes certificados está sujeta a dos disciplinas diferentes, debido solamente a que en un caso se trata de un regalo de cumpleaños y en el otro de un informe para un cliente.

Si, como es evidente, la premisa de la disciplina europea es la condición de debilidad contractual del consumidor, no se le puede imputar al contrayente una fuerza contractual inferior en el primer caso que en el segundo, en cuanto en ambos casos su capacidad de negociar con el proveedor de servicios e influir en el contenido del contrato es absolutamente la misma, es decir, prácticamente inexistente.

Sin embargo, esta interpretación ha buscado un muro de contención para su desarrollo en algunas sentencias del Tribunal Constitucional italiano²⁷. De hecho, la limitación de la defensa de los consumidores solo a las personas físicas no ha sido vista por los supremos jueces italianos como una discriminación irrazonable, sino como un criterio útil para diferenciar al consumidor (de acuerdo con el actual art. 3 del Código de Consumo) al comprador y a las otras partes débiles del derecho civil común (en relación por ejemplo con los artículos 1341, 1342 y 1370 del Código Civil).

Y aún, otro ejemplo de una apertura hacia una conceptualización diferente de la figura del consumidor se encuentra por medio de las investigaciones comparatísticas, que han proporcionado una contribución fundamental²⁸. A través de los trabajos de derecho comparado se ha señalado que una mejor solución podría ser la de enfocar la atención no solo sobre el «tipo de persona de consumi-

celebran ofertas, sino donde las personas físicas se encuentran, y por eso puede razonablemente considerarse como formación social donde la personalidad del hombre, reconocida y protegida por el art. 2 Constitución italiana, se puede desarrollar.

²⁷ En particular, se hace referencia a la sentencia del Tribunal constitucional italiano n. 469 de 22/11/2002, en la que los jueces han establecido una limitación a la interpretación amplia del concepto de consumidor, estableciendo que la definición de consumidor aceptada por el art. 1469 bis Código Civil (y ahora art. 3 del Código de Consumo), así como la protección que deriva para la figura misma, son transposiciones de normas de matriz europea, de modo que la introducción en el derecho italiano de una protección más amplia no sólo sería incompatible con el art. 11 de la Constitución, sino también con el principio de armonización del derecho europeo y con la lógica de la integración económica.

²⁸ Véase C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 268 donde se apoya la necesidad de dar cabida a un amplio concepto de consumidor con referencia a las jurisprudencias francesa e inglesa, de las que resulta claro que el consumidor (destinatario de la legislación europea) puede ser el pequeño empresario (*business consumer*) o más ampliamente el consumidor no profesional (*non professional*) en cuanto este último actúa fuera de su actividad y por eso se encuentra en la misma posición que el consumidor.

dor», sino en relación con la «incidencia del uso final del bien de consumo». Un ejemplo importante de una visión tan amplia se identifica en diferentes legislaciones nacionales del sistema jurídico latinoamericano, donde la relación entre la lengua y el derecho ha sido más rentable que en Europa²⁹.

Uno de los primeros ejemplos latinoamericanos se encuentra en Brasil, donde bajo las regulaciones de la relación de consumo aparecen fundamentalmente dos cuestiones. En primer lugar, el término «vulnerabilidad». El consumidor, respecto del art. 2 de la l. 8078/1990, es la parte vulnerable del mercado porque está sujeto a la graduación de la fuerza (ya sea técnica, económica o jurídica) del proveedor (figura subjetivamente compleja y dominante). En segundo lugar, la importancia de relacionar al consumidor con el uso final de los bienes de consumo, como lo hace no solo la ley brasileña, sino también las argentina, chilena, colombiana, paraguaya, y peruana³⁰.

La comparación entre la legislación italiana de protección del consumidor y la de los países extranjeros sugiere una diferencia esencial para la plena comprensión del modelo italiano. Uno de los ejemplos más significativos del sistema de *civil law* es el de Brasil, donde el concepto de «vulnerabilidad» juega un papel decisivo en la caracterización de la relación de consumo en lugar del de «debilidad». En el ámbito de la disciplina de la relación de consumo, la vulnerabilidad es un elemento fundamental para la conceptualización del consumidor, que es la parte vulnerable del mercado, ya que está sujeto a la graduación de la fuerza (ya sea técnica, económica o jurídica) que la figura subjetivamente compleja –y dominante– del proveedor ejerce sobre él³¹.

Este concepto incluye en sí mismo el de «*asimetría informativa*» que la doctrina italiana ha acogido y elaborado en su lugar para complementarlo o superponerlo con el de «*debolezza del*

²⁹ Se hace referencia a la relación entre lengua y derecho como fenómenos sociales íntimamente vinculados, que los comparatistas italianos, por medio de la doctrina de Rodolfo Sacco, han fijado como objeto específico de una disciplina de conocimiento científico, la «*traduttologia giuridica*»; para un enfoque al tema véase R. SACCO, *Riflessioni di un giurista sulla lingua (la lingua del diritto uniforme e il diritto a servizio di una lingua uniforme)*, en *Rivista di diritto civile*, 1996, pp. 57 ss.

³⁰ Cf. S. LANNI, *America Latina e tutela del consumatore: le prospettive del Mercosur tra problemi e tecniche di unificazione del diritto*, Milano, 2005, pp. 379 ss., y más recientemente, F. BARRIENTOS CAMUS, *La garantía legal*, Santiago, 2016, pp. 35 ss.

³¹ Sobre el asunto cf. R. TOSCANO DE BRITO, *O ambiente da nova contratualidade e a tendência da jurisprudência do STJ em matéria contratual*, en *Revista brasileira de direito civil*, 2014, p. 170, donde se subraya la extensión, por medio de la jurisprudencia brasileña, del *favor* hacia la parte vulnerable del contrato de consumo, a la parte pasiva de los contratos por adhesión.

consumatore»³². Este último es un concepto más estrecho y más limitado; de hecho la vulnerabilidad, a diferencia de la debilidad, no expresa un concepto absoluto, sino una situación relacionada con cada relación de consumo. El concepto de vulnerabilidad no se limita a la figura del consumidor, ya que puede ser identificado al mismo tiempo por el consumidor y por el proveedor que intervienen en la relación concreta. En cambio, el legislador brasileño enfatiza en la l. 8078/90 el hecho de que todos los consumidores son considerados *vulneráveis*, no todos como *hypossuficientes*, es decir ingenuos, ya que se trata de una eventualidad relacionada tanto con su nivel cultural, como con la información recibida en una determinada relación de consumo³³.

La diferencia mencionada no permanece aislada en el contexto comparativo, pues pasa de la legislación especial a los códigos civiles. De la pregunta subyacente sobre la posibilidad de seguir hablando de un contrato de consumo como un «contrato especial», cabe preguntarse sobre las reflexiones que llevaron al legislador alemán, con la *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* de 26 de

³² La doctrina italiana comparó el problema del mercado de automóviles usados y, por lo tanto, de un mercado caracterizado por problemas de asimetrías informativas, con los problemas de las cláusulas abusivas y estándares. Si consideramos las cláusulas abusivas como un efecto de la asimetría de la información, entonces no habría diferencia entre los contratos entre empresas y entre los contratos entre empresa y consumidor, por lo que el problema de la disparidad contractual está estructuralmente presente tanto en los contratos entre profesionales y consumidores, como también entre comerciales (cf. V. ROPPO, *From consumer contracts to asymmetric contracts: a trend in European contract law?*, en *European Review of Contract Law*, 3, 2009, pp. 304-309. Consideraciones similares también surgen en el contexto de la doctrina europea, por ejemplo H. SCHULTE-NÖLKE, *The Brave New World of EU Consumer Law – Without Consumers, or Even Without Law?*, en *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015, pp. 135 ss., ha destacado que «the notion of the consumer often creates a rather artificial distinction between parties to contracts. It produces gaps of protection in particular for those contract parties who do not formally qualify as consumers, but for which the same or nearly all the same reasons apply that usually justify consumer protection. There is therefore at least some discussion going on whether legislation on all levels including at EU level should shift for some sectors from consumer protection to customer protection».

³³ Existe por lo tanto una movilidad de los límites y contenidos de la situación de vulnerabilidad, que está significativamente ligada a la parte pasiva de la relación de consumo. Esta movilidad también está relacionada no solo con el ámbito subjetivo de la relación con el consumidor, sino también con las diversas facetas objetivas con las que el mismo concepto de vulnerabilidad aparece en las disciplinas de defensa del consumidor. Se puede localizar sobre la base del desarrollo científico promovido por la doctrina brasileña, y sobre todo por algunos juristas de Porto Alegre (Del Pai Moraes y Lima Marques), un triple papel para la vulnerabilidad: puede haber una vulnerabilidad técnica, siempre que los consumidores individuales carezcan de los conocimientos técnicos en la estructura o en el uso de bienes o servicios y, por lo tanto, son engañados (directa o indirectamente) sobre la elección (o las consecuencias) de los bienes o servicios mismos; puede haber una vulnerabilidad legal, en cualquier relación en la que el consumidor no es un profesional y por eso mismo parece inevitable que la relación del consumo se lleve a cabo sobre la base de una asimetría científica e informativa, probablemente en detrimento de las decisiones tomadas desde el mismo consumidor; puede haber una vulnerabilidad fáctica, es decir una vulnerabilidad socioeconómica en la que los derechos del consumidor como persona pueden ser violados de acuerdo con principios y usos puramente económicos.

noviembre de 2001, y con las enmiendas posteriores al BGB, para introducir los §§ 312a-k, que son considerados como parte especial de *Allgemeiner Teil* del derecho de obligaciones, expresamente dedicada al derecho del consumidor.

Aparece interesante subrayar que, entre los párrafos mencionados, después de la regulación de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y los contratos a distancia, hay dos disposiciones para los contratos en línea (*Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr*), los §§ 312i y 312j, donde las obligaciones del profesional (*Unternehmer*) están relacionadas con los derechos del cliente (*Kunde*) y no del consumidor (*Verbraucher*). La elección de referirse al cliente, figura conceptual más genérica, en lugar del consumidor, amplía el alcance de la protección también a los profesionales (que sean destinatarios finales del bien o servicio)³⁴. Me parece que, a través de la regulación de los contratos electrónicos, se puede favorecer una lectura sistemática extensible al contrato de venta en sentido amplio.

Lo que podría parecer una laguna, o un atraso del Código de Consumo, necesita de una reflexión de síntesis sobre el espíritu del Código mismo. Es decir, en Italia la promulgación del Código de Consumo ha sido impulsada por el deseo de hacer frente a la fragmentación y a la falta de unidad de toda la materia del derecho de consumo promovida, ya sea de manera directa por el legislador nacional, ya sea de una manera indirecta mediante la aplicación de las intervenciones de la Unión Europea. No obstante ese deseo, las innovaciones introducidas por el Código son mínimas; tal afirmación es el resultado no solo de la interpretación doctrinal³⁵, sino del mismo informe al Gobierno presentado por el Presidente de la Comisión redactora del Código de Consumo³⁶, que ha hecho hin-

³⁴ La ley de reforma de 2013 parece ser particularmente relevante porque ha favorecido un cambio en el concepto de consumidor (*Verbraucher*) contenido en el § 13 BGB; según la nueva redacción del párrafo, se debe considerar consumidor la persona física que concluye un negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*) para fines que están en gran medida fuera de la actividad profesional posiblemente realizada. Este es un concepto con una reflexión significativa: la importancia de la reforma consiste en introducir el adverbio principalmente (*überwiegend*), que permite atribuir a los contratos de consumo aquellas relaciones concluidas por uso promiscuo o no completamente ajeno a la actividad profesional llevada a cabo. Sobre el tema cf. S. LANNI-G. MAGRI, *Mercato digitale e nuovi paradigmi della tutela del consumatore in Brasile e Germania*, en *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2017, pp. 901 ss.

³⁵ Más bien está de acuerdo en no definir «código» al texto en cuestión; ver por ejemplo G. DE NOVA, *La disciplina della vendita dei beni di consumo nel «Codice» di consumo*, en *Contratti*, 2006, pp. 391 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Il «cantiere aperto» codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal d. legisl. 23 ottobre 2007*, n. 221, en *Studium juris*, 2008, pp. 265 ss.

³⁶ Cf. *Relazione governativa*, § 5; G. ALPA, *I diritti dei consumatori e il «Codice del consumo» nell'esperienza italiana*, en *Contratto e impresa*, 2006, pp. 1 ss.

capié en las intervenciones mínimas elegidas para la redacción del Código.

Precisamente de esa mencionada mínima innovación son ejemplo significativo las dificultades relacionadas con la figura del consumidor. La falta de igualdad en el Código de Consumo entre el pequeño empresario y la persona física no ha recibido el desarrollo defendido por la doctrina italiana, ni tampoco ha sido desarrollado en otras legislaciones extranjeras. Por obvias razones de síntesis, me he referido solo a la experiencia jurídica brasileña dentro de las latinoamericanas, pero en un contexto de reflexión más amplio que el permitido en este ensayo, otra experiencia jurídica interesante es la peruana, por los lazos conceptuales que la jurisprudencia y la doctrina de este contexto presentan con el derecho del consumidor italiano, sobre todo en referencia a la asimetría de la información³⁷.

¿El Código del Consumidor italiano ofrece una respuesta a las necesidades de la sociedad? El análisis hasta ahora elaborado podría dejar más de una perplejidad, por eso quiero subrayar que esto no significa que el Código de Consumo no juegue un valor específico para el jurista italiano, aunque solo sea para una disciplina del conjunto –una especie de recopilación entendida como técnica legislativa típica en la historia del derecho civil de tradición de derecho romano–, que proporciona una visión general de un tema hasta entonces dividido entre el Código Civil, leyes especiales y directivas europeas.

4. EL MODELO ITALIANO DE CÓDIGO DE CONSUMO MIRANDO AL FUTURO

El modelo italiano mira hacia el futuro. De hecho, el mismo Código de Consumo representa una especie de contenedor «ideal» para cualquier futura intervención reguladora, no solo para dar estructura orgánica a una cuestión, como la venta de bienes de consumo, que afecta a una parte cada vez mayor del derecho de obligaciones y contratos, debido a las asimetrías y desigualdades determinadas por los aspectos económicos e informativos, sino también

³⁷ En Perú, la consideración de los límites subjetivos de la figura del consumidor, como también de la realidad peruana, donde las PYMES representan el 72% de la población económicamente activa, ha favorecido durante unos 15 años, por medio del formante jurisprudencial, una nueva concepción del consumidor: el cambio del criterio del destinatario final por el de la asimetría informativa (cf. J. ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de los consumidores*, Lima, 2006, pp. 20 ss.). Con resolución 0422-2003/TDC- INDECOPI, se entiende por consumidores «las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios que son también sujetos afectados por la desigualdad informativa en relación de consumo».

para prestar atención a los nuevos modelos de consumo que representan a una parte cada vez más fundamental no solo del mercado europeo, sino del mercado global.

En uno y otro caso hay una fuerte incidencia del derecho supranacional. Por ejemplo, con referencia al tema objeto de este trabajo, se abandonó la distinción entre las categorías del *aliud pro alio*, vicio material y falta de calidad³⁸. El artículo 129 del Código de Consumo italiano ha intentado unificar todas las formas de imprecisión material de la prestación dentro de una única categoría, aquella del «defecto de conformidad» al contrato³⁹. La responsabilidad del vendedor por las imprecisiones materiales de la prestación (art. 128) está incluida en la responsabilidad por incumplimiento, que, a diferencia de la garantía de los vicios, a que hacen referencia los arts. 1490 y ss. del Código Civil, no parece más que una responsabilidad especial en comparación con el incumplimiento de una obligación contractual.

La progresiva falta de distinción entre las categorías del *aliud pro alio*, vicio material y falta de calidad, que se puede identificar a nivel de comparación diacrónica en el contexto del derecho italiano, busca su referencia en la Convención de Viena de 1980 sobre venta internacional. Del mismo modo que el concepto europeo de conformidad del bien de consumo se puede determinar mirando a los criterios tradicionalmente asociados a las *implied conditions* en el *common law*, desde la *Sale Goods Act* de 1893, en cuanto el *good must correspond with the description*, y para corresponder con el contrato tiene que ser *reasonably fit for such purpose* y tiene que haber una *satisfactory quality*⁴⁰.

Por supuesto, en el contexto supranacional la relación entre «mercado» y «derecho» subraya no solo la circulación de modelos jurídicos, sino también de modelos contractuales a los que los legisladores nacionales, como el italiano, tienen que prestar atención. En la actualidad, por ejemplo, la referencia al mercado europeo pone al legislador enfrente de nuevos modelos sociales, caracterizados por la lógica de usar todo, sin la necesidad de poseer materialmente; por ejemplo el *car sharing*, *crowdfunding*, el inter-

³⁸ La acción derivada de la entrega de una cosa a la otra (sujeto a las reglas generales de la resolución por incumplimiento y a su período de prescripción de diez años) no está sujeta al plazo y a la prescripción establecidos para la entrega de bienes defectuosos o no conformes a la calidad prometida (es decir, al esquema de garantía legal y la caducidad de un año y dos meses, y a la prescripción veintiséis meses).

³⁹ No faltan controversias sobre la calificación dogmática de la situación a la que hace referencia el art. 129.

⁴⁰ Sobre el tema véase el *Consumer Rights Act 2015*, y la referencias que hace al mismo E. MCKENDRICK, *Sale of Goods*, en AA. VV., *Principles of English Commercial Law*, A. Burrow (coord.), Oxford, 2016.

cambio de vacaciones, etc. Estos modelos inevitablemente tienen que atraer la atención de los juristas hacia los nuevos contratos de consumo que surgen en el ámbito europeo o internacional y que lentamente se introducen en el contexto nacional introduciendo así novedades también en el derecho italiano⁴¹.

Los modelos mismos tienen que atraer la atención de los juristas también por los problemas que representan. El principal, con referencia al fenómeno colaborativo, aparece el de la dificultad de deslindar aquellas actividades desarrolladas por consumidores, que de modo ocasional y frecuentemente accidental prestan un servicio a terceros, y teniendo en cuenta que al tiempo que prestan un servicio satisfacen sus propios intereses particulares –como el caso en la condisión de un mismo viaje en vehículo compartido–, respecto a aquellas otras situaciones en las que una persona, profesional o no, desarrolla una actividad con ánimo de lucro recurriendo a los instrumentos que suponen las plataformas digitales. Del mismo modo, parece difícil establecer la determinación de dónde comienza y dónde termina la labor de intermediación que se asocia a este tipo de plataformas.

Ya es una realidad que la economía del compartir, que se alimenta más de la confianza social en los bienes comunes que en las fuerza anónimas que rigen el mercado, impone nuevas pautas de consumo y, por lo tanto, un nuevo «modelo de consumo» que encuentra su estructura en las relaciones jurídicas que se realizan a través de la web y de los servicios relacionados, como el de la tan discutida plataforma del mercado digital. Es bien conocido que, habiendo presenciado una evolución importante de las plataformas digitales, la atención de las autoridades europeas se centra especialmente en aquellas asociadas al comercio electrónico, que son sin duda las que despliegan un mayor impacto económico en el seno de la Unión Europea⁴².

⁴¹ Ver A. GENTILI, *Dei contratti (in generale) e dei contratti dei consumatori (in generale)*, en AA. VV., *I contratti del consumatore e dell'utente tra diritto comune e codificazioni di settore*, coord. M. L. Chiarella, Napoli, 2016, pp. 54 ss. que refiere como en el actual derecho de los contratos hacen hincapié al mismo tiempo políticas de «eficiencia» y políticas de «justicia» del contrato.

⁴² La Comisión Europea ha publicado en el 2015 una comunicación encaminada a analizar las oportunidades y los retos de las plataformas en línea en el marco del mercado único digital (cf. C. BUSCH et al., *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law*, en *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, pp. 3 ss.); todavía, la Propuesta de directiva sobre determinados aspectos relativos a los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (COM n. 635), que habría favorecido una normativa armonizada en el contexto europeo, recibió tanta crítica por la doctrina y los expertos (cf. R. MILÀ RAFEL, *La declaración del European Law Institute sobre la propuesta de directiva de la Comisión europea sobre suministro de contenidos digitales a consumidores*, en *Revista CESCO de derecho de consumo*, 20, 2016, pp. 249 ss.), de tal manera que hasta el momento la propuesta no solo está sujeta a revalorización, sino que

Esta nueva y cada vez más extendida forma de realización del contrato de venta de bienes de consumo plantea a los juristas nuevas cuestiones, entre las cuales la búsqueda de un derecho del consumidor a no ser discriminado por su residencia a través de prácticas de *geoblocking* que crean desigualdades de trato y, al mismo tiempo, un daño a los intereses económicos, especialmente cuando se tienen en cuenta áreas subregionales, como las de la Unión Europea y del Mercosur, dirigidas al mercado libre y, no secundariamente, a la armonización de los derechos de las personas en el mismo⁴³.

El panorama italiano, y más ampliamente el panorama europeo, en las últimas dos décadas se caracteriza por una evolución significativa. Hemos pasado de la necesidad de tutelar el consumidor como «un sujeto débil» y «vulnerable», esencialmente en relación con un contexto contractual, a la necesidad de proteger antes un «consumactor»⁴⁴, es decir, un sujeto activo y cada vez más computarizado, que está en relación directa con el *web marketing*, y que por eso necesita de derechos e informaciones adjuntas, por ser más y más frecuentemente un «*cyberconsumidor*»⁴⁵, y luego un «*prosumidor*»⁴⁶. En otras palabras, un sujeto capaz de tomar deci-

también es objeto de un estudio específico sobre la posibilidad de su fusión con otras Propuestas, y sobre todo con la de COM 634 sobre el suministro de contenido digitales.

⁴³ Para limitar el fenómeno discriminatorio del *geoblocking*, la Comisión de la UE ha presentado un proyecto de ley para abolir el bloqueo geográfico, una práctica que impide a los ciudadanos europeos celebrar compras en línea transfronterizas sin añadir precios mayores en relación con la nacionalidad del cliente. Una práctica que, según las estimaciones de la Comisión para 2015, se ha aplicado en un 37% de los centros de comercio electrónico de la UE y que, según la propuesta de la Comisión, constituye un freno importante para el comercio electrónico, ya que impone restricciones discriminatorias a las compras transfronterizas.

⁴⁴ Es el consumidor bien informado, crítico, atento y consciente de sus opciones, y por esta razón representa un modelo de consumo, es decir «a responsible actor or entrant into the market who makes choices based upon information which is provided by the advertiser or obtained by the consumer himself», así C. PONGIBÒ-R. INCARDONA, *The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive and the Cognitive Revolution*, in *Journal of Consumer Policy*, 30, 2007, p. 29. Sobre el tema es interesante especificar que la idea del consumactor se postula en referencia a la Directiva 2005/29/CE (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales), con atención al denominado «average consumer», para lo cual véase P. CARTWRIGHT, *The consumer image within EU law*, en AA. VV., *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, coord. C. Twigg-Flesner, Cheltenham, 2016, pp. 199 ss.

⁴⁵ Es decir, un consumidor que satisface su necesidad de acceso a bienes y servicios a través de la negociación a distancia, y que pide que se utilicen nuevas herramientas jurídico-informáticas para la reglamentación del ciberespacio: cf. G. SCORZA, *Il codice del consumo ed i contratti conclusi con il cyberconsumatore*, in *Cyberspazio e diritto*, 2006, pp. 357-375.

⁴⁶ *Prosumer* es la expresión acuñada por Alvin Toffler en el libro *The third wave* (1980): es una fusión de los términos «productor» y «consumidor», que indica que es un consumidor que a la vez es productor o que, en el acto que consume, contribuye a la producción. En otras palabras representa el consumidor-usuario emancipado de su estado de subjetivo-pasivo. En el contexto italiano, la definición del prosumidor encuentra una referencia particular en la autoproducción de electricidad (cfr. Adjunto A del 18/5/2012

siones conscientes, que en el contexto de la *sharing economy* transforma en borroso el contraste existente entre el consumidor y el proveedor⁴⁷.

De hecho, la aparición de la figura de *prosumidor* plantea varias cuestiones en el ámbito jurídico. Entre ellas, en el horizonte aparece una de las cuestiones más importantes, si los contratos celebrados por el *prosumidor* deben considerarse como contratos entre consumidores (contratos C2C) o si deben clasificarse como contratos entre un profesional y un consumidor (contratos B2C) y, en consecuencia, abre un debate sobre el código aplicable. No es posible resolver la duda aquí, sin embargo, se puede señalar cómo el análisis del tema, en consideración de las numerosas facetas que tiene el contrato en cuestión, sugiere que no es posible/preferible dar una respuesta general y abstracta a la pregunta, sino responder a la luz de las circunstancias del caso concreto.

Los matices lingüísticos asociados a una de las partes del contrato, en su reciente articulación entre «consumidor», «cliente», «consumactor», «cyberconsumidor» y «prosumidor», subraya al operador del derecho que la identificación del ámbito subjetivo del concepto en cuestión está sujeto a una lógica *fuzzy*, es decir a una medida de carácter aproximativo⁴⁸. Los estudios sobre los modelos matemáticos de conceptos vagos (como los de «alto», «oscuro», «pequeño» o «cercano») desarrollados a través de una serie de investigaciones dirigidas a formalizar los razonamientos que involucran los conceptos mismos, ofrecen al jurista una herramienta de reflexión sobre la capacidad «sistemática» y «sistémica» del concepto de consumidor⁴⁹.

n. 188/2012/E/com) con referencia, por ejemplo, a los paneles eléctricos colocados sobre los tejados de la propia casa.

⁴⁷ La relación entre un proveedor de servicios no profesional y un consumidor es una relación entre pares que no plantea problemas típicos de la ley de consumo. Hace hincapié en una relación jurídica que es el resultado de la autonomía privada y como tal relacionada con los contratos C2C, aunque la libertad de las partes puede estar sujeta a restricciones, por ejemplo fijando el precio de las prestaciones por medio de la plataforma (como es el caso de Uber).

⁴⁸ La referencia «*fuzzy*» hace remisión a B. KOSKO, *Il Fuzzy-Pensiero, Teoria e Applicazioni della Logica Fuzzy*, Milano, 1995, p. 86.

⁴⁹ La encuesta desde el punto de vista matemático se origina en un artículo de 1965 (L. A. ZADEH, *Fuzzy sets*, en *Information and control*, 8, 1965, pp. 338-353) sobre el que la doctrina jurídica italiana muestra interés (cf. L. PEGORARO, *Approccio classificatorio «fuzzy» ed elementi determinanti nel diritto costituzionale comparato*, en AA. VV., *L'eredità di Umberto Scarpelli*, coord. P. Borsellino, S. Salardi, M. Saporito, Torino, 2014, pp. 85 ss.), entre otros para demostrar la utilidad de la taxonomía tripartita de los sistemas jurídicos a través del «juicio de prevalencia» (así, S. BALDIN, *Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni tra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà*, en *Revista general de derecho público comparado*, 10, 2012, pp. 1-20).

El sistema normativo, que hasta ahora se ha interpretado como una extensión de los términos lógicos de la matriz aristotélica (verdadero o falso), muestra una brecha en la realidad articulada de las relaciones jurídicas de consumo. Como sobresale del desarrollo de este ensayo, hay tonos interpretativos que desestructuran un sistema rígido, basado en la configuración del consumidor solamente como una persona física y pasiva. Sin embargo, la elaboración del discurso en este punto es probable que se complique demasiado para estas breves anotaciones, por esta razón me parece útil identificar la conclusión de la indagación comparativa desarrollada aquí.

La disciplina italiana de la venta de bienes de consumo muestra muchas conexiones entre el Código Civil y el Código de Consumo, que a su vez son el resultado de reflexiones de matriz supranacional sobre las nuevas formas de consumo y los problemas de demarcación subjetiva que plantean. Estas nuevas formas de consumo hacen así que la asimetría entre producción y consumo se minimice. La producción, olvidando la altivez arrogante de un tiempo, aprende del consumo, absorbiendo su carga emocional y el sentido de las diferencias. El consumo, a su vez, sin sujeción reverencial, aprende de la producción, tratando de poner a su servicio la red de conocimiento reproducible y del conocimiento social⁵⁰.

Concluyendo, el desarrollo del tema me parece que ilustra como el borroso contraste italiano, para la correcta identificación del sujeto beneficiario de la disciplina de la venta del Código de Consumo, se contrapone a la visión de otros países europeos y latinoamericanos que, en cambio, han sido capaces de identificar este aspecto con parámetros más elásticos, y que, por esta razón, pueden ofrecer por medio de las herramientas del derecho comparado la ponderación de nuevos, y cada vez más dinámicos, instrumentos para la evaluación hermenéutica del derecho del consumo.

⁵⁰ La observación es de G. FABRIS, *La società post crescita. Consumi e stili di vita*, Milano, 2010, p. 234 para el cual el cambio real se asume en la antropología del consumo y los diferentes estilos de vida: este es un tema muy interesante, aún poco investigado por los juristas europeos, cuyo análisis encuentra interesantes elementos de reflexión en la contribución contra-hegemónica ofrecida por el derecho indígena al sistema jurídico latinoamericano (sobre ello cf. S. LANNI, *Il diritto in America Latina*, Napoli, 2017, pp. 123 ss.)

Las voluntades digitales: marco normativo actual¹

JUDITH SOLÉ RESINA
Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN

La aparición y extensión de internet ha comportado que a la identidad tradicional de las personas se añada una identidad digital que coexiste con ella y la sobrevive. Es una manifestación más de la persona que ha de quedar protegida con base en su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. En la voluntad de garantizar la autonomía de la voluntad de la persona en cuanto a las decisiones que afectan a su huella digital –cancelación, gestión o conservación de sus cuentas– tras su fallecimiento, algunos ordenamientos jurídicos comienzan a proponer y aprobar normas que regulan lo que se ha venido a llamar el «testamento digital». En el ámbito europeo la primera ley sobre la materia es la ley francesa 2016-1321 por una República Digital y en el territorio español es pionera la Ley catalana 10/2017 de voluntades digitales.

PALABRAS CLAVE

Huella digital, Identidad digital, Testamento digital, Voluntades digitales, Memoria defuncti.

ABSTRACT

The appearance and extension of the internet has led to the existence of a digital identity that coexists with the traditional one and lives on. It is another

¹ Este escrito se incardina en el Proyecto de Investigación que lleva por título: Actualización del derecho de persona y familia. Conflictos, modelos y relaciones. DER2014-54997-P

manifestation of the person who has to be protected based on their right to honor, privacy and their own image. In the desire to guarantee the autonomy of the will of the person in terms of decisions affecting their digital footprint –cancellation, management or conservation of their accounts– after their death, some legal systems begin to propose and approve rules that regulate the that has come to be called the «digital testament». In the European sphere, the first law on the subject is the French law 2016-1321 for a Digital Republic and in the Spanish territory the Catalan Law 10/2017 of digital wills is pioneering.

KEYWORDS

Fingerprint, Digital identity, Digital testament, Digital wills, Defuncti memory.

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *La gestión del acervo digital. El testamento digital.*–III. *Marco normativo actual:* 3.1 El Reglamento (UE) 2016/679. 3.2 El Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal. 3.3 El precedente de la Ley francesa n.º 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, por una República Digital. 3.4 La Ley catalana 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña. 3.5 Naturaleza jurídica del Registro de Voluntades Digitales y constitucionalidad de la Ley catalana 10/2017.–IV. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Cada vez en mayor medida utilizamos los entornos digitales para desarrollar nuestras actividades de orden profesional y personal.

Internet forma parte de nuestro día a día y se ha convertido para muchas personas en una herramienta imprescindible en el desarrollo de su actividad laboral, hasta el punto de que a menudo el resultado de su trabajo se encuentra en soportes digitales ubicados en «la nube» y la mayor parte de las comunicaciones en el ejercicio de su profesión las realizan por medios electrónicos –correo electrónico, redes sociales, etc.–. También la contratación electrónica a través de los sitios web con todo tipo de empresas o comercios y las gestiones de diversa índole vía sedes electrónicas de la administración empiezan a ser la norma y no la excepción.

Igualmente, en el ámbito meramente personal internet tiene un papel importante como medio de comunicación y de entretenimiento. Además de contratar bienes y servicios, las personas físicas pueden utilizar internet para buscar información sobre cualquier tema; para crear espacios personales como un blog personal

en el que dar sus opiniones o explicar su vida; o participar en redes sociales o chats con fines de comunicación, que pueden ser públicos o abiertos a todo el mundo o cerrados a un grupo determinado de personas elegidas, o con finalidades más específicas como conocer a personas afines, debatir en foros políticos, foros de viajes, realizar cursos online...

Pues bien, una característica de internet es que técnicamente permite que en cualquier momento sea posible conocer todos y cada uno de los accesos a la red que una persona ha realizado y mucho más, pues la mayoría de los sitios web a los que accede elaboran de forma sistemática información sobre sus intereses (por ejemplo, mediante las denominadas cookies) que luego se utiliza, a menudo con fines comerciales. Y así, de esta manera, cada persona deja su rastro en internet, que es lo que se ha venido llamar la «huella digital»².

La «huella» en la red global proporciona una información sobre la persona, que en cantidad y calidad puede ser muy relevante y que antes de que existiera internet era mucho más difícil de obtener y recopilar. Y toda esta información configura lo que se ha venido a llamar su «identidad digital».

De inmediato se plantea la cuestión del control de toda esta información digital que consta en internet y de la necesidad de establecer límites a su acceso y tratamiento que impidan que se haga un mal uso de la misma y eviten que se vulneren los derechos fundamentales de las personas, especialmente los derechos a la dignidad, a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones y a la propiedad intelectual. Límites que eviten la posibilidad de que se suplante o se dañe la identidad digital.

De inicio se pueden distinguir como mínimo tres ámbitos en orden a la regulación de la protección de las personas ante internet, en función de la situación personal. De un lado, se plantea la cuestión en general con relación a las personas con plena capacidad de obrar; de otro, con relación a las personas con capacidad judicialmente modificada y las personas menores de edad, en tanto que sujetos que merecen una especial protección; y, por último, el tra-

² La huella digital alcanza a toda aquella información que cada persona crea voluntariamente pero, también la que genera de manera involuntaria, no consciente, incluso, de que es así: páginas web, perfiles en redes sociales, comentarios en blogs o foros, imágenes, procesos del sistema informático, correo electrónico, etc. Son los datos que se registran en Internet. Aunque no todos están a la vista pues algunos exigen de la intervención de programas y profesionales. Vid. MADDEN, M., *et al.* (2007). *Digital Footprints: Online identity management and search in the age of transparency*. Washington, DC: Pew Internet & American Life Project. 2007. En: http://www.pewinternet.org/files/oldmedia/Files/Reports/2007/PIP_Digital_Footprints.pdf.pdf.

tamiento de la huella digital tras la muerte de la persona, que forma parte de lo que se ha venido a denominar la «herencia digital». En las líneas que siguen vamos a centrar nuestra atención a esta última cuestión.

La huella digital permanece tras la muerte de la persona, de modo que la identidad digital pervive en las redes sociales, blogs, chats y cuentas de correo que continúan operativos. De ahí que se valore la oportunidad de que se regule y reconozca a su titular el derecho a la autonomía de decidir en vida cómo quiere que se gestione su memoria digital y pueda, por ejemplo, encomendar a una tercera persona la cancelación de sus cuentas o incluso su mantenimiento o gestión.

Hay que tener en cuenta que de acuerdo con el art. 32 CC la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas y con ella desaparecen algunos derechos personalísimos y los derechos patrimoniales pasan a integrar la herencia de la persona. Sin embargo, en virtud de la memoria defuncti, otros derechos personalísimos sobreviven a la persona.

Y este sentido hay que recordar que durante los ochenta años siguientes la fallecimiento, la persona designada a tal efecto en el testamento y, en su defecto, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos del causante y, faltando todos ellos, cualquier interesado que podrá acudir al Ministerio Fiscal, podrán actuar, en los términos que resultan de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, para la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del fallecido. Esta protección podrá alcanzar también y habrá de ser el fundamento de la regulación del tratamiento de la huella digital en lo que a la identidad digital post-mortem se refiere³.

II. LA GESTIÓN DEL ACERVO DIGITAL. EL TESTAMENTO DIGITAL

Algunos autores han definido el «testamento digital» como un documento que permite a una persona dar instrucciones sobre qué hacer con su presencia digital una vez que fallezca⁴. Dicho documento habría de contener una relación de todas las posesiones digi-

³ GONZÁLEZ GRANADO, Javier, «Sólo se muere una vez: ¿Herencia digital?», «Testamento ¿digital?», en Oliva León, Ricardo y Valero Barceló, Sonsoles, Coords, #RetoJCF, <http://www.juristasconfuturo.com/ebooks/Testamento%20Digital%20-%20Ebook%20JCF.pdf>

⁴ GINER CANDÍA, Judith, «El testamento digital sí existe y ya ha llegado», Testamento ¿digital?, Oliva León, Ricardo y Valero Barceló, Sonsoles, Coords, #RetoJCF,

tales de la persona, las claves para acceder a ellas y una autorización a una persona de confianza para que pueda acceder a todo este contenido cuando fallezca la titular. El contenido podría dividirse en los siguientes grupos que pueden gestionarse por separado: cuentas de correo; cuentas de servicios y contraseñas; servicios de suscripción; cuentas bancarias y otros fondos financieros; contenido personal en internet (fotos, vídeos, y documentos en la nube); y contenido personal en formato físico –hardware– (ordenadores, disco duros, memorias USB, móviles).

Sin embargo, otros autores han puesto de manifiesto la poca fortuna de este concepto ya que en rigor no existe un «testamento digital» como un tipo de testamento o testamento especial ni nada que distinga la «herencia digital» de la «herencia analógica». Ello porque el formato digital de determinados contenidos en archivos o su ubicación –fotos, canciones, cartas o contenidos en Dropbox– no los distingue de las cosas (rectius de los soportes físicos en los que se contiene: papel, discos...) y no les otorga ningún trato diferenciado en orden a su destino o sucesión⁵.

Como apunta González Granado la equiparación entre relaciones jurídicas «analógicas» y «digitales» es absoluta cuando se trata de relaciones de contenido patrimonial. Así, explica, «por ejemplo, las compras realizadas vía web pendientes de entrega, el saldo existente en cuentas o monederos electrónicos (Pay-Pal, Amazon, Google Wallet) y, por supuesto, los bitcoins formarán parte de la masa activa de la herencia. Lo mismo cabe entender respecto de los archivos adquiridos en vida por el causante (sean obras musicales, literarias o cinematográficas): no presentan ninguna especialidad respecto de libros o discos y tampoco se aprecia mayor especialidad en lo que se refiere a la titularidad de archivos creados por el fallecido sean, estrictamente personales o creaciones artísticas o, en general, de propiedad intelectual o industrial».

También según Fernández-Bravo no hay diferencias entre «herencia digital» y la analógica. En todo caso la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte y su transmisión se produce por la voluntad manifestada en testamento y, a falta de éste, por dispo-

<http://www.juristasconfuturo.com/ebooks/Testamento%20Digital%20-%20Ebook%20JCF.pdf>

⁵ En este sentido LLUCH CERDÁ, Carlos, «El reto de una muerte digital... digna», «Testamento ¿digital?», Oliva León, Ricardo y Valero Barceló, Sonsoles, Coords, #RetoJCF, <http://www.juristasconfuturo.com/ebooks/Testamento%20Digital%20-%20Ebook%20JCF.pdf> y GONZÁLEZ GRANADO, Javier, «Sólo se muere una vez: ¿Herencia digital?», «Testamento ¿digital?», Oliva León, Ricardo y Valero Barceló, Sonsoles, Coords, #RetoJCF, <http://www.juristasconfuturo.com/ebooks/Testamento%20Digital%20-%20Ebook%20JCF.pdf>

sición de la Ley. Por lo que concluye que «no hay nada nuevo bajo el sol y el concepto de «lo digital» parece impulsarnos a confundir medios con fines, creando soluciones nuevas para problemas viejos que ya están resueltos hace muchos, muchos años»⁶.

Lo que sí es cierto es que la situación se complica cuando lo que se pretende dejar en herencia o legado son bienes digitales como dinero en cuentas que permiten hacer pagos en sitios web, como PayPal o MoneyBookers; ficheros alojados en la nube (como Google Drive, Dropbox) donde podría guardar desde archivos de documentos o fotos hasta claves de firma electrónica de cuentas bancarias; derechos eMusic en Spotify y de las películas y series que en Netflix u otras plataformas. Y ello porque los herederos pueden no tener conocimiento de la existencia de este acervo digital y normalmente no disponen de las claves de acceso.

Para dar respuesta a estas necesidades hoy ya existen empresas en Internet que se encargan de administrar toda la información que una persona gestionaba directa o indirectamente en Internet: correo electrónico, perfiles en redes sociales, dominios y sitios web, blogs, retirada del dinero digital, etc. y trasladarla, después de su muerte, a la persona designada expresamente por el interesado para que sea gestionada o eliminada definitivamente.

Los servicios que ofrecen estas empresas pueden ser muy diversos: Así, la norteamericana Legacy Locker ofrece la posibilidad de custodiar las contraseñas de las redes sociales y plataformas online y entregarlas, una vez conocido el fallecimiento de su titular, a la persona que éste designe. La española Tellmebye asegura redes, nubes, archivos o contenidos digitales que luego entregan a los administradores, una vez notificada la situación de enfermedad o defunción⁷.

Webs como Eternime crea bots y ofrece «vivir para siempre como un avatar digital» para conseguir no ser olvidado, posibilitando que las personas del futuro puedan interactuar con los recuerdos e historias de las fallecidas como si hablaran con ellas⁸.

⁶ FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, Luis, «Testamento, legado, herencia... ¿Digital?», *Notarios en Red*, 21 septiembre 2015, <http://www.notariosenred.com/2015/09/testamento-legado-herencia-digital/>

⁷ Aunque como advierte OLIVA LEÓN, Ricardo, «Derecho e identidad digital post-mortem» Oliva León, Ricardo y Valero Barceló, *Sonsoles, Coords, #RetoJCF*, <http://www.juristasconfuturo.com/ebooks/Testamento%20Digital%20-%20Ebook%20JCF.pdf> el usuario asume el riesgo de que en el momento de su fallecimiento estas empresas sigan todavía existiendo, esto es no hayan desaparecido.

⁸ Hay datos que desvelan que sus servicios ya han sido contratados por más de 40.000 personas. Vid. Victoria S. NADAL y Olivia L. BUENO, «Relaciones humanas. Cuando mueras podrán seguir hablando contigo a través de internet», https://retina.elpais.com/retina/2018/02/12/innovacion/1518432893_881532.html

También en los términos y condiciones de uso de Facebook, Twitter y Gmail se ofrecen actualmente distintos mecanismos para dar de baja los perfiles sociales una vez muerto su titular. No es de extrañar que las redes sociales cuenten ya con protocolos para el tratamiento de las cuentas en caso de fallecimiento si se atiende al dato de que, por ejemplo, Facebook tiene ya más de 30 millones de cuentas de personas fallecidas y mueren 3 usuarios de esta red cada minuto⁹.

Facebook e Instagram incluyen una sección en la configuración de la cuenta que permite dar instrucciones sobre lo que hacer con la cuenta después de la muerte. Se puede ordenar que la cuenta se borre, o que se convierta en una cuenta conmemorativa donde familiares y amigos compartan recuerdos del ser querido fallecido. En este último caso habrá que designar una persona que se encargará de gestionar la cuenta conmemorativa. Esta persona recibirá una notificación y, si acepta, será la encargada de gestionar una cuenta conmemorativa cuando Facebook compruebe el fallecimiento. El llamado «contacto de legado» puede hacer algunas cosas como cambiar la foto de perfil, redactar un homenaje y aceptar nuevos amigos en la cuenta, o borrar la cuenta para siempre, pero no puede leer los mensajes, borrar fotos ni alterar el contenido¹⁰.

Google cuenta con un Administrador de cuentas inactivas que permite establecer un plazo sin uso de la cuenta de Google para considerarla inactiva. A partir de este momento o se cede la cuenta a una persona de confianza previamente designada por el fallecido con la que se contacta a través de un número de teléfono móvil, o bien Google activa la orden de borrarla.

Twitter, por su parte, permite a otra persona autorizada borrar la cuenta y los tuits, aunque no permite seguir usándola.

De este modo las redes sociales ofrecen designar a una o varias personas para que reciban las claves de nuestras cuentas o efectúen una especie de memorial en el que familiares y amigos puedan dejar sus mensajes de condolencia tras el fallecimiento del titular¹¹.

Incluso algunas aseguradoras han empezado a incluir coberturas de borrado digital en sus pólizas de hogar o decesos.

⁹ Datos extraídos de Block, Juan Antonio PASCUAL: «Testamento digital: cómo y porqué deberías hacerlo», <https://computerhoy.com/noticias/internet/testamento-digital-como-que-deberias-hacerlo-73741>

¹⁰ Datos extraídos de Block, Juan Antonio PASCUAL: «Testamento digital: cómo y porqué deberías hacerlo», <https://computerhoy.com/noticias/internet/testamento-digital-como-que-deberias-hacerlo-73741>

¹¹ En palabras de FERNÁNDEZ BRAVO, Luis, «Una especie de “lápida digital” con flores, por supuesto digitales, que dura lo que dure la empresa que presta el servicio. ¿Alguien se acuerda de Netscape? ¿Y de Microsoft Messenger? «Testamento, legado, herencia... ¿Digital?», *Notarios en Red*, 21 septiembre 2015, <http://www.notariosenred.com/2015/09/testamento-legado-herencia-digital/>

III. EL MARCO NORMATIVO ACTUAL

3.1 EL REGLAMENTO (UE) 2016/679

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD) entró en vigor en mayo de 2016 y será aplicable a partir de mayo de 2018. En tanto que Reglamento de la UE es una norma directamente aplicable, esto es, no requiere de normas internas de trasposición, si bien la ley que sustituirá a la actual Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) sí podrá incluir algunas precisiones o desarrollos en materias en las que el RGPD lo permite.

Dicho reglamento no contiene ninguna referencia expresa al tratamiento de la huella digital aunque, desde luego, sienta algunas directrices esenciales sobre esta cuestión al definir los conceptos fundamentales sobre la materia¹² y delimitar las obligaciones y

¹² A efectos del Reglamento se entenderá por: 1) «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona; 2) «tratamiento»: cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción; 3) «limitación del tratamiento»: el marcado de los datos de carácter personal conservados con el fin de limitar su tratamiento en el futuro; 4) «elaboración de perfiles»: toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física; 5) «seudonimización»: el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable; 6) «fichero»: todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica; 7) «responsable del tratamiento» o «responsable»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros; 8) «encargado del tratamiento» o «encargado»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento; 9) «destinatario»: la persona física o jurídica, autoridad pública,

derechos de los agentes que intervienen en los entornos digitales, que los ordenamientos internos deben tener presente al regular esta cuestión.

3.2 EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

La adaptación del ordenamiento interno español al Reglamento europeo de protección de datos requiere la elaboración de una nueva Ley Orgánica que sustituya a la actual y con este fin se ha elaborado el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal¹³.

En lo que aquí nos interesa en relación a este Proyecto de Ley Orgánica, destaca la novedosa regulación de los datos referidos a las personas fallecidas. Tras excluir del ámbito de aplicación de la ley su tratamiento [art. 2.2 d)], dispone que los herederos pueden solicitar el acceso a los datos de las personas fallecidas, su rectificación o supresión, en su caso con sujeción a las instrucciones del fallecido, que por lo demás se podrán incorporar a un registro.

En esta línea, el art. 3 del Proyecto dicta:

«Artículo 3. *Datos de las personas fallecidas.*

1. Los herederos de una persona fallecida que acrediten tal condición mediante cualquier medio válido conforme a Derecho, podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión.

Como excepción, los herederos no podrán acceder a los datos del causante, ni solicitar su rectificación o supresión, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley.

servicio u otro organismo al que se comuniquen datos personales, se trate o no de un tercero. No obstante, no se considerarán destinatarios las autoridades públicas que 4.5.2016 L 119/33 Diario Oficial de la Unión Europea ES puedan recibir datos personales en el marco de una investigación concreta de conformidad con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros; el tratamiento de tales datos por dichas autoridades públicas será conforme con las normas en materia de protección de datos aplicables a los fines del tratamiento; 10) «tercero»: persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u organismo distinto del interesado, del responsable del tratamiento, del encargado del tratamiento y de las personas autorizadas para tratar los datos personales bajo la autoridad directa del responsable o del encargado; 11) «consentimiento del interesado»: toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen; 12) «violación de la seguridad de los datos personales»: toda violación de la seguridad que ocasione la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos.

¹³ Publicado en el BOCG núm 13-1, de 24 de noviembre de 2017

2. El albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de éste y, en su caso su rectificación o supresión.

Mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de estos mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos.

3. En caso de fallecimiento de menores, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada.

En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades también podrán ejercerse, además de por quienes señala el párrafo anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo.»

Y la Disposición Adicional séptima del mismo Proyecto, bajo el título *Acceso a contenidos de personas fallecidas*, establece:

«El acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información a favor de personas que hayan fallecido se regirá por las reglas previstas en el artículo 3 de esta ley orgánica, a saber:

a) Los herederos de la persona fallecida podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión.

Como excepción, los herederos no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su rectificación o supresión, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley.

b) El albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido designado expresamente para ello podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones.

c) En caso de fallecimiento de menores, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada.

d) En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala a letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo.

Mediante Real Decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los citados mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos, que podrá coincidir con el previsto en el artículo 3.»

Finalmente, el artículo 74 g) del Proyecto tipifica como infracción leve «El incumplimiento de la obligación de suprimir los datos referidos a una persona fallecida cuando ello fuera exigible conforme al artículo 3 de esta ley orgánica».

De esta forma, por primera vez en el ámbito estatal, se propone regular expresamente el acceso y tratamiento de la huella digital de las personas para después de su muerte, permitiendo que en vida dispongan «mandatos o instrucciones» a los herederos y albaceas o personas o instituciones designadas expresamente, para que estas puedan solicitar a los prestadores de servicios de la sociedad de la información con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales del fallecido y, en su caso su rectificación o supresión. Para ello se requiere que se cumplan los requisitos y condiciones de validez y vigencia de dichos mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos que se habrán de establecer por reglamento.

El Proyecto no desvela cual habrá de ser la forma en que se dispongan las voluntades digitales, aunque de la referencia a la posibilidad de inscripción se deduce que parte de la idea de que, por reglamento, se regulará un instrumento especial al efecto, que es el que será objeto de registro, diferenciado de los documentos válidos para la disposición de las últimas voluntades –testamento, codicilo, memorias testamentarias–, esto es, lo que puede darse en llamar un documento de voluntades digitales, que podrá contener un poder especial en favor de una persona de confianza y las instrucciones necesarias para gestionar dichas voluntades.

Si bien del Proyecto se deduce también la posibilidad de que las voluntades digitales formen parte del propio contenido de un testamento, codicilo o memorias testamentarias, por lo que habrá que resolver la cuestión de la posibilidad o no de su coexistencia con un documento que disponga las voluntades digitales.

3.3 EL PRECEDENTE DE LA LEY FRANCESA N.º 2016-1321, DE 7 DE OCTUBRE DE 2016, POR UNA REPÚBLICA DIGITAL

Interesa apuntar que en el ámbito europeo existe un único precedente sobre regulación del tratamiento de la huella digital después de la muerte de la persona. Se trata de la Ley francesa n.º 2016-1321 del 7 d' octubre de 2016 para una República Digital (*pour une République numérique*).

Concretamente, el art. 63 de esta Ley que añade un art. 40-1 a la Ley n.º 78-17, del 6 de enero de 1978, sobre informática, los ficheros y las libertades (*relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* 14). En este precepto se establece la posibilidad de que las

¹⁴ Art. 40-1: «I.—Les droits ouverts à la présente section s'éteignent au décès de leur titulaire. Toutefois, ils peuvent être provisoirement maintenus conformément aux II et III suivants.

II.—Toute personne peut définir des directives relatives à la conservation, à l'effacement et à la communication de ses données à caractère personnel après son décès. Ces directives sont générales ou particulières.

Les directives générales concernent l'ensemble des données à caractère personnel se rapportant à la personne concernée et peuvent être enregistrées auprès d'un tiers de confiance numérique certifié par la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Les références des directives générales et le tiers de confiance auprès duquel elles sont enregistrées sont inscrites dans un registre unique dont les modalités et l'accès sont fixés par décret en Conseil d'Etat, pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Les directives particulières concernent les traitements de données à caractère personnel mentionnées par ces directives. Elles sont enregistrées auprès des responsables de traitement concernés. Elles font l'objet du consentement spécifique de la personne concernée et ne peuvent résulter de la seule approbation par celle-ci des conditions générales d'utilisation.

Les directives générales et particulières définissent la manière dont la personne entend que soient exercés, après son décès, les droits mentionnés à la présente section. Le respect de ces directives est sans préjudice des dispositions applicables aux archives publiques comportant des données à caractère personnel. Lorsque les directives prévoient la communication de données qui comportent également des données à caractère personnel relatives à des tiers, cette communication s'effectue dans le respect de la présente loi. La personne peut modifier ou révoquer ses directives à tout moment.

Les directives mentionnées au premier alinéa du présent II peuvent désigner une personne chargée de leur exécution. Celle-ci a alors qualité, lorsque la personne est décédée, pour prendre connaissance des directives et demander leur mise en œuvre aux responsables de traitement concernés. A défaut de désignation ou, sauf directive contraire, en cas de décès de la personne désignée, ses héritiers ont qualité pour prendre connaissance des directives au décès de leur auteur et demander leur mise en œuvre aux responsables de traitement concernés.

Toute clause contractuelle des conditions générales d'utilisation d'un traitement portant sur des données à caractère personnel limitant les prérogatives reconnues à la personne en vertu du présent article est réputée non écrite.

III.—En l'absence de directives ou de mention contraire dans lesdites directives, les héritiers de la personne concernée peuvent exercer après son décès les droits mentionnés à la présente section dans la mesure nécessaire:

– à l'organisation et au règlement de la succession du défunt. A ce titre, les héritiers peuvent accéder aux traitements de données à caractère personnel qui le concernent afin d'identifier et d'obtenir communication des informations utiles à la liquidation et au partage de la succession. Ils peuvent aussi recevoir communication des biens numériques ou des données s'apparentant à des souvenirs de famille, transmissibles aux héritiers;

– à la prise en compte, par les responsables de traitement, de son décès. A ce titre, les héritiers peuvent faire procéder à la clôture des comptes utilisateurs du défunt, s'opposer à la poursuite des traitements de données à caractère personnel le concernant ou faire procéder à leur mise à jour.

Lorsque les héritiers en font la demande, le responsable du traitement doit justifier, sans frais pour le demandeur, qu'il a procédé aux opérations exigées en application du troisième alinéa du présent III. Les désaccords entre héritiers sur l'exercice des droits prévus au présent III sont portés devant le tribunal de grande instance compétent.

IV.—Tout prestataire d'un service de communication au public en ligne informe l'utilisateur du sort des données qui le concernent à son décès et lui permet de choisir de communiquer ou non ses données à un tiers qu'il désigne.»

personas dispongan unas directrices o instrucciones para el almacenaje, el borrado o la comunicación de sus datos personales para después de su muerte. Dichas directrices pueden ser generales o específicas. Las directrices generales son las relativas al conjunto de los datos personales y pueden comprender la designación de una persona responsable de su ejecución y serán inscritas en un registro único de acuerdo con un Decreto dictado por el Consejo de Estado que regula las modalidades y acceso.

A falta de la designación de una persona responsable de la ejecución de las voluntades digitales o en caso de muerte de la persona designada, los herederos de la persona fallecida tendrán derecho a conocer las directrices y a solicitar su implementación a los responsables de los ficheros correspondientes. Expresamente se dispone que será nula cualquier cláusula contractual en las condiciones generales para el uso del tratamiento de datos personales que limite estas prerrogativas.

Específicamente se establece que a falta de instrucciones, los herederos pueden acceder al tratamiento de datos personales del causante a fin de y en la medida necesaria para identificar y obtener información útil para organizar y liquidar el patrimonio del difunto y para solicitar el cierre de las cuentas del difunto y oponerse a la continuación del tratamiento de sus datos personales o actualizarlos.

A estos efectos se dispone que cualquier proveedor de comunicación pública en línea debe informar del destino de sus datos después de su muerte y permitirle elegir comunicarlos o no a un tercero por él designado.

3.4 LA LEY CATALANA 10/2017, DE 27 DE JUNIO, DE LAS VOLUNTADES DIGITALES Y DE MODIFICACIÓN DE LOS LIBROS SEGUNDO Y CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA.

La Ley catalana 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña es pionera en España en la regulación de esta materia. Trata de ordenar la forma de administrar la presencia de las personas en los entornos digitales durante su minoría de edad y en los supuestos de capacidad judicialmente modificada y para después de su muerte.

Con relación al último de los supuestos, que es el que aquí nos ocupa, la ley catalana, en la misma línea que el Proyecto de Ley Orgánica y la Ley francesa vistos con anterioridad, dispone que

con la manifestación de las «voluntades digitales»¹⁵ la persona ordena para después de su muerte a su heredero, legatario, albacea, administrador o persona especialmente designada para ello, ejecutar determinadas acciones ante los prestadores de servicios digitales, acciones que pueden consistir bien en la cancelación de las cuentas digitales activas (así se extingue su huella en el entorno digital), bien en actuaciones dirigidas a perpetuar su memoria con la conservación de los elementos que determine en el orden digital.

Expresamente se refiere a las siguientes actividades (art. 411-10.2 CCCat):

a) Comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción.

b) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que se cancelen las cuentas activas

c) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, en su caso, que libren una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores.

Se tratan todas ellas de actividades que no reportan un beneficio o perjuicio patrimonial a la persona que las ejecuta más allá de los posibles gastos (normalmente de escasa consideración) que de ellas pudieran inferirse y que la ley catalana imputa al caudal hereditario para el caso de que el causante no lo haya dispuesto de otra forma (art. 411-10.7 CCCat).

Hay que advertir, sin embargo, que hay otras formas de conseguir estos mismos resultados, pues pueden haber sido encargados, como se ha visto páginas atrás, a empresas especialmente dedicadas a estas actividades o haber sido objeto de cobertura de un seguro.

La ley catalana prevé la posibilidad de que las voluntades digitales se ordenen por medio de un documento de voluntades digitales que debe inscribirse en un Registro electrónico de voluntades digitales¹⁶. Con este fin, la ley 10/2017 crea el Registro electrónico

¹⁵ El art. 411-10 CCCat añadido por la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales las define como sigue:

«1. Se entienden por voluntades digitales en caso de muerte las disposiciones que establece una persona para que, después de su muerte, el heredero, el albacea universal, si lo hay, o la persona designada para ejecutarlas actúe ante los prestadores de servicios digitales con los que el causante tenga cuenta activas.»

¹⁶ El art. 411-10.3 CCCat dispone que:

«3. Las voluntades digitales se pueden ordenar por medio de los instrumentos siguientes:

Testamento, codicilo o memorias testamentarias

Si la persona no ha otorgado disposiciones de última voluntad, un documento que se debe inscribir en el Registro electrónico de voluntades digitales.»

de voluntades digitales, dispone la regulación básica del Registro electrónico de voluntades digitales y establece el régimen de acceso al Registro y la emisión de certificados.

Asimismo, la Ley 10/2017 añade una disposición final al Libro IV CCCat relativa a la ordenación del Registro electrónico de voluntades digitales y remite al futuro reglamento la regulación de la organización, funcionamiento y acceso al Registro electrónico y habilita a la Generalitat para que lo desarrolle en el marco de la competencia que le corresponde de forma exclusiva en materia de organización de su administración, sobre las modalidades organizativas e instrumentales para la actuación administrativa (art. 129 EAC). Ello en el marco de la obligación de los poderes públicos de facilitar el conocimiento de la sociedad de la información e impulsar el acceso a la comunicación y a las tecnologías de la información (art. 53.1 EAC).

Es importante destacar que la ley catalana limita la posibilidad de ordenar un documento de voluntades digitales para después de la muerte únicamente para el caso de «falta de disposiciones de última voluntad» (art. 411-10.3 b) CCCat) y que el Registro electrónico de voluntades digitales se crea, según indica en su Preámbulo, como un nuevo instrumento registral de carácter administrativo «con el objetivo de facilitar e incrementar las vías disponibles para dejar constancia de las voluntades digitales».

La norma parte de la idea de que muchas personas, especialmente jóvenes que no tienen interés en redactar un testamento clásico pueden querer, en cambio, manifestar disposiciones relativas a su herencia digital, y trata de facilitar el ejercicio de su derecho a decidir mediante la regulación del documento de voluntades digitales y su registro.

De esta forma la norma catalana se adelanta al Proyecto de ley español, que no hace una referencia expresa a ningún instrumento nuevo en el que disponer las voluntades digitales (documento de voluntades digitales) distinto al testamento o las memorias testamentarias¹⁷.

La ley catalana, como se ha visto, prevé que solamente se estará a lo dispuesto en el documento de voluntades digitales si no se han otorgado disposiciones de última voluntad (art. 411-10.3 CCCat). De este modo, habiendo testamento, aunque éste no contenga ninguna previsión sobre voluntades digitales o las que contenga resulten completamente compatibles con las dispuestas en un documento de

¹⁷ La ley francesa, por su parte, sí dispone la posibilidad de que las voluntades digitales se contengan en un documento de voluntades digitales que debe inscribirse en un Registro público creado a este efecto, en la misma línea que la Ley 10/2017, aunque de ella no se deduce la incompatibilidad de los distintos documentos.

voluntades digitales, el documento de voluntades digitales carece de validez, estableciendo de este modo su incompatibilidad.

En esta línea la ley dispone que el documento de voluntades digitales se podrá modificar y revocar en cualquier momento y decae, pues no produce efecto, en caso de que se otorguen disposiciones de última voluntad (art. 411-10.4 CCCat).

La Ley prevé también que para el caso de que el causante no haya expresado sus voluntades digitales, el heredero o albacea universal, si lo hay, puede ejecutar las acciones que se deriven de los contratos que el causante haya suscrito con los prestadores de servicios digitales o las que resulten de las políticas que estos prestadores tengan en vigor (art. 411-10.5 CCCat).

Los gastos que se deriven de la ejecución de las voluntades digitales serán a cargo del caudal hereditario si el causante no ha establecido otra cosa (art. 411-10.7 CCCat). Y la persona a quien corresponda ejecutar las voluntades digitales no tendrá acceso a los contenidos y archivos digitales, salvo que el causante así lo haya dispuesto o cuente con autorización digital (art. 411-10.6 CCCat).

La Ley catalana introduce también una referencia expresa a la posibilidad de que el testamento, además de instituir heredero, establecer legados y contener «otras disposiciones para después de la muerte» del causante (art. 421-2.1 CCCat) contenga «las voluntades digitales del causante y la designación de una persona encargada de ejecutarlas», a falta de designación, continúa la norma, «el heredero, el albacea o el administrador de la herencia pueden ejecutar las voluntades digitales o encargar su ejecución a otra persona» (art. 421-2.2 CCCat). Pareciera que este contenido ya quedaba incluido dentro de las «otras disposiciones para después de la muerte» a las que se refiere el párrafo anterior y que poco o nada aporta la adición de este nuevo apartado número 2, pues de igual manera correspondería al heredero o al albacea dar cumplimiento de estas voluntades del causante, como cualesquiera otras.

En este punto cabe hacer una comparativa con el tratamiento legal de las voluntades anticipadas en el ámbito de la salud con las que a priori puede relacionarse esta normativa si bien plantean importantes diferencias.

La Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica y los arts. 212-1 a 212-3 CCCat (también 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 clínica¹⁸) permite otorgar un documento de voluntades anticipadas que accede a un Registro administrativo especial y que contiene las instrucciones de cómo proceder médicamente en caso de falta de capacidad de decidir sobrevenida de la persona que lo otorga y también para después de su muerte, por ejemplo en cuanto a la disposición del cadáver o la donación de órganos. Este documento puede incluir asimismo la designación de una persona de confianza responsable de la toma de decisiones o de la interlocución con los servicios médicos, funerarios o los que corresponda. La finalidad del documento de voluntades anticipadas es única y exclusivamente la de dar cumplimiento a la voluntad de su otorgante con el fin de garantizar su derecho a la autonomía en el ámbito de su propia salud y su derecho fundamental a la dignidad.

Claro que el documento de voluntades anticipadas (como su propio nombre indica) contiene voluntades que deben ser contempladas antes de la muerte de la persona (o inmediatamente después) y por este motivo no tiene sentido que se incluyan dichas voluntades en el testamento que despliega su eficacia después de la muerte. De ahí la posibilidad de regulación autónoma o independiente de los instrumentos que atienden a las últimas voluntades y su perfecta compatibilidad.

En cambio, las voluntades digitales y específicamente aquellas manifestadas para después de la muerte del interesado (ordenan como proceder con su huella digital), como ha quedado dicho, también pueden formar parte (ser contenido) del testamento, codicilo o memorias testamentarias.

La regulación de un documento de voluntades digitales se justifica en la voluntad de dar respuesta a una «inquietud» generada en la ciudadanía, según explica la Ley 1/2017 en su preámbulo. Y pre-

¹⁸ Otras leyes autonómicas sobre la materia: Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada de Andalucía; Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón; Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas de las Islas Baleares; Ley 13/2006, de 8 de febrero, que regula las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro, de la comunidad autónoma de Canarias; Ley 6/2005, de 7 de julio, de voluntades anticipadas de Castilla-La Mancha; Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de Castilla y León; Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura; Ley 3/2001, de 28 de mayo, del consentimiento informado de Galicia; Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de instrucciones previas en el ámbito de La Rioja y Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de la Rioja; Ley 3/2005, de 23 de mayo, que regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y crea el registro correspondiente, de la comunidad de Madrid; Ley 3/2009, de 11 de mayo, de derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la región de Murcia; Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de los derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra; Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de voluntades anticipadas en el ámbito del País Vasco; Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana.

vista la posibilidad de otorgar documentos de voluntades digitales se considera oportuna la creación de un Registro público electrónico en el que estos se inscriban y que permita su oportuno conocimiento. Si bien plantea la cuestión, que analizamos en el próximo apartado de la naturaleza (administrativa o privada) del registro de voluntades digitales.

Más difícil de justificar, en nuestra opinión es la necesidad y/o oportunidad de la reforma del Libro IV del CCCat que contempla expresamente este contenido del testamento, codicilo o memorias testamentarias (art. 421-2.2 CCCat) y dispone una norma que regula la designación de la persona encargada de ejecutar las voluntades digitales del causante y ello porque no presenta ninguna especialidad (art. 421-24 CCCat). Tampoco tiene sentido, por el mismo motivo, que se disponga expresamente que «El modo (sucesorio) puede consistir en imponer la ejecución de las voluntades digitales del causante» (art. 428-1 CCCat).

3.5 LA NATURALEZA DEL REGISTRO DE VOLUNTADES DIGITALES Y LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY CATALANA 10/2017.

El art. 10 de la Ley 10/2017 añade una disposición adicional, la tercera, al libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativa a la creación del Registro electrónico de voluntades digitales, con el siguiente texto:

«1. Se crea el Registro electrónico de voluntades digitales, adscrito al departamento competente en materia de derecho civil por medio del centro directivo que tenga atribuida la competencia.

2. En el Registro electrónico de voluntades digitales se inscriben los documentos de voluntades digitales.

3. El acceso al Registro electrónico de voluntades digitales está reservado al titular otorgante y, una vez muerto el titular, a las personas que se mencionan en los apartados siguientes, siempre y cuando acrediten, mediante el certificado de actos de última voluntad, que el causante no ha otorgado disposiciones de última voluntad.

4. Una vez muerto el titular, las personas que acrediten un interés legítimo pueden solicitar un certificado relativo a la existencia o no de un documento de voluntades digitales inscrito en el Registro electrónico de voluntades digitales. A solicitud de la persona interesada, si el causante no dispuso otra cosa, el certificado puede extenderse a la identificación de las personas designadas para la ejecución de las voluntades digitales.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto por el apartado 4, los certificados relativos al contenido de las voluntades digitales inscritas en el Registro electrónico de voluntades digitales, una vez muerto el

titular, únicamente pueden solicitarlos las personas designadas para la ejecución de las voluntades digitales y solo pueden entregarse a estas personas.

6. El Registro electrónico de voluntades digitales, si le consta la muerte de un otorgante, puede comunicar de oficio la existencia de voluntades digitales inscritas a las personas designadas para su ejecución, de acuerdo con lo que se establezca por reglamento.»

Asimismo, el art. 11 de la Ley 10/2017 añade una disposición final, la quinta, al libro cuarto del Código Civil de Cataluña, con el siguiente texto:

«La organización, el funcionamiento y el acceso al Registro electrónico de voluntades digitales se han de establecer por reglamento.»

Cabe advertir que inexplicablemente no se prevé la posibilidad de que se inscriban en el Registro electrónico de voluntades digitales los poderes otorgados con relación a la gestión de las voluntades digitales para el caso de la pérdida sobrevenida de la capacidad. De hecho, en este supuesto, aunque se prevé la posibilidad de disponerlas no se habla expresamente de documento de voluntades digitales. Vaya por delante que, en nuestra opinión, limitar de este modo el registro únicamente a los documentos de voluntades digitales que contienen previsiones para después de la muerte sería una pérdida de oportunidad.

Los arts. 6, 8, 10 y 11, y la DF 1.^a de la Ley 10/2017 han sido impugnados ante el Tribunal Constitucional por el Presidente del Gobierno a propuesta de Acuerdo para que el Consejo de Ministros, conforme a los artículos 161 de la Constitución y 31 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, con expresa invocación del artículo 161.2 de la Constitución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la referida ley orgánica, a efectos de que se produzca la suspensión de tales preceptos.

En particular, se cuestiona la constitucionalidad del artículo 10 de dicha ley y, por conexión, de los artículos 6, 8 y 11 y de su disposición final primera, por considerarse que la regulación que establecen vulnera las competencias exclusivas que al Estado reconoce el artículo 149.1 de la Constitución en los apartados 6 y 8 –legislación mercantil y ordenación de los registros e instrumentos públicos, respectivamente–.

La propuesta comienza analizando el artículo 10 que determina cuáles son los actos inscribibles y se regula también la emisión de certificaciones. Considera que esta disposición vulnera la competencia exclusiva que el artículo 149.1.8.^a de la Constitución atribuye al Estado en materia de ordenación de los registros e instrumen-

tos públicos, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional. A este respecto, recuerda que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, es claro que las comunidades autónomas pueden establecer registros administrativos, pero no registros relativos a materias de derecho privado.

Asimismo, entiende que se vulnera la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil ex artículo 149.1.6.^a de la Constitución, toda vez que el único requisito que se exige para la inscripción en el Registro es que se trate de «documentos de voluntades digitales», expresión esta que parece aludir, según el recurso, a contratos en que una de las partes es prestador de servicios digitales y, por tanto, a relaciones propias del tráfico mercantil.

En conexión con este precepto se encuentran los artículos 6, 8 y 11 de la Ley catalana 10/2017 y su disposición final primera, por tratarse todos ellos de preceptos que incluyen previsiones relativas al referido Registro electrónico de voluntades digitales. Atendiendo a ello, se considera que también deben ser impugnados.

El Dictamen del Consejo de Estado de 21 de septiembre de 2017 explica que «el alcance de la competencia estatal en este ámbito ha sido delimitado por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, de entre las que cabe destacar, a los efectos que aquí interesan, la STC 81/2013, de 11 de abril, en la que declaró que «los criterios de nuestra doctrina (por todas STC 103/1999, de 3 de junio, FJ 3) respecto a la delimitación del título competencial estatal relativo a la «ordenación de los registros públicos» lo circunscriben a los relativos a materias de derecho privado, concluyendo que los registros a que dicha ordenación se refiere son, exclusivamente, los de carácter civil. Asimismo, la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, creen registros administrativos y, por tanto, distintos de los anteriores, ha sido admitida con naturalidad por la doctrina constitucional desde las SSTC 32/1983, de 28 de abril y 87/1985, de 16 de julio».

Insiste el Dictamen en que «Esta misma doctrina se reitera en la STC 4/2014, de 16 de enero, en la que, reproduciendo parte del contenido de la STC 103/1999, de 3 de junio, se recuerda que «los registros a los que se refiere el artículo 149.1.8 de la Constitución son los referentes fundamentalmente a materias de derecho privado, como se infiere de su contexto, y no a otros registros que (...) aunque tengan repercusiones en ese campo del derecho, tienen por objeto materias ajenas a él». En consecuencia, «ninguna disposición autonómica podrá, sin incurrir en inconstitucionalidad, proceder a dicha ordenación» –la de los registros e instrumentos públicos a que se refiere el precepto constitucional citado–, si bien se

advierte a continuación que no resulta admisible «un entendimiento tan lato de aquella competencia estatal que venga a impedir toda ordenación autonómica sobre actos o negocios jurídicos con el solo argumento de que unos u otros pueden formalizarse mediante instrumento público».

Y continúa «Es claro, pues, a la vista de la jurisprudencia constitucional expuesta, que las comunidades autónomas pueden crear registros administrativos que coadyuven al efectivo ejercicio de sus competencias, pero no registros de derecho privado, por quedar reservada al Estado la ordenación de los mismos, sin que ello implique, como es obvio, la posibilidad de privar a las comunidades autónomas de su facultad para legislar sobre institutos jurídicos integrados en su Derecho civil propio por el simple hecho de que hayan de formalizarse en un instrumento público».

El Dictamen del Consejo de Estado concluye que se trata de un registro de derecho privado en el que queda constancia de la última voluntad de las personas en relación con un aspecto concreto de la sucesión: el relativo al destino que, tras su fallecimiento, desean dar a los archivos digitales que generaron en vida. Pues a través de los documentos que acceden al Registro, las personas pueden disponer mortis causa de su «legado» digital, designando a las personas encargadas de ejecutar esa última voluntad en el sentido indicado por el causahabiente en el referido documento que despliega su eficacia en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas (concretamente, en el ámbito sucesorio).

Habrá que esperar la decisión del Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la creación del Registro de voluntades digitales por parte de la Ley 10/2017. En nuestra opinión los argumentos esgrimidos en favor de su inconstitucionalidad no son atendibles por varios motivos:

En primer lugar, la naturaleza mercantil de la norma que se alega, fundamentada en la afirmación de que los documentos de voluntades digitales son contratos en los que una de las partes es prestador de servicios digitales y, por tanto, objeto de tráfico mercantil es insostenible si se parte de la base de que el documento de voluntades digitales (tal como se define en la ley catalana) es en realidad una manifestación de la voluntad unilateral de la persona otorgante que dispone las instrucciones de gestión de su huella digital y, en su caso, designa la persona que debe gestionarla.

En segundo lugar, las voluntades digitales no contienen la ordenación del «legado» digital en el sentido de conjunto de materiales o archivos que pudieran tener un valor patrimonial y que evidentemente y con independencia del soporte (digital) en el que se

encuentren formarán parte del caudal hereditario y serán objeto de la ordenación de la sucesión, sino que atienden a los deseos y voluntades de la persona en atención a que se lleven a cabo actividades muy concretas (comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción; solicitar a los prestadores de servicios digitales que se cancelen las cuentas activas; o solicitar a los prestadores de servicios digitales que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, en su caso, que libren una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores) que están directamente relacionadas con el ejercicio de derechos personalísimos de carácter no patrimonial y que, por tanto, no son objeto de transmisión *mortis causa*¹⁹.

El hecho de que la eficacia de las voluntades digitales se produzca después de la muerte de la persona y que estas puedan también ser contenido de una disposición de última voluntad no genera ningún problema de relación o coexistencia porque la ley catalana establece la incompatibilidad entre ambos instrumentos y limita la eficacia del documento de voluntades digitales a la falta de testamento.

Por último, hay que hacer notar que la inscripción de las voluntades digitales no afecta de ningún modo a los derechos personales o patrimoniales de su autor ni a las relaciones de éste con terceras personas, efectos estos que sí son propios de la inscripción en los registros privados (Registro Civil, Registro de la Propiedad, Registro Mercantil y Registro de Bienes Muebles).

De este modo la utilidad del Registro de voluntades digitales queda reducida a los supuestos en los que no existe inscripción alguna conforme al Registro General de Actos de Última Voluntad (que depende orgánicamente de la Dirección General de los Registros y del Notariado). Y se configura, como la propia ley indica, como un instrumento que publicita la existencia de voluntades digitales, y permite ordenar la gestión de la huella digital para después de su muerte a personas que han optado por no otorgar disposiciones testamentarias. En definitiva, se trata de un Registro que queda fuera de la competencia exclusiva del Estado sobre ordenación de los Registros Públicos que recoge el art. 149.1.8 CE.

¹⁹ En este sentido GONZÁLEZ GRANADO, Javier, «La herencia digital: Nadie posteará por nosotros cuando estemos muertos», Taller de Derechos, 9 marzo, 2015, <https://tallerdederechos.com/la-herencia-digital-identidad-digital/> afirma que «cabe concebir la identidad digital como un derecho de la personalidad autónomo (en cuanto conceptualmente diferenciado del honor, la propia imagen, el nombre o los apellidos), y como tal, innato, *erga omnes*, privado, irrenunciable y extra-patrimonial (aun cuando en sus manifestaciones sea susceptible de valoración económica y de negocios jurídicos: cabe, por ejemplo, la cesión onerosa de un perfil bajo seudónimo en una red social).»

El tratamiento de la huella digital después del fallecimiento de la persona (herencia digital) es una materia ajena al derecho sucesorio que en todo caso pudiera llegar a tener alguna mínima repercusión en este campo (pensamos en el cargo de los gastos que pudieran originarse de la gestión de las voluntades digitales al caudal hereditario). Su regulación y también la creación de un registro público en el que se inscriban los documentos de voluntades digitales efectuada por la Ley catalana 10/2017 es, por tanto, en nuestra opinión, acorde con la Constitución Española.

Otra cosa es si en la forma y medida en que ha quedado configurado, el documento de voluntades digitales viene a resolver o dar respuesta a cuestiones que no encuentran otras posibles soluciones, o si la solución que ofrece la ley al tratamiento de la huella digital tras la muerte de la persona resulta especialmente útil y necesaria en la ordenación de la herencia digital para la protección de los derechos a decidir sobre la propia identidad digital.

Una vía distinta a considerar, en la búsqueda de la resolución de los problemas que plantea la norma comentada, puede ser la de establecer la obligación legal a todo responsable de un servidor de internet de que prevea una solución al tratamiento de las cuentas después de la muerte de sus titulares que forme parte del clausulado del contrato que suscribe con aquellos al crear dichas cuentas. Esta previsión pasaría por concretar cuándo y cómo el servidor conocería o presumiría la muerte del titular y qué actuaciones desarrollaría en ese momento incluyendo, en su caso, la comunicación de determinados datos o la posibilitación de acceso y gestión a la persona que hubiera sido previamente designada por el titular.

BIBLIOGRAFÍA Y PÁGINAS WEB CONSULTADAS

- ABOGADO AMIGO, «La herencia digital», <https://www.abogadoamigo.com/herencia-digital/>
- ABRIL, Patricia S. y PIZARRO MORENO, Eugenio, «La intimidad europea frente a la privacidad americana» en *INDRET* 1/2014, pp. 10.
- CARMELO LLOPIS, José, «Las voluntades digitales en la Ley 10/2017», Blog 27 de junio de Cataluña, Blog, 9 enero 2018, <http://www.notariallopis.es/blog/i/1426/73/las-voluntades-digitales-en-la-ley-10-2017-de-27-de-junio-de-cataluna>
- «Análisis del Anteproyecto sobre herencia digital en Cataluña - II» Blog 7 marzo 2017, <http://www.notariallopis.es/blog/i/1414/73/analisis-del-anteproyecto-sobre-herencia-digital-en-cataluna-ii>
- «El Análisis del Anteproyecto sobre herencia digital en Cataluña - I», Blog 28 febrero 2017, <http://www.notariallopis.es/blog/i/1413/73/analisis-del-anteproyecto-sobre-herencia-digital-en-cataluna-i>

- CARMELO LLOPIS, José, «Proyecto sobre herencia digital el Catalunya», Blog 28 julio 2016, <http://www.notariallopis.es/blog/i/1386/73/proyecto-sobre-herencia-digital-el-catalunya>
- «El notario, el testamento on line y el heredero digital», Blog 11 marzo 2105, <http://www.notariallopis.es/blog/i/1235/73/el-notario-el-testamento-on-line-y-el-heredero-digital>
- «La transmisibilidad por causa de muerte en el mundo digital», Blog 17 julio 2014 <http://www.notariallopis.es/blog/i/118/73/la-transmisibilidad-por-causa-de-muerte-en-el-mundo-digital>
- «La transmisión hereditaria de archivos digitales», Blog 10 julio 2014 <http://www.notariallopis.es/blog/i/117/73/la-transmision-hereditaria-de-archivos-digitales>
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Carlos, «Ley catalana sobre voluntades digitales en caso de fallecimiento o incapacidad», *Actualidad Civil*, N.º 7, Sección Derecho digital / Última hora legislativa, Julio 2017, Editorial Wolters Kluwer
- FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, Luis, «Heredero del patrimonio digital», *Notarios en Red*, 21 julio 2016, <http://www.notariosenred.com/2016/07/heredero-del-patrimonio-digital/>
- «Testamento, legado, herencia... ¿Digital?», *Notarios en Red*, 21 septiembre 2015, <http://www.notariosenred.com/2015/09/testamento-legado-herencia-digital/>
- GARCÍA HERRERA, Vanesa, «La disposición sucesoria del patrimonio digital» *Actualidad Civil*, N.º 7, Sección Derecho digital / A fondo, Julio 2017, Editorial Wolters Kluwer
- GONZÁLEZ GRANADO, Javier «La herencia digital: Nadie posteará por nosotros cuando estemos muertos», *Taller de Derechos*, 9 marzo, 2015, <https://tallerdederechos.com/la-herencia-digital-identidad-digital/>
- MARTOS CALABRÚS, María, «Aproximación a la sucesión en el patrimonio virtual», en *Estudios de derecho de sucesiones*. Liber Amicorum Teodora F. Torres García, Domínguez Luelmo, Andrés y García Rubio, María Paz (Coords.)... pp. 569-577.
- NADAL, Victoria S. y BUENO, Oliva, L., «Relaciones humanas. Cuando mueras podrás seguir hablando contigo a través de internet», https://retina.elpais.com/retina/2018/02/12/innovacion/1518432893_881532.html
- OLIVA LEÓN, Ricardo y VALERO BARCELÓ, Sonsoles, Coords, «Testamento ¿digital?», #RetoJCF, <http://www.juristasconfuturo.com/ebooks/Testamento%20Digital%20-%20Ebook%20JCF.pdf>
- PLAZA PENADÉS, Javier, «La ley catalana de voluntades digitales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 45/2017, pp. 19-21.
- PRENAFETA, Javier, «Legado digital ante notario», 24 febrero 2014, <http://www.jprenafeta.com/2014/02/24/legado-digital-ante-notario/>

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 la competencia. Derecho de la Persona. Insolvencia. Marcas, Dibujos y Modelos.—Responsabilidad Civil y Seguros. B) *Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos.* Banca y Mercados. Competencia, Reconocimiento y Ejecución. Derecho Antidiscriminatorio. Derecho de Consumo. Derecho de Familia. Derecho de la Competencia. Derecho de la Persona. Derecho de Sociedades. Derecho Procesal. General. Propiedad Intelectual e Industrial. Responsabilidad Civil y Seguros. II. *Procedimientos Jurisdiccionales.*—Acceso a la Justicia. Banca y Mercados. Competencia, Reconocimiento y Ejecución. Derecho de Consumo. Derecho de la Competencia. Derecho de la Persona. Derecho de Sociedades. Derecho de Sucesiones. Derecho Procesal. Insolvencia. Marcas, Dibujos y Modelos. Propiedad Intelectual e Industrial. Responsabilidad Civil y Seguros.

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

BANCA Y MERCADOS

- 1. Reglamento (UE) 2017/1538 del Banco Central Europeo, de 25 de agosto de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2015/534 sobre la presentación de información financiera con fines de supervisión (BCE/2017/25), DOUE, L, núm. 240, de 19 de septiembre de 2017.**
- 2. Reglamento (UE) 2017/1539 del Banco Central Europeo, de 25 de agosto de 2017, por el que se establece la fecha de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1538 por el que se modifica el Reglamento (UE) 2015/534 sobre la presentación de información financiera con fines de supervisión (BCE/2017/25) a entidades supervisadas menos significativas sujetas a regímenes nacionales de contabilidad (BCE/2017/26), DOUE, L, núm. 240, de 19 de septiembre de 2017.**

3. **Corrección de errores del 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 (DO L 87 de 31.3.2017), DOUE, L, núm. 246, de 26 de septiembre de 2017.**
4. **Corrección de errores del Reglamento Delegado (UE) 2017/567 de la Comisión, de 18 de mayo de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las definiciones, la transparencia, la comprensión de carteras y las medidas de supervisión en lo que atañe a la intervención en materia de productos y las posiciones (DO L 87 de 31.3.2017), DOUE, L, núm. 251, de 29 de septiembre de 2017.**
5. **Corrección de errores del 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 (DO L 87 de 31.3.2017), DOUE, L, núm. 267, de 18 de octubre de 2017.**
6. **Corrección de errores del 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, 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 (DO L 155 de 17.6.2017), DOUE, L, núm. 292, de 10 de noviembre de 2017.**
7. **Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2114 de la Comisión, de 9 de noviembre de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 680/2014 en lo que respecta a las plantillas e instrucciones, DOUE, L, núm. 321, de 6 de diciembre de 2017.**
8. **Corrección de errores de la Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE (DO L 267 de 10.10.2009), DOUE, L, núm. 328, de 12 de diciembre de 2017.**
9. **Reglamento (UE) 2017/2401 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 575/2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, DOUE, L, núm. 347, de 28 de diciembre de 2017.**

10. **Corrección de errores de la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (DO L 337 de 23.12.2015), DOUE, L, núm. 5, de 10 de enero de 2018.**
11. **Reglamento de Ejecución (UE) 2018/56 de la Comisión, de 12 de enero de 2018, que modifica el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 908/2014 de la Comisión, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) núm. 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con los organismos pagadores y otros organismos, la gestión financiera, la liquidación de cuentas, las normas relativas a los controles, las garantías y la transparencia, DOUE, L, núm. 10, de 13 de enero de 2018.**
12. **Reglamento Delegado (UE) 2018/66 de la Comisión, de 29 de septiembre de 2017, por el que se completa el Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de especificar cómo debe calcularse el importe nominal de los instrumentos financieros distintos de los derivados, el importe notional de los derivados y el valor neto de los activos de los fondos de inversión, DOUE, L, núm. 12, de 17 de enero de 2018.**
13. **Reglamento Delegado (UE) 2018/67 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, por el que se completa el Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al establecimiento de las condiciones para evaluar las consecuencias de la cesación o modificación de índices de referencia ya existentes, DOUE, L, núm. 12, de 17 de enero de 2018.**
14. **Reglamento Delegado (UE) 2018/72 de la Comisión, de 4 de octubre de 2017, que completa el Reglamento (UE) 2015/751 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las tasas de intercambio aplicadas a las operaciones de pago con tarjeta por lo que se refiere a las normas técnicas de regulación por la que se establecen los requisitos que deben cumplir los regímenes de tarjetas de pago y las entidades procesadoras para garantizar el requisito de independencia en cuanto a contabilidad, organización y procesos de toma de decisiones, DOUE, L, núm. 13, de 18 de enero de 2017.**
15. **Reglamento Delegado (UE) 2018/171 de la Comisión, de 19 de octubre de 2017, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a las normas técnicas de regulación relativas al umbral de significatividad de las obligaciones crediticias en situación de mora, DOUE, L, núm. 32, de 6 de febrero de 2018.**
16. **Reglamento (UE) 2018/318 del Banco Central Europeo, de 22 de febrero de 2018, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1011/2012 relativo a las estadísticas sobre carteras de valores (BCE/2018/7), DOUE, L, núm. 62, de 5 de marzo de 2018.**

17. **Orientación (UE) 2018/323 del Banco Central Europeo, de 22 de febrero de 2018, por la que se modifica la Orientación BCE/2013/7 relativa a las estadísticas sobre carteras de valores (BCE/2018/8), DOUE, L, núm. 62, de 5 de marzo de 2018.**
18. **Corrección de errores del Reglamento (UE) 2017/1538 del Banco Central Europeo, de 25 de agosto de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2015/534 sobre la presentación de información financiera con fines de supervisión (BCE/2017/25) (DO L 240 de 19.9.2017), DOUE, L, núm. 65, de 8 de marzo de 2018.**

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

19. **Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, DOUE, L, núm. 60 I, de 2 de marzo de 2018.**
20. **Corrección de errores del Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE (DO L 60 I de 2.3.2018), DOUE, L, núm. 66, de 8 de marzo de 2018.**

DERECHO DE CONSUMO

21. **Reglamento (UE) 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 2006/2004, DOUE, L, núm. 345, de 27 de diciembre de 2017.**
22. **Reglamento Delegado (UE) 2018/64 de la Comisión, de 29 de septiembre de 2017, por el que se completa el Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a especificar cómo deben aplicarse los criterios del artículo 20, apartado 1, letra c), inciso iii), para evaluar si determinados eventos tendrían consecuencias significativas y adversas para la integridad del mercado, la estabilidad financiera, los consumidores, la economía real o la financiación de los hogares y las empresas en uno o varios Estados miembros, DOUE, L, núm. 12, de 17 de enero de 2018.**

DERECHO DE LA COMPETENCIA

23. **Corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/1036 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Unión Europea (DO L 176 de 30.6.2016), DOUE, L, núm. 266, de 17 de octubre de 2017.**
24. **Reglamento de Ejecución (UE) 2018/292 de la Comisión, de 26 de febrero de 2018, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los procedimientos y formularios para el intercambio de información y asistencia entre autoridades competentes de conformidad con el Reglamento (UE) núm. 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el abuso de mercado, DOUE, L, núm. 55, de 27 de febrero de 2018.**

DERECHO DE LA PERSONA

25. **Reglamento (UE) 2017/1563 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, sobre el intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países de ejemplares en formato accesible de determinadas 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 a textos impresos, DOUE, L, núm. 242, de 20 de septiembre de 2017.**
26. **Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, sobre ciertos usos permitidos de determinadas 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 a textos impresos, 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, DOUE, L, núm. 242, de 20 de septiembre de 2017.**

INSOLVENCIA

27. **Directiva (UE) 2017/2399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, 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, DOUE, L, núm. 345, de 27 de diciembre de 2017.**

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

28. **Corrección de errores de la Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (DO L 336 de 23.12.2015), DOUE, L, núm. 294, de 11 de noviembre de 2017.**

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

29. **Corrección de errores del 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) (DO L 236 de 14.9.2017), DOUE, L, núm. 264, de 13 de octubre de 2017.**
30. **P8_TA(2015)0400. Mediación de los seguros ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de noviembre de 2015, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mediación de los seguros (refundición) (COM(2012)0360 – C7-0180/2012 – 2012/0175(COD)) P8_TC1-COD(2012)0175. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 24 de noviembre de 2015 con vistas a la adopción de la Directiva (UE) 2016/... del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la distribución de seguros (versión refundida), DOUE, C, núm. 366, de 27 de octubre de 2017.**
31. **Reglamento Delegado (UE) 2017/2358 de la Comisión, de 21 de septiembre de 2017, por el que se completa la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los requisitos de control y gobernanza de los productos aplicables a las empresas de seguros y los distribuidores de seguros, DOUE, L, núm. 341, de 20 de diciembre de 2017.**
32. **Reglamento Delegado (UE) 2017/2359 de la Comisión, de 21 de septiembre de 2017, por el que se completa la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los requisitos de información y las normas de conducta aplicables a la distribución de productos de inversión basados en seguros, DOUE, L, núm. 341, de 20 de diciembre de 2017.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

BANCA Y MERCADOS

33. **P8_TA(2015)0346. Servicios de pago en el mercado interior ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 8 de octubre de 2015, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2013/36/UE y 2009/110/CE, y se deroga la Directiva 2007/64/CE (COM(2013)0547 – C7-0230/2013 – 2013/0264(COD)). P8_TC1-COD(2013)0264. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 8 de octubre de 2015 con vistas a la adopción de la Directiva (UE) 2015/... del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE, DOUE, C, núm. 349, de 17 de octubre de 2017.**

34. **P8_TA(2015)0387. Transparencia de las operaciones de financiación de valores ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 29 de octubre de 2015, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la notificación de las operaciones de financiación de valores y su transparencia (COM(2014)0040 – C7-0023/2014 – 2014/0017(COD)). P8_TC1-COD(2014)0017. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 29 de octubre de 2015 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) 2015/... del Parlamento Europeo y del Consejo sobre transparencia de las operaciones de financiación de valores y de reutilización y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012, DOUE, C, núm. 355, de 20 de octubre de 2017.**
35. **P7_TA(2014)0245. Programa de la Unión en el ámbito de la información financiera y la auditoría 2014-2020 ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se instituye un programa de la Unión destinado a respaldar determinadas actividades en el ámbito de la información financiera y la auditoría durante el período 2014-2020 (COM(2012)0782 – C7-0417/2012 – 2012/0364(COD)) P7_TC1-COD(2012)0364 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 13 de marzo de 2014 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) no .../2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se instituye un programa de la Unión destinado a respaldar determinadas actividades en el ámbito de la información financiera y la auditoría durante el período 2014-2020, y se deroga la Decisión no 716/2009/CE, DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2017.**
36. **Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 3 de abril de 2014, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2013/36/UE y 2009/110/CE, y se deroga la Directiva 2007/64/CE (COM(2013)0547 – C7-0230/2013 – 2013/0264(COD)), DOUE, C, núm. 408, de 30 de noviembre de 2017.**
37. **P7_TA(2014)0282 Identificación electrónica y servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 3 de abril de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior (COM(2012)0238 – C7-0133/2012 – 2012/0146(COD)) P7_TC1-COD(2012)0146 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 3 de abril de 2014 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) no .../2014 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, DOUE, C, núm. 408, de 30 de noviembre de 2017.**

38. **P7_TA(2014)0283 Auditoría legal de las entidades de interés público ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 3 de abril de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público (COM(2011)0779 – C7-0470/2011 – 2011/0359(COD)) P7_TC1-COD(2011)0359 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 3 de abril de 2014 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) no .../2014 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público y por el que se deroga la Decisión 2005/909/CE de la Comisión, DOUE, C, núm. 408, de 30 de noviembre de 2017.**
39. **P7_TA(2014)0284 Auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 3 de abril de 2014, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas (COM(2011)0778 – C7-0461/2011 – 2011/0389(COD)) P7_TC1-COD(2011)0389 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 3 de abril de 2014 con vistas a la adopción de la Directiva 2014/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, DOUE, C, núm. 408, de 30 de noviembre de 2017.**
40. **P7_TA(2014)0341 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 ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de abril 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) no 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo (COM(2013)0520 – C7-0223/2013 – 2013/0253(COD)) P7_TC1-COD(2013)0253 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 15 de abril de 2014 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) no .../2014 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 servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) no 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE, C, núm. 443, de 22 de diciembre de 2017.**
41. **P7_TA(2014)0354 Marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de inversión ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de abril de 2014, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se**

establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de inversión, y por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE y 82/891/CEE del Consejo, las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE y 2011/35/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 (COM(2012)0280 – C7-0136/2012 – 2012/0150(COD)) P7_TC1-COD(2012)0150 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 15 de abril de 2014 con vistas a la adopción de la Directiva 2014/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y el Reglamento (UE) no 1093/2010 y (UE) no 648/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE, C, núm. 443, de 22 de diciembre de 2017.

42. P7_TA(2014)0355 Organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM V) ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de abril de 2014, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2009/65/CE, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), en lo que se refiere a las funciones de depositario, las políticas de remuneración y las sanciones (COM(2012)0350 – C7-0178/2012 – 2012/0168(COD)) P7_TC1-COD(2012)0168 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 15 de abril de 2014 con vistas a la adopción de la Directiva 2014/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que modifica la Directiva 2009/65/CE por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), en lo que se refiere a las funciones de depositario, las políticas de remuneración y las sanciones, DOUE, C, núm. 443, de 22 de diciembre de 2017.
43. P7_TA(2014)0356 Cuentas de pago ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de abril de 2014, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas (COM(2013)0266 – C7-0125/2013 – 2013/0139(COD)) P7_TC1-COD(2013)0139 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 15 de abril de 2014 con vistas a la adopción de la Directiva 2014/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas, DOUE, C, núm. 443, de 22 de diciembre de 2017.
44. P7_TA(2014)0357 Documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de abril de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los documentos de datos

fundamentales relativos a los productos de inversión (COM(2012)0352 – C7-0179/2012 – 2012/0169(COD)) P7_TC1-COD(2012)0169 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 15 de abril de 2014 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) no .../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, DOUE, C, núm. 443, de 22 de diciembre de 2017.

45. P7_TA(2014)0367 Orden europea de retención de cuentas ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de abril de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil (COM(2011)0445 – C7-0211/2011 – 2011/0204(COD)) P7_TC1-COD(2011)0204 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 15 de abril de 2014 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) no .../2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, DOUE, C, núm. 443, de 22 de diciembre de 2017.
46. P7_TA(2014)0385 Mercados de instrumentos financieros y modificación del Reglamento [EMIR] relativo a los derivados OTC, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de abril de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento [EMIR] relativo a los derivados OTC, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones (COM(2011)0652 – C7-0359/2011 – 2011/0296(COD)) P7_TC1-COD(2011)0296 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 15 de abril de 2014 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) no .../2014 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) no 648/2012, DOUE, C, núm. 443, de 22 de diciembre de 2017.
47. P7_TA(2014)0386 Mercados de instrumentos financieros y derogación de la Directiva 2004/39/CE ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de abril de 2014, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se deroga la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (versión refundida) (COM(2011)0656 – C7-0382/2011 – 2011/0298(COD)) P7_TC1-COD(2011)0298 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 15 de abril de 2014 con vistas a la adopción de la Directiva 2014/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (versión refundida), DOUE, C, núm. 443, de 22 de diciembre de 2017.

48. **P7_TA(2014)0388 Liquidación de valores y depositarios centrales de valores ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de abril de 2014, sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mejora de la liquidación de valores en la Unión Europea y los depositarios centrales de valores (DCV) y por el que se modifica la Directiva 98/26/CE (COM(2012)0073 – C7-0071/2012 – 2012/0029(COD)) P7_TC1-COD(2012)0029 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 15 de abril de 2014 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) no .../2014 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mejora de la liquidación de valores en la Unión Europea y los depositarios centrales de valores y por el que se modifican las Directivas 98/26/CE y 2014/65/UE y el Reglamento (UE) no 236/2012, DOUE, C, núm. 443, de 22 de diciembre de 2017.**
49. **P7_TA(2014)0419 Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea es parte ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 16 de abril de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de controversias entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea es parte (COM(2012)0335 – C7-0155/2012 – 2012/0163(COD)) P7_TC1-COD(2012)0163 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 16 de abril de 2014 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) no .../2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte, DOUE, C, núm. 443, de 22 de diciembre de 2017.**
50. **Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 17 de abril de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los fondos de inversión a largo plazo europeos (COM(2013)0462 – C7-0209/2013 – 2013/0214(COD)), DOUE, C, núm. 443, de 22 de diciembre de 2017.**
51. **Recomendación del Banco Central Europeo, de 28 de diciembre de 2017, sobre las políticas de reparto de dividendos (BCE/2017/44), DOUE, C, núm. 8, de 11 de enero de 2018.**
52. **Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2016, sobre la evaluación y los retos de la normativa sobre servicios financieros de la UE: impacto y camino hacia un marco de la UE más eficiente y efectivo para la regulación financiera y una unión de los mercados de capitales (2015/2106(INI)), DOUE, C, núm. 11, de 12 de enero de 2018.**
53. **Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2016, sobre la iniciativa «Hacia un Acta del Mercado Único Digital» (2015/2147(INI)), DOUE, C, núm. 11, de 12 de enero de 2018.**

54. **Dictamen del Banco Central Europeo, de 8 de noviembre de 2017, sobre ciertas modificaciones del régimen de la Unión en cuanto a los requisitos de capital de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión (CON/2017/46), DOUE, C, núm. 34, de 31 de enero de 2018.**
55. **Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de abril de 2016, sobre «Hacia una mejor regulación del mercado único» (2015/2089(INI)), DOUE, C, núm. 58, de 15 de febrero de 2018.**
56. **P8_TA(2016)0146 Índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y los contratos financieros ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 28 de abril de 2016, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y los contratos financieros (COM(2013)0641 – C7-0301/2013 – 2013/0314(COD)) P8_TC1-COD(2013)0314 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 28 de abril de 2016 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) 2016/... del Parlamento Europeo y del Consejo 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) núm. 596/2014, DOUE, C, núm. 66, de 21 de febrero de 2018.**
57. **Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de mayo de 2016, sobre la estrategia para el mercado único (2015/2354(INI)), DOUE, C, núm. 76, de 28 de febrero de 2018.**
58. **P8_TA(2016)0212 Estadísticas sobre balanza de pagos, comercio internacional de servicios e inversiones extranjeras directas ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2016, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) no 184/2005, relativo a las estadísticas comunitarias sobre balanza de pagos, comercio internacional de servicios e inversiones extranjeras directas, por lo que se refiere a la atribución a la Comisión de competencias delegadas y de ejecución para adoptar determinadas medidas (COM(2014)0379 – C8-0038/2014 – 2014/0194(COD)) P8_TC1-COD(2014)0194 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 10 de mayo de 2016 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) 2016/... del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 184/2005 relativo a las estadísticas comunitarias sobre balanza de pagos, comercio internacional de servicios e inversiones extranjeras directas, DOUE, C, núm. 76, de 28 de febrero de 2018.**
59. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Paquete de cumplimiento: a) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Plan de Acción para el refuerzo de SOLVIT: hacer llegar los beneficios del mercado único a los ciudadanos**

y las empresas [COM(2017) 255 final – SDW(2017) 210 final]; b) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la creación de un portal digital único para el suministro de información, procedimientos y servicios de asistencia y resolución de problemas, y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1024/2012 [COM(2017) 256 final – 2017/0086 (COD)]; c) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen las condiciones y el procedimiento que permiten a la Comisión solicitar a las empresas y a las asociaciones de empresas que le proporcionen información acerca del mercado interior y otros ámbitos relacionados [COM(2017) 257 final – 2017/0087 (COD)], DOUE, C, núm. 81, de 2 de marzo de 2018.

60. 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 relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la Estrategia para el Mercado Único Digital – Un mercado único digital conectado para todos [COM(2017) 228 final], DOUE, C, núm. 81, de 2 de marzo de 2018.
61. 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 sobre la revisión intermedia del plan de acción para la unión de los mercados de capitales» [COM(2017) 292 final], DOUE, C, núm. 81, de 2 de marzo de 2018.
62. P8_TA(2016)0243 Mercados de instrumentos financieros ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 7 de junio de 2016, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2014/65/UE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, en lo tocante a determinadas fechas (COM(2016)0056 – C8-0026/2016 – 2016/0033(COD)) P8_TC1-COD(2016)0033 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 7 de junio de 2016 con vistas a la adopción de la Directiva (UE) 2016/... del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2014/65/UE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, DOUE, C, núm. 86, de 6 de marzo de 2018.
63. P8_TA(2016)0244 Mercados de instrumentos financieros, abuso de mercado y liquidación de valores ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 7 de junio de 2016, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 600/2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros, el Reglamento (UE) núm. 596/2014, sobre el abuso de mercado, y el Reglamento (UE) núm. 909/2014, sobre la mejora de la liquidación de valores en la Unión Europea y los depositarios centrales de valores, en lo que respecta a determinadas fechas (COM(2016)0057 – C8-0027/2016 – 2016/0034(COD)) P8_TC1-COD(2016)0034 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 7 de junio de 2016

con vistas a la adopción del Reglamento (UE) 2016/... del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 600/2014 relativo a los mercados de instrumentos financieros, el Reglamento (UE) núm. 596/2014 sobre el abuso de mercado, y el Reglamento (UE) núm. 909/2014 sobre la mejora de la liquidación de valores en la Unión Europea y los depositarios centrales de valores, DOUE, C, núm. 86, de 6 de marzo de 2018.

COMPETENCIA, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

64. **P7_TA(2014)0391 Resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de abril de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) no 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (COM(2013)0554 – C7-0239/2013 – 2013/0268(COD)) P7_TC1-COD(2013)0268 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 15 de abril 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 (UE) no 1215/2012 en lo relativo a las normas que deben aplicarse por lo que respecta al Tribunal Unificado de Patentes y al Tribunal de Justicia del Benelux, DOUE, C, núm. 443, de 22 de diciembre de 2017.**

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

65. **Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de septiembre de 2015, sobre las carreras profesionales de las mujeres en los ámbitos científico y académico y los techos de cristal existentes (2014/2251(INI)), DOUE, C, núm. 316, de 22 de septiembre de 2017.**
66. **Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de febrero de 2016, sobre la nueva estrategia para la igualdad de género y los derechos de las mujeres en Europa después de 2015 (2016/2526(RSP)), DOUE, C, núm. 35, de 31 de enero de 2018.**
67. **Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de marzo de 2016, sobre la integración de la perspectiva de género en los trabajos del Parlamento Europeo (2015/2230(INI)), DOUE, C, núm. 50, de 9 de febrero de 2018.**
68. **Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de abril de 2016, sobre la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer en la era digital (2015/2007(INI)), DOUE, C, núm. 66, de 21 de febrero de 2018.**
69. **Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de mayo de 2016, sobre pobreza y perspectiva de género (2015/2228(INI)), DOUE, C, núm. 76, de 28 de febrero de 2018.**

DERECHO DE CONSUMO

70. **Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de octubre de 2015, sobre la legislación hipotecaria y los instrumentos financieros de riesgo en España a la luz de las peticiones recibidas (2015/2740(RSP)), DOUE, C, núm. 349, de 17 de octubre de 2017.**
71. **P7_TA(2014)0222. Viajes combinados y servicios asistidos de viaje ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2014, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados y los servicios asistidos de viaje, por la que se modifican el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo (COM(2013)0512 – C7-0215/2013 – 2013/0246(COD)) P7_TC1-COD(2013)0246 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 12 de marzo de 2014 con vistas a la adopción de la Directiva 2014/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas, los circuitos combinados y los servicios asistidos asociados de viaje, por la que se modifican el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE [Enm. 1], DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2017.**
72. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Banco Central Europeo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones – Plan de acción de servicios financieros destinados a los consumidores: mejores productos y una oferta más variada»[COM(2017) 139 final], DOUE, C, núm. 434, de 15 de diciembre de 2017.**
73. **Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de abril de 2014, sobre la protección del consumidor en los servicios de utilidad pública (2013/2153(INI)), DOUE, C, núm. 443, de 22 de diciembre de 2017.**

DERECHO DE FAMILIA

74. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 7 de junio de 2016, sobre el proyecto de Decisión del Consejo por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones relativas a los regímenes económicos de las parejas internacionales, tanto en materia de regímenes económicos matrimoniales como de efectos patrimoniales de las uniones registradas (08112/2016 – C8-0184/2016 – 2016/0061(NLE)), DOUE, C, núm. 86, de 6 de marzo de 2018.**
75. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 23 de junio de 2016, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (COM(2016)0106 – C8-0127/2016 – 2016/0059(CNS)), DOUE, C, núm. 91, de 9 de marzo de 2018.**

76. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 23 de junio de 2016, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (COM(2016)0107 – C8-0128/2016 – 2016/0060(CNS)), DOUE, C, núm. 91, de 9 de marzo de 2018.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

77. P7_TA(2014)0420 Defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping o de subvenciones por parte de países no miembros de la UE ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 16 de abril de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) no 1225/2009 del Consejo, sobre la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Comunidad Europea, y el Reglamento (CE) no 597/2009 del Consejo, sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Comunidad Europea (COM(2013)0192 – C7-0097/2013 – 2013/0103(COD)) P7_TC1-COD(2013)0103 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 16 de abril de 2014 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) no .../2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) no 1225/2009 del Consejo, sobre la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Comunidad Europea, y el Reglamento (CE) no 597/2009 del Consejo, sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Comunidad Europea, DOUE, C, núm. 443, de 22 de diciembre de 2017.
78. P7_TA-PROV(2014)0451 Infracciones del Derecho de la competencia ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 17 de abril de 2014, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (COM(2013)0404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD)) P7_TC1-COD(2013)0185 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 17 de abril de 2014 con vistas a la adopción de la Directiva 2014/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 443, de 22 de diciembre de 2017.
79. Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2016, sobre el informe anual sobre la política de competencia de la UE (2015/2140(INI)), DOUE, C, núm. 11, de 12 de enero de 2018.

80. **P8_TA(2016)0131 Protección de los secretos comerciales contra su obtención, utilización y divulgación ilícitas ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de abril de 2016, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del saber hacer y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y divulgación ilícitas (COM(2013)0813 – C7-0431/2013 – 2013/0402(COD)) P8_TC1-COD(2013)0402 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 14 de abril de 2016 con vistas a la adopción de la Directiva (UE) 2016/... del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, DOUE, C, núm. 58, de 15 de febrero de 2018.**
81. **P8_TA(2016)0206 Defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Unión ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2016, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Unión Europea (versión codificada) (COM(2014)0660 – C8-0229/2014 – 2014/0305(COD)) P8_TC1-COD(2014)0305 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 10 de mayo de 2016 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) 2016/... del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Unión Europea (versión codificada), DOUE, C, núm. 76, de 28 de febrero de 2018.**
82. **P8_TA(2016)0207 Defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Unión ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2016, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Unión Europea (versión codificada) (COM(2014)0667 – C8-0232/2014 – 2014/0309(COD)) P8_TC1-COD(2014)0309 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 10 de mayo de 2016 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) 2016/... del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Unión Europea (versión codificada), DOUE, C, núm. 76, de 28 de febrero de 2018.**
83. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Informe sobre la política de competencia 2016»[COM(2017) 285 final], DOUE, C, núm. 81, de 2 de marzo de 2018.**
84. **Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de junio de 2016, sobre prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario (2015/2065(INI)), DOUE, C, núm. 86, de 6 de marzo de 2018.**

DERECHO DE LA PERSONA

85. **Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2013-2014) (2014/2254(INI)), DOUE, C, núm. 316, de 22 de septiembre de 2017.**
86. **Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre «Derechos humanos y tecnología: el impacto de los sistemas de intrusión y vigilancia en los derechos humanos en terceros países» (2014/2232(INI)), DOUE, C, núm. 316, de 22 de septiembre de 2017.**
87. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) [COM(2017) 10 final – 2017/0003 (COD)], DOUE, C, núm. 345, de 13 de octubre de 2017.**
88. **P7_TA(2014)0212 Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2014, 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 y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)) P7_TC1-COD(2012)0011 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 12 de marzo de 2014 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) no .../2014 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos), DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2017.**
89. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de abril de 2016, respecto de la Posición del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (05419/1/2016 – C8-0140/2016 – 2012/0011(COD)), DOUE, C, núm. 58, de 15 de febrero de 2018.**
90. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Intercambio y protección de los datos personales en un mundo globalizado»[COM(2017) 7 final], DOUE, C, núm. 81, de 2 de marzo de 2018.**

DERECHO DE SOCIEDADES

91. **Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre las empresas familiares en Europa (2014/2210(INI)), DOUE, C, núm. 316, de 22 de septiembre de 2017.**
92. **Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de abril de 2014, sobre el proceso de consulta sobre las diez medidas más gravosas para las pymes y la reducción de la carga de la normativa de la UE para estas empresas (2013/2711(RSP)), DOUE, C, núm. 443, de 22 de diciembre de 2017.**
93. **P7_TA(2014)0368 Divulgación de información no financiera e información sobre la diversidad por parte de determinadas grandes sociedades y determinados grupos ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de abril de 2014, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre la diversidad por parte de determinadas grandes sociedades y determinados grupos (COM(2013)0207 – C7-0103/2013 – 2013/0110(COD)) P7_TC1-COD(2013)0110 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 15 de abril de 2014 con vistas a la adopción de la Directiva 2014/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, DOUE, C, núm. 443, de 22 de diciembre de 2017.**

DERECHO PROCESAL

94. **P8_TA(2015)0338. Proceso europeo de escasa cuantía y proceso monitorio europeo ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 7 de octubre de 2015, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) no 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía y el Reglamento (CE) no 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (COM(2013)0794 – C7-0414/2013 – 2013/0403(COD)) P8_TC1-COD(2013)0403 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 7 de octubre de 2015 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) 2015/... del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) núm. 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento (CE) núm. 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo, DOUE, C, núm. 349, de 17 de octubre de 2017.**

GENERAL

95. **Corrección de errores de las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 202 de 7.6.2016), DOUE, C, núm. 313, de 21 de septiembre de 2017.**
96. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Análisis de la transparencia, la metodología y los recursos de los análisis y evaluaciones de impacto que la Comisión Europea está poniendo en marcha para mejorar la calidad de la legislación europea» (Dictamen de iniciativa), DOUE, C, núm. 434, de 15 de diciembre de 2017.**
97. **Conclusiones del Consejo, de 6 de noviembre de 2017, sobre el Identificador Europeo de Legislación, DOUE, C, núm. 441, de 22 de diciembre de 2017.**
98. **Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de abril de 2016, sobre el Programa de adecuación y eficacia de la reglamentación (REFIT): situación actual y perspectivas (2014/2150(INI)), DOUE, C, núm. 58, de 15 de febrero de 2018.**
99. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Control de la aplicación de la legislación de la UE» (Examen por el Tribunal de Cuentas Europeo) (Dictamen de iniciativa), DOUE, C, núm. 81, de 2 de marzo de 2018.**

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

100. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La industria de los productos falsificados y pirateados» (Dictamen de iniciativa), DOUE, C, núm. 345, de 13 de octubre de 2017.**
101. **Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre patentes y derechos de obtentor (2015/2981(RSP)), DOUE, C, núm. 399, de 24 de noviembre de 2017.**
102. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2015, respecto de la Posición del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) núm. 207/2009 del Consejo sobre la marca comunitaria, y el Reglamento (CE) núm. 2868/95 de la Comisión, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) núm. 40/94 del Consejo sobre la marca comunitaria, y se deroga el Reglamento (CE) núm. 2869/95 de la Comisión, relativo a las tasas que se han de abonar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, diseños y modelos) (10373/1/2015 – C8-0351/2015 – 2013/0088(COD)), DOUE, C, núm. 399, de 24 de noviembre de 2017.**

103. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2015, respecto de la Posición del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (versión refundida) (10374/1/2015 – C8-0352/2015 – 2013/0089(COD)), DOUE, C, núm. 399, de 24 de noviembre de 2017.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

104. Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de junio de 2016, sobre el proyecto de Decisión del Consejo 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 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 (13806/2015 – C8-0410/2015 – 2015/0135(NLE)), DOUE, C, núm. 86, de 6 de marzo de 2018.
105. Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de junio de 2016, sobre el proyecto de Decisión del Consejo 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 (14112/2015 – C8-0409/2015 – 2015/0136(NLE)), DOUE, C, núm. 86, de 6 de marzo de 2018.

II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

ACCESO A LA JUSTICIA

106. Asunto C-670/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 26 de julio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht – Alemania) – Procedimiento iniciado por Jan Šalplachta (Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, de seguridad y de justicia – Acceso a la justicia en los litigios transfronterizos – Directiva 2003/8/CE – Normas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios – Ámbito de aplicación – Normativa de un Estado miembro que establece el carácter no reembolsable de los gastos de traducción de los documentos acreditativos necesarios para la tramitación de una solicitud de justicia gratuita), DOUE, C, núm. 309, de 18 de septiembre de 2017.

BANCA Y MERCADOS

107. Asunto C-658/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 16 de noviembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el *College van Beroep voor het Bedrijfsleven* – Países Bajos) – *Robeco Hollands Bezit NV* y otros / *Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM)* (Procedimiento prejudicial – Directiva 2004/39/CE – Mercados de instrumentos financieros – Artículo 4, apartado 1, punto 14 – Concepto de «mercado regulado» – Ámbito de aplicación – Sistema en el que participan, por una parte, intermediarios que representan a inversores y, por otra, agentes de organismos de inversión de «tipo abierto», obligados a ejecutar órdenes correspondientes a sus fondos), DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.

COMPETENCIA, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

108. Asunto C-379/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* (Alemania) el 26 de junio de 2017 – *Società Immobiliare Al Bosco Srl*, DOUE, C, núm. 318, de 25 de septiembre de 2017.
109. Asunto C-386/17: Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione (Italia) el 27 de junio de 2017 – *Stefano Liberato/Luminita Luisa Grigorescu*, DOUE, C, núm. 338, de 9 de octubre de 2017.
110. Asunto C-595/17: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia) el 16 de octubre de 2017 – *Apple Sales International, Apple Inc., Apple retail France EURL / MJA*, en calidad de liquidador de *eBizcuss.com (eBizcuss)*, DOUE, C, núm. 437, de 18 de diciembre de 2017.
111. Asunto C-217/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 9 de noviembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Efeteio Athinon* – Grecia) – Comisión Europea/*Dimos Zagoriou* (Procedimiento prejudicial – Decisión de la Comisión Europea relativa a la devolución de importes abonados que es título ejecutivo – Artículo 299 TFUE – Ejecución forzosa – Medidas de ejecución – Determinación del tribunal nacional competente en materia de recursos relativos a la ejecución – Determinación de la persona sobre la que recae la obligación pecuniaria – Requisitos de aplicación de los procedimientos nacionales – Autonomía procesal de los Estados miembros – Principios de equivalencia y de efectividad), DOUE, C, núm. 5, de 8 de enero de 2018.
112. Asunto C-641/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 9 de noviembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – *Tünkers France, Tünkers Maschinenbau GmbH/Expert France* [Procedimiento prejudicial – Procedimientos de insolvencia – Reglamento (CE) núm. 1346/2000 – Órgano jurisdiccional competente – Acción por competencia desleal presentada en el marco de un procedimiento de insolvencia – Acción interpuesta por una sociedad que tiene su

domicilio en otro Estado miembro, contra el cesionario de una rama de actividad de la sociedad sujeta al procedimiento de insolvencia – Acción ajena al procedimiento de insolvencia o acción emanada directamente de dicho procedimiento con el que está en estrecha relación], DOUE, C, núm. 5, de 8 de enero de 2018.

113. Asunto C-66/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 14 de diciembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy Poznań-Grunwald i Jeżyce w Poznaniu – Polonia) – Grzegorz Chudaś, Irena Chudaś / DA Deutsche Allgemeine Versicherung Aktiengesellschaft [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 805/2004 – Ámbito de aplicación – Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados – Títulos ejecutivos que pueden certificarse como título ejecutivo europeo – Decisión sobre el importe de las costas procesales contenida en una sentencia que no tiene por objeto un crédito no impugnado – Exclusión], DOUE, C, núm. 52, de 12 de febrero de 2018.
114. Asunto C-372/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 20 de diciembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht München – Alemania) – Soha Sahyouni / Raja Mamisch [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Reglamento (UE) núm. 1259/2010 – Cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial – Reconocimiento de un divorcio de carácter privado obtenido ante un tribunal religioso en un Estado tercero – Ámbito de aplicación de dicho Reglamento], DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.

DERECHO DE CONSUMO

115. Asunto C-269/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Hamburg (Alemania) el 18 de mayo de 2017 – Andreas Niemeyer/Brussels Airlines SA/NV, DOUE, C, núm. 318, de 25 de septiembre de 2017.
116. Asunto C-344/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Torino (Italia) el 9 de junio de 2017 – IJDF Italy Srl/ Violeta Fernando Dionisio, Alex Del Rosario Fernando, DOUE, C, núm. 330, de 2 de octubre de 2017.
117. Asunto C-418/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Nürnberg (Alemania) el 10 de julio de 2017 – Andreas Fabri y Elisabeth Mathes/Sun Express Deutschland GmbH, DOUE, C, núm. 347, de 16 de octubre de 2017.
118. Asunto C-430/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 17 de julio de 2017 – Walbusch Walter Busch GmbH & Co. KG/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main eV, DOUE, C, núm. 347, de 16 de octubre de 2017.

119. **Asunto C-247/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 7 de septiembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Hannover – Alemania) – Heike Schottelius/Falk Seifert (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 1999/44/CE – Venta y garantías de los bienes de consumo – Concepto de «contrato de compraventa» – Inaplicabilidad de la Directiva – Incompetencia del Tribunal de Justicia), DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.**
120. **Asunto C-559/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 7 de septiembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Hamburg – Alemania) – Birgit Bossen, Anja Bossen, Gudula Gräßmann/Brussels Airlines SA/NV [Procedimiento prejudicial – Transporte – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículo 7, apartado 1 – 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 – Vuelo realizado en varios tramos – Concepto de «distancia» que ha de tomarse en consideración], DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.**
121. **Asunto C-186/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de septiembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Oradea – Rumanía) – Ruxandra Paula Andriciuc y otros/Banca Românească SA (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Artículo 3, apartado 1, y artículo 4, apartado 2 – Apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales – Contrato de crédito denominado en divisa extranjera – Riesgo de tipo de cambio que recae enteramente sobre el consumidor – Desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato – Momento en el que debe apreciarse el desequilibrio – Alcance del concepto de cláusulas «redactadas de manera clara y comprensible» – Nivel de información que debe facilitar el banco), DOUE, C, núm. 382, de 13 de noviembre de 2017.**
122. **Asunto C-569/17: Recurso interpuesto el 27 de septiembre de 2017 – Comisión Europea/Reino de España, DOUE, C, núm. 392, de 20 de noviembre de 2017.**
123. **Asunto C-532/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Hamburg (Alemania) el 11 de septiembre de 2017 – Wolfgang Wirth y otros / Thomson Airways Ltd., DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.**
124. **Asunto C-295/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 19 de octubre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado Contencioso-Administrativo de Murcia – Murcia) – Europamar Alimentación, S. A. / Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Procedimiento prejudicial – Protección de los**

consumidores – Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores – Ámbito de aplicación de dicha Directiva – Venta de un mayorista a minoristas – Competencia del Tribunal de Justicia – Legislación nacional que prohíbe con carácter general las ventas con pérdida – Excepciones basadas en criterios no previstos en la propia Directiva), DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.

125. Asunto C-533/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Hannover (Alemania) el 11 de septiembre de 2017 – Anja Oehlke y Wolfgang Oehlke / TUIfly GmbH, DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.
126. Asunto C-534/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Hannover (Alemania) el 11 de septiembre de 2017 – Ursula Kaufmann y Viktor Schay / TUIfly GmbH, DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.
127. Asunto C-537/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Berlin (Alemania) el 12 de septiembre de 2017 – Claudia Wegener / Royal Air Maroc SA, DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.
128. Asunto C-590/17: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia) el 12 de octubre de 2017 – Henri Pouvin, Marie Dijoux, con apellido de casada Pouvin / Electricité de France (EDF), DOUE, C, núm. 437, de 18 de diciembre de 2017.
129. Asunto C-333/17: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 26 de octubre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Judicial da Comarca de Braga – Portugal) – Caixa Económica Montepio Geral/Carlos Samuel Pimenta Marinho y otros (Procedimiento prejudicial – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículos 21 y 38 – No discriminación – Protección de los consumidores – Contrato de préstamo bancario – Inexistencia de cuestión relativa a una norma del Derecho de la Unión distinta de las que figuran en la Carta de los Derechos Fundamentales – Incompetencia manifiesta del Tribunal de Justicia), DOUE, C, núm. 5, de 8 de enero de 2018.
130. Corrección de errores de la comunicación en el Diario Oficial del asunto C-448/17 (DO C 382 de 13.11.2017), DOUE, C, núm. 5, de 8 de enero de 2018.
131. Asunto C-601/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Hamburg (Alemania) el 18 de octubre de 2017 – Dirk Harms y otros / Vueling Airlines, S. A., DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
132. Asunto C-618/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal d'instance de Limoges (Francia) el 30 de octubre de 2017 – BNP Paribas Personal Finance SA, sucesora de la sociedad Solfea / Roger Ducloux, José Ducloux, de soltera Lecay, DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.

133. Asunto C-232/17: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 21 de noviembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Budai Központi Kerületi Bíróság – Hungría) – VE / WD (Procedimiento prejudicial – Artículos 53, apartado 2, y 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Contrato de crédito basado en divisas – Falta de precisiones suficientes sobre el contexto fáctico y normativo del litigio principal y sobre las razones que justifican la necesidad de una respuesta a las cuestiones prejudiciales – Inadmisibilidad manifiesta), DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
134. Asunto C-259/17: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 21 de noviembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Budai Központi Kerületi Bíróság – Hungría) – Zoltán Rózsavölgyi, Zoltánné Rózsavölgyi / Unicredit Leasing Hungary Zrt., Unicredit Leasing Immo Truck Zrt. (Procedimiento prejudicial – Artículos 53, apartado 2, y 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Protección de los consumidores – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Contrato de crédito basado en divisas – Falta de precisiones suficientes sobre el contexto fáctico y normativo del litigio principal y sobre las razones que justifican la necesidad de una respuesta a las cuestiones prejudiciales – Inadmisibilidad manifiesta), DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
135. Asunto C-598/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de diciembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jerez de la Frontera – Cádiz) – Banco Santander, S. A. / Cristobalina Sánchez López (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Contratos celebrados con los consumidores – Cláusulas abusivas – Facultades del órgano jurisdiccional nacional – Efectividad de la protección reconocida a los consumidores – Contrato de préstamo hipotecario – Procedimiento extrajudicial de ejecución de la garantía hipotecaria – Procedimiento judicial simplificado de reconocimiento de los derechos reales del adjudicatario), DOUE, C, núm. 52, de 12 de febrero de 2018.
136. Asunto C-344/17: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 30 de noviembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Torino – Italia) – IJDF Italy Srl / Violeta Fernando Dionisio, Alex Del Rosario Fernando (Procedimiento prejudicial – Contratos celebrados con los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Legislación nacional que permite acumular ante el mismo órgano jurisdiccional las demandas interpuestas frente al deudor principal y frente al garante – Derogación de la normativa que establece el fuero del consumidor – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia), DOUE, C, núm. 52, de 12 de febrero de 2018.

137. Asunto C-446/17: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 7 de diciembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Vrederegrecht te Antwerpen – Bélgica) – Woonhaven Antwerpen / Khalid Berkani, Asmae Hajji (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cláusulas abusivas – Contrato de arrendamiento celebrado entre una sociedad de vivienda social reconocida y un arrendatario – Contrato tipo de alquiler obligatorio por un acto legislativo nacional – Directiva 93/13/CEE – Artículo 1, apartado 2 – Inaplicabilidad de dicha Directiva), DOUE, C, núm. 63, de 19 de febrero de 2018.
138. Asunto C-615/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf (Alemania) el 26 de octubre de 2017 – Eurowings GmbH / Klaus Rövekamp, Christiane Rupp, DOUE, C, núm. 63, de 19 de febrero de 2018.
139. Asunto C-636/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Korneuburg (Austria) el 14 de noviembre de 2017 – Germanwings GmbH / Emina Pedić, DOUE, C, núm. 63, de 19 de febrero de 2018.
140. Asunto C-694/17: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg (Luxemburgo) el 11 de diciembre de 2017 – Pillar Securitisation Sàrl / Hildur Arnadottir, DOUE, C, núm. 63, de 19 de febrero de 2018.
141. Asunto C-725/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonen sad (Bulgaria) el 27 de diciembre de 2017 – Toplofikatsia Sofia EAD / Mitko Simeonov Dimitrov, DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

142. Asunto C-517/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de julio de 2017 – AGC Glass Europe, AGC Automotive Europe, AGC France, AGC Flat Glass Italia Srl, AGC Glass UK Ltd, AGC Glass Germany GmbH / Comisión Europea [Recurso de casación – Competencia – Artículos 101 TFUE y 102 TFUE – Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Artículo 30 – Decisión de la Comisión Europea por la que se declara la existencia de un cártel ilegal en el mercado europeo del vidrio para automóviles – Publicación de una versión no confidencial de dicha Decisión – Denegación de una solicitud de tratamiento confidencial de determinados datos – Mandato del consejero auditor – Decisión 2011/695/UE – Artículo 8 – Confidencialidad – Información procedente de una solicitud de clemencia – Denegación parcial de la solicitud de tratamiento confidencial – Confianza legítima – Igualdad de trato], DOUE, C, núm. 309, de 18 de septiembre de 2017.
143. Asunto T-371/17 R: Auto del Presidente del Tribunal General de 12 de julio de 2017 – Qualcomm y Qualcomm Europe/Comisión [«Procedimiento sobre medidas provisionales – Competencia – Antitrust – Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Artículo 18, apartado 3 – Decisión de solicitud de información – Demanda de medidas provisionales – Inexistencia de urgencia»], DOUE, C, núm. 309, de 18 de septiembre de 2017.

144. Asunto C-406/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italia) el 6 de julio de 2017 – Acea Energia SpA/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato y otros, DOUE, C, núm. 338, de 9 de octubre de 2017.
145. Asunto C-407/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italia) el 6 de julio de 2017 – Green Network SpA/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato y otros, DOUE, C, núm. 338, de 9 de octubre de 2017.
146. Asunto C-408/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italia) el 6 de julio de 2017 – Enel Energia SpA/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato y otros, DOUE, C, núm. 338, de 9 de octubre de 2017.
147. Asunto C-417/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italia) el 10 de julio de 2017 – Hera Comm Srl/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Autorità per l'Energia Elettrica il Gas e il Sistema Idrico, DOUE, C, núm. 338, de 9 de octubre de 2017.
148. Asunto T-411/10 RENV: Sentencia del Tribunal General de 12 de septiembre de 2017 – Laufen Austria/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de productos y accesorios para cuartos de baño – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Multas – Imposición de una multa con carácter solidario a una sociedad matriz y a su filial – Límite máximo del 10 % del volumen de negocios – Cálculo del límite máximo basado únicamente en el volumen de negocios de la filial correspondiente al período de la infracción anterior a su adquisición por la sociedad matriz»), DOUE, C, núm. 357, de 23 de octubre de 2017.
149. Asunto T-751/15: Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2017 – Contact Software/Comisión («Competencia – Abuso de posición dominante – Mercados de programas informáticos de diseño asistido por ordenador y de información sobre las interfaces para dichos programas – Decisión por la que se desestima una denuncia – Mercado pertinente – Error manifiesto de apreciación – Falta de interés de la Unión»), DOUE, C, núm. 369, de 30 de octubre de 2017.
150. Asunto C-413/14 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de septiembre de 2017 – Intel Corp./Comisión Europea, Association for Competitive Technology, Inc., Union Fédérale des consommateurs – Que choisir (UFC – Que choisir) [Recurso de casación – Artículo 102 TFUE – Abuso de posición dominante – Descuentos por fidelidad – Competencia de la Comisión – Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Artículo 19], DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.

151. **Asunto C-248/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de septiembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Austria Asphalt GmbH & Co OG/Bundeskartellanwalt [Procedimiento prejudicial – Competencia – Concentración de empresas – Reglamento (CE) núm. 139/2004 – Artículo 3, apartado 1, letra b), y apartado 4 – Ámbito de aplicación – Concepto de «concentración» – Cambio de naturaleza del control de una empresa existente, que deja de ser exclusivo y pasa a ser conjunto – Creación de una empresa en participación que desempeña de forma permanente todas las funciones propias de una entidad económica autónoma], DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.**
152. **Asunto T-564/10 RENV: Sentencia del Tribunal General de 26 de septiembre de 2017 – Quimitécnica.com y de Mello/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de fosfatos para piensos – Multas impuestas solidariamente al término de un procedimiento de transacción – Pago escalonado – Decisión por la que se exige una garantía bancaria prestada por un banco con la calificación financiera «AA» a largo plazo – Recurso de anulación – Acto impugnabile – Admisibilidad – Obligación de motivación – Proporcionalidad»), DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.**
153. **Asuntos acumulados C-588/15 P y C-622/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 14 de septiembre de 2017 – LG Electronics, Inc./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 mercados y de clientes y de limitación de producción – Derecho de defensa – Envío del pliego de cargos a las sociedades matrices de una empresa en participación, pero no a esta empresa – Multa – Directrices para el cálculo del importe de las multas (2006) – Punto 13 – Determinación del valor de las ventas en relación con la infracción – Ventas intragrupo del producto en cuestión fuera del Espacio Económico Europeo (EEE) – Toma en consideración de las ventas de productos acabados de los que es parte integrante el producto en cuestión realizadas en el EEE – Igualdad de trato], DOUE, C, núm. 382, de 13 de noviembre de 2017.**
154. **Asunto C-177/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de septiembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Augstākā tiesa – Letonia) – Autortiesību un komunikāsanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība/Konkurences padome (Procedimiento prejudicial – Competencia – Artículo 102 TFUE – Abuso de posición dominante – Concepto de «precio no equitativo» – Cánones percibidos por una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor – Comparación con las tarifas aplicadas en otros Estados miembros – Elección de los Estados de referencia – Criterios de evaluación de los precios – Cálculo de la multa), DOUE, C, núm. 382, de 13 de noviembre de 2017.**

155. Asunto C-85/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 21 de septiembre de 2017 – Feralpi Holding S.p.A./Comisión Europea [Recurso de casación – Prácticas colusorias – Fabricantes italianos de redondos para hormigón – Fijación de los precios y limitación y control de la producción y de las ventas – Infracción del artículo 65 CA – Anulación de la Decisión inicial por el Tribunal General de la Unión Europea – Decisión readoptada tomando como base el Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Inexistencia de formulación de un nuevo pliego de cargos – Inexistencia de audiencia tras la anulación de la Decisión inicial – Plazos soportados en el procedimiento ante el Tribunal General], DOUE, C, núm. 392, de 20 de noviembre de 2017.
156. Asuntos acumulados C-86/15 P y C-87/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 21 de septiembre de 2017 – Ferriere Valsabbia S.p. A. (C-86/15 P), Valsabbia Investimenti S.p. A. (C-86/15 P, Alfa Acciai S.p.A. (C-87/15 P)/Comisión Europea [Recurso de casación – Prácticas colusorias – Fabricantes italianos de redondos para hormigón – Fijación de los precios y limitación y control de la producción y de las ventas – Infracción del artículo 65 CA – Anulación de la Decisión inicial por el Tribunal General de la Unión Europea – Decisión readoptada tomando como base el Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Inexistencia de formulación de un nuevo pliego de cargos – Inexistencia de audiencia tras la anulación de la Decisión inicial – Plazos soportados en el procedimiento ante el Tribunal General], DOUE, C, núm. 392, de 20 de noviembre de 2017.
157. Asunto C-88/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 21 de septiembre de 2017 – Ferriere Nord S.p.A./Comisión Europea [Recurso de casación – Prácticas colusorias – Fabricantes italianos de redondos para hormigón – Fijación de los precios y limitación y control de la producción y de las ventas – Infracción del artículo 65 CA – Anulación de la Decisión inicial por el Tribunal General de la Unión Europea – Decisión readoptada tomando como base el Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Inexistencia de formulación de un nuevo pliego de cargos – Inexistencia de audiencia tras la anulación de la Decisión inicial], DOUE, C, núm. 392, de 20 de noviembre de 2017.
158. Asunto C-89/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 21 de septiembre de 2017 – Riva Fire S.p.A., en liquidación/Comisión Europea [Recurso de casación – Prácticas colusorias – Fabricantes italianos de redondos para hormigón – Fijación de los precios y limitación y control de la producción y de las ventas – Infracción del artículo 65 CA – Anulación de la Decisión inicial por el Tribunal General de la Unión Europea – Decisión readoptada tomando como base el Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Inexistencia de formulación de un nuevo pliego de cargos – Inexistencia de audiencia tras la anulación de la Decisión inicial – Plazos soportados en el procedimiento ante el Tribunal General], DOUE, C, núm. 392, de 20 de noviembre de 2017.

159. Asunto T-435/15: Sentencia del Tribunal General de 10 de octubre de 2017 – Kolachi Raj Industrial/Comisión [«Dumping – Importación de bicicletas expedidas desde Camboya, Pakistán y Filipinas – Ampliación a estas importaciones del derecho antidumping definitivo establecido sobre las importaciones de bicicletas originarias de China – Reglamento de Ejecución (UE) 2015/776 – Artículo 13, apartado 2, letras a) y b), del Reglamento (CE) núm. 1225/2009 – Operaciones de montaje – Procedencia y origen de piezas de bicicleta – Certificados de origen – Valor probatorio insuficiente – Costes de fabricación de piezas de bicicleta»], DOUE, C, núm. 420, de 27 de noviembre de 2017.
160. Asunto C-546/17: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 18 de septiembre de 2017– DISA Gas SAU / Administración del Estado, Redexis Gas S. L., y Repsol Butano S. A., DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.
161. Asunto T-712/14: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2017 – CEAHR/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Abuso de posición dominante – Sistema de reparación selectiva – Negativa de los productores suizos de relojes a suministrar piezas de recambio a los relojeros-reparadores independientes – Mercado primario y mercado de posventa – Eliminación de toda competencia efectiva – Decisión de desestimación de una denuncia»), DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.
162. Asunto C-166/17: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 19 de octubre de 2017 (peticion de decision prejudicial planteada por el Supremo Tribunal de Justiça – Portugal) – Sportingbet PLC, Internet Opportunity Entertainment Ltd / Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (Peticion de decision prejudicial – Artículo 56 TFUE – Libre prestación de servicios – Restricciones – Explotación de juegos de azar a través de sitios de Internet – Legislación nacional que establece un monopolio de Estado – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal – Cuestión idéntica a una cuestión sobre la que el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado o cuya respuesta puede deducirse claramente de la jurisprudencia – Artículo 102 TFUE y artículo 106 TFUE, apartado 1 – Abuso de posición dominante – Legislación nacional que prohíbe la publicidad de los juegos de azar, con excepción de los organizados por un operador único sujeto a un estrecho control de las autoridades públicas al que se le ha conferido el derecho exclusivo de organizarlos – Artículo 53, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal – Cuestión manifiestamente inadmisibile), DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.
163. Asunto T-704/14: Sentencia del Tribunal General de 26 de octubre de 2017 – Marine Harvest/Comisión [Competencia – Concentraciones – Decisión por la que se impone una multa por la puesta en marcha de una operación de concentración antes de su notificación y autorización – Artículo 4, apartado 1, artículo 7, apartados 1 y 2, y artículo 14 del Reglamento (CE) núm. 139/2004 – Negligencia – Principio non bis in idem – Gravedad de la infracción –

Importe de la multa], DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.

164. Asunto T-394/15: Sentencia del Tribunal General de 26 de octubre de 2017 – KPN/Comisión («Competencia – Concentraciones – Mercado neerlandés de servicios de televisión y telecomunicaciones – Decisión por la que se declara la concentración compatible con el mercado interior y el Acuerdo EEE – Compromisos – Obligación de motivación – Mercado de referencia – Efectos verticales – Control jurisdiccional»), DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.
165. Asunto T-431/16: Sentencia del Tribunal General de 26 de octubre de 2017 – VIMC/Comisión [«Competencia – Abuso de posición dominante – Mercado de la asistencia sanitaria privada – Artículo 13, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Decisión desestimatoria de una denuncia – Tramitación del asunto por una autoridad de competencia de un Estado miembro»], DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.
166. Asunto C-407/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de octubre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por la Augstākā tiesa – Letonia) – «Aqua Pro» SIA / Valsts ieņēmumu dienests [Procedimiento prejudicial – Unión aduanera – Código aduanero comunitario – Artículo 220, apartado 1 y apartado 2, letra b) – Recaudación a posteriori de derechos de importación o de exportación – Concepto de «contracción de los derechos de importación» – Resolución de la autoridad aduanera competente – Plazo de presentación de una solicitud de devolución o condonación – Obligación de remitir el asunto a la Comisión Europea – Elementos de prueba en caso de recurso contra una resolución de la autoridad competente del Estado miembro de importación], DOUE, C, núm. 437, de 18 de diciembre de 2017.
167. Asuntos acumulados C-454/16 P a C-456/16 P y C-458/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de octubre de 2017 – Global Steel Wire, S. A. (C-454/16 P), Moreda-Riviere Tretilerías, S. A. (C-455/16 P), Tretilerías Quijano, S. A. (C-456/16 P), Trenzas y Cables de Acero PSC, S. L. (C-458/16 P) / Comisión Europea (Recurso de casación – Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para pretensado – Infracción del artículo 101 TFUE – Multas – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Punto 35 – Capacidad contributiva – Nueva solicitud de reducción del importe de la multa por falta de capacidad contributiva – Escrito de desestimación – Recurso contra este escrito – Admisibilidad), DOUE, C, núm. 437, de 18 de diciembre de 2017.
168. Asuntos acumulados C-457/16 P y C-459/16 P a C-461/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de octubre de 2017 – Global Steel Wire, S. A. (C-457/16 P), Trenzas y Cables de Acero PSC, S. L. (C-459/16 P), Tretilerías Quijano, S. A. (C-460/16 P), Moreda-Riviere Tretilerías, S. A. (C-461/16 P) / Comisión

- Europea [Recurso de casación – Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del acero para pretensado – Infracción del artículo 101 TFUE – Imputabilidad a la sociedad matriz del comportamiento infractor de sus filiales – Concepto de empresa – Indicios de la existencia de una unidad económica – Presunción de ejercicio efectivo de una influencia determinante – Sucesión de empresas – Importe de la multa – Capacidad contributiva – Requisitos – Respeto del derecho de defensa], DOUE, C, núm. 437, de 18 de diciembre de 2017.
169. Asunto C-204/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 9 de noviembre de 2017 – SolarWorld AG/Brandoni solare SpA, Solaria Energia y Medio Ambiente, SA, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, China Chamber of Commerce for Import and Export of Machinery and Electronic Products (CCCME) [Recurso de casación – Dumping – Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1238/2013 – Artículo 3 – Importaciones de módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y componentes clave (células) originarios o procedentes de China – Derecho antidumping definitivo – Exención de las importaciones objeto de un compromiso aceptado – Carácter separable], DOUE, C, núm. 5, de 8 de enero de 2018.
170. Asunto C-356/16: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 26 de octubre de 2017 – (petición de decisión prejudicial planteada por el *Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel* – Bélgica) – Proceso penal contra Wamo BVBA, Luc Cécile Jozef Van Mol (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales – Norma nacional que prohíbe la publicidad de intervenciones incluidas en la cirugía estética o la medicina estética no quirúrgica), DOUE, C, núm. 5, de 8 de enero de 2018.
171. Asunto T-180/15: Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2017 – Icap y otros/Comisión [«Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los derivados sobre tipos de interés en yenes – Decisión por la que se declara la existencia de seis infracciones del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Manipulación de los tipos de referencia interbancarios JPY LIBOR y Euroyen TIBOR – Restricción de la competencia por el objeto – Participación de un intermediario en las infracciones – Procedimiento «híbrido» de transacción – Principio de presunción de inocencia – Principio de buena administración – Multas – Importe de base – Adaptación excepcional – Artículo 23, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 5, de 8 de enero de 2018.
172. Asunto C-671/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de noviembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por la *Cour de cassation* – Francia) – *Président de l’Autorité de la concurrence / Association des producteurs vendeurs d’endives* (APVE) y otros [Procedimiento prejudicial – Política agrícola

común – Artículo 42 TFUE – Reglamento (CE) núm. 2200/96 – Reglamento (CE) núm. 1182/2007 – Reglamento (CE) núm. 1234/2007 – Prácticas contrarias a la competencia – Artículo 101 TFUE – Reglamento núm. 26 – Reglamento (CE) núm. 1184/2006 – Organizaciones de productores – Asociaciones de organizaciones de productores – Misiones de estas organizaciones y asociaciones – Práctica de fijación de precios mínimos de venta – Práctica de concertación sobre las cantidades comercializadas – Práctica de intercambio de información estratégica – Mercado francés de las endibias], DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.

173. Asunto C-122/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de noviembre de 2017 – British Airways plc / Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del transporte aéreo de mercancías – Decisión de la Comisión relativa a acuerdos y prácticas concertadas sobre diversos elementos de los precios de los servicios de transporte aéreo de mercancías – Defecto de motivación – Motivo de orden público examinado de oficio por el juez de la Unión Europea – Prohibición de pronunciarse ultra petita – Pretensiones del recurso planteado en primera instancia, por las que se solicita la anulación parcial de la Decisión controvertida – Prohibición de que el Tribunal General de la Unión Europea declare la anulación total de la Decisión controvertida – Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Derecho a la tutela judicial efectiva), DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
174. Asuntos acumulados C-427/26 y C-428/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 23 de noviembre de 2017 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Sofiyski rayonen sad – Bulgaria) – «CHEZ Elektro Bulgaria» AD / Yordan Kotsev (C-427/16) y «FrontEx International» EAD / Emil Yanakiev (C-428/16) [Procedimiento prejudicial – Competencia – Libre prestación de servicios – Fijación, por parte de una organización profesional de abogados, de los importes mínimos de los honorarios – Prohibición a un órgano jurisdiccional de ordenar el reembolso de honorarios por un importe inferior a tales importes mínimos – Normativa nacional que considera que el impuesto sobre el valor añadido (IVA) forma parte del precio de un servicio prestado en el ejercicio de una profesión liberal], DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
175. Asunto C-547/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 23 de noviembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo) – Gasorba, S. L., Josefa Rico Gil, Antonio Ferrándiz González / Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A. [Competencia – Artículo 101 TFUE – Acuerdos entre empresas – Relaciones comerciales entre operadores de estaciones de servicio y compañías petrolíferas – Acuerdo de abastecimiento en exclusiva de carburantes a largo plazo – Decisión mediante la cual la Comisión Europea declara obligatorios los compromisos asumidos por una empresa – Alcance del carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales nacionales de una

decisión de la Comisión relativa a tales compromisos – Artículo 9, apartado 1, y artículo 16, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 1/2003], DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.

176. Asunto T-423/17 R: Auto del Presidente del Tribunal General de 23 de noviembre de 2017 – Nexans France y Nexans/Comisión («Procedimiento sobre medidas provisionales – Competencia – Cables eléctricos – Denegación de una solicitud de tratamiento confidencial de determinados datos que figuran en una decisión por la que se declara una infracción del artículo 101 TFUE – Demanda de medidas provisionales – Inexistencia de urgencia»), DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
177. Asunto C-637/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa (Portugal) el 15 de noviembre de 2017 – Cogeco Communications Inc / Sport TV Portugal y otros, DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
178. Asunto T-460/14: Sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2017 – AETMD/Consejo («Dumping – Preparaciones o conservas de maíz dulce en grano originarias de Tailandia – Reexamen intermedio parcial – Modificación del derecho anti-dumping definitivo – Asociación representante de productores de la Unión – Violación de los derechos procesales – Derecho de defensa»), DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
179. Asunto T-902/16: Auto del Tribunal General de 27 de noviembre de 2017 – HeidelbergCement/Comisión [«Recurso de anulación – Competencia – Concentraciones – Mercado del cemento gris en Croacia – Decisión de incoar la fase de examen detallado con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 139/2004 – Acto no recurrible – Acto preparatorio – Inadmisibilidad»], DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
180. Asunto T-907/16: Auto del Tribunal General de 27 de noviembre de 2017 – Schwenk Zement/Comisión [«Recurso de anulación – Competencia – Concentraciones – Mercado del cemento gris en Croacia – Decisión de inicio de la fase de examen detallado en aplicación del artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 139/2004 – Acto no recurrible – Acto de trámite – Inadmisibilidad»], DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
181. Asunto C-61/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 14 de diciembre de 2017 – European Bicycle Manufacturers Association (EBMA) / Giant (China) Co. Ltd., Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea [Recurso de casación – Dumping – Reglamento (UE) núm. 502/2013 – Importaciones de bicicletas originarias de China – Reglamento (CE) núm. 1225/2009 – Artículo 18, apartado 1 – Cooperación – Concepto de «información necesaria» – Artículo 9, apartado 5 – Solicitud de trato individual – Riesgo de elusión], DOUE, C, núm. 52, de 12 de febrero de 2018.
182. Asunto C-230/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de diciembre de 2017 (petición de decisión prejudicial

planteada por el Oberlandesgericht Frankfurt am Main – Alemania) – Coty Germany GmbH / Parfümerie Akzente GmbH [Procedimiento prejudicial – Competencia – Prácticas colusorias – Artículo 101 TFUE, apartado 1 – Distribución selectiva de productos cosméticos de lujo – Cláusula que prohíbe a los distribuidores recurrir a un tercero no autorizado en el marco de la venta por Internet – Reglamento (UE) núm. 330/2010 – Artículo 4, letras b) y c)], DOUE, C, núm. 52, de 12 de febrero de 2018.

183. Asunto C-487/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 13 de diciembre de 2017 – Telefónica, S. A. / Comisión Europea (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercados portugueses y español de las telecomunicaciones – Cláusula de prohibición de competencia contenida en un acuerdo celebrado entre dos sociedades – Restricción por el objeto – Derecho de defensa – Negativa a examinar testigos – Multas – Gravedad de la infracción – Circunstancias atenuantes), DOUE, C, núm. 52, de 12 de febrero de 2018.
184. Asunto C-434/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de diciembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona) – Asociación Profesional Elite Taxi / Uber Systems Spain, S. L. (Procedimiento prejudicial – Artículo 56 TFUE – Artículo 58 TFUE, apartado 1 – Servicios en el ámbito de los transportes – Directiva 2006/123/CE – Servicios en el mercado interior – Directiva 2000/31/CE – Directiva 98/34/CE – Servicios de la sociedad de la información – Servicio de intermediación que permite, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, conectar a cambio de una remuneración a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean realizar desplazamientos urbanos – Exigencia de una autorización), DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.
185. Asunto C-364/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de diciembre de 2017 – Trioplast Industrier AB / Comisión Europea (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado de bolsas industriales de plástico – Requerimiento enviado por la Comisión Europea a la recurrente para el abono de los intereses de demora del importe de la multa impuesta – Recurso de anulación y de indemnización), DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.
186. Asunto C-724/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus (Finlandia) el 22 de diciembre de 2017 – Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy, NCC Industry Oy, Asphaltmix Oy, DOUE, C, núm. 83, de 5 de marzo de 2018.
187. Asunto C-708/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Rayonen sad Asenovgrad (Bulgaria) el 19 de diciembre de 2017 – EVN Bulgaria Toplofikatsia EAD / Nikolina Stefanova Dimitrova, DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.

DERECHO DE LA PERSONA

188. **Asunto C-507/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État (Francia) el 21 de agosto de 2017 – Google Inc./Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), DOUE, C, núm. 347, de 16 de octubre de 2017.**
189. **Asunto T-670/16: Auto del Tribunal General de 22 de noviembre de 2017 – Digital Rights Ireland/Comisión («Recurso de anulación – Espacio de libertad, de justicia y de seguridad – Protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de los datos personales – Transferencia de datos personales a Estados Unidos – Sociedad sin ánimo de lucro de Derecho irlandés – Falta de protección de los datos personales de las personas jurídicas – Responsable del tratamiento – Recurso interpuesto en nombre de miembros y de simpatizantes – Recurso en interés público – Inadmisibilidad»), DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.**
190. **Asunto C-434/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de diciembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court – Irlanda) – Peter Nowak / Data Protection Commissioner [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Directiva 95/46/CE – Artículo 2, letra a) – Concepto de «datos personales» – Respuestas por escrito proporcionadas por el aspirante en un examen profesional – Anotaciones del examinador en relación con dichas respuestas – Artículo 12, letras a) y b) – Amplitud de los derechos de acceso y de rectificación de la persona interesada], DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.**

DERECHO DE SOCIEDADES

191. **Asunto C-106/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 25 de octubre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Najwyższy – Polonia) – procedimiento iniciado por POLBUD – WYKONAWSTWO sp. z o.o., en liquidación «Procedimiento prejudicial – Libertad de establecimiento – Transformación transfronteriza de una sociedad – Traslado del domicilio social sin traslado del domicilio real – Denegación de la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil – Normativa nacional que supedita la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil a la disolución de la sociedad al término de un procedimiento de liquidación – Ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento – Restricción a la libertad de establecimiento – Protección de los intereses de los acreedores, de los socios minoritarios y de los trabajadores – Lucha contra las prácticas abusivas», DOUE, C, núm. 437, de 18 de diciembre de 2017.**
192. **Asuntos acumulados C-655/16 y C-656/16: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 24 de octubre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regio-**

nale per il Lazio – Italia) – Hitachi Rail Italy Investments Srl (C-655/16), Finmeccanica SpA (C-656/16)/Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Derecho de sociedades – Directiva 2004/25/CE – Ofertas públicas de adquisición – Artículo 5, apartado 4, segundo párrafo – Posibilidad de modificar el precio de la oferta en circunstancias y según criterios claramente determinados – Normativa nacional que contempla la posibilidad de que la autoridad supervisora aumente la oferta pública de adquisición en caso de colusión entre el oferente y el vendedor), DOUE, C, núm. 5, de 8 de enero de 2018.

193. Asunto C-665/17 P: Recurso de casación interpuesto el 27 de noviembre de 2017 por la Comisión Europea contra el auto del Tribunal General (Sala Segunda) dictado el 12 de septiembre de 2017 en el asunto T-247/16, Trasta Komerbanka AS y otros / Banco Central Europeo, DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
194. Asunto C-669/17 P: Recurso de casación interpuesto el 28 de noviembre de 2017 por Trasta Komerbanka AS, Iván Fursin, Igors Buimisters, C & R Invest SIA, Figon Co. Ltd, GCK Holding Netherlands BV y Rikam Holding SA contra el auto del Tribunal General (Sala Segunda) dictado el 12 de septiembre de 2017 en el asunto T-247/16, Trasta Komerbanka AS y otros / Banco Central Europeo, DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
195. Asunto T-381/17: Auto del Tribunal General de 7 de diciembre de 2017 – Acsen/Parlamento y Consejo («Recurso de anulación – Directiva 2011/35/UE – Fusión de sociedades anónimas – Nulidad de la fusión – No distinción entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa de la fusión – Plazo del recurso – Extemporaneidad – Inadmisibilidad manifiesta), DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
196. Asunto C-243/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 14 de diciembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 30 de Barcelona) – Antonio Miravittles Ciurana y otros / Contimark S. A., Jordi Socías Gisbert (Procedimiento prejudicial – Derecho de sociedades – Directiva 2009/101/CE – Artículos 2 y 6 a 8 – Directiva 2012/30/UE – Artículos 19 y 36 – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículos 20, 21 y 51 – Cobro de créditos laborales – Derecho a ejercitar, ante el mismo órgano jurisdiccional, una acción contra la sociedad y contra su administrador, en cuanto responsable solidario de las deudas de la sociedad), DOUE, C, núm. 52, de 12 de febrero de 2018.
197. Asuntos acumulados C-654/16, C-657/16 y C-658/16: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 11 de enero de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Italia) – Amber Capital Italia Sgr SpA

(C-654/16), Amber Capital Uk Llp (C-654/16), Bluebell Partners Limited (C-657/16), Elliot International LP (C-658/16), The Liverpool Limited Partnership (C-658/16), Elliot Associates LP (C-658/16) / 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 prevé la fijación del precio de la oferta en el precio constatado en caso de colusión entre el oferente o las personas que actúen de concierto con él y uno o varios vendedores – Concepto de «criterio claramente determinado»), DOUE, C, núm. 83, de 5 de marzo de 2018.

DERECHO DE SUCESIONES

198. Asunto C-218/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 12 de octubre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim – Polonia) – Procedimiento incoado por Aleksandra Kubicka [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Reglamento (UE) núm. 650/2012 – Sucesiones y certificado sucesorio europeo – Ámbito de aplicación – Bien inmueble situado en un Estado miembro que no reconoce el legado vindicatorio – Denegación del reconocimiento de los efectos reales de dicho legado], DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.

DERECHO PROCESAL

199. Asunto C-627/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Okresný súd Dunajská Streda (Eslovaquia) el 8 de noviembre de 2017 – ZSE Energia a.s. / RG, DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.

INSOLVENCIA

200. Asunto C-535/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos) el 11 de septiembre de 2017 – NK, en su condición de síndico de las quiebras de OJ B. V. Y PI / BNP Paribas Fortis NV, DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.
201. Asunto C-639/17: Petición de decisión prejudicial planteada por la Augstākā tiesa (Letonia) el 15 de noviembre de 2017 – SIA «KPMG Baltics», likvidējamās AS «Latvijas Krājbanka» administratore, DOUE, C, núm. 52, de 12 de febrero de 2018.

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

202. Asunto C-84/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 26 de julio de 2017 – Continental Reifen Deutschland GmbH / Compagnie générale des établissements Michelin, Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Marca figurativa que incluye el elemento denominativo «XKING» – Oposición del titular de las marcas nacionales y del registro internacional que incluyen el elemento denominativo «X» – Desestimación de la oposición por la Sala de Recurso – Riesgo de confusión – Desnaturalización de las pruebas], DOUE, C, núm. 309, de 18 de septiembre de 2017.
203. Asunto C-182/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de julio de 2017 – Meica Ammerländische Fleischwarenfabrik Fritz Meinen GmbH & Co. KG/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Salumificio Fratelli Beretta SpA [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Marca figurativa que incluye el elemento denominativo «STICK MINIMI Beretta» – Oposición del titular de la marca denominativa de la Unión Mini Wini – Desestimación de la oposición por la Sala de Recurso de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Riesgo de confusión – Nivel de atención del público pertinente – Posición distintiva autónoma – Carácter dominante – Criterios para la apreciación de la similitud visual – Obligación de motivación], DOUE, C, núm. 309, de 18 de septiembre de 2017.
204. Asunto C-471/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de julio de 2017 – Staatliche Porzellan-Manufaktur Meissen GmbH/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Meissen Keramik GmbH (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de registro de una marca figurativa que contiene el elemento verbal «meissen» – Desestimación de la oposición – Pruebas presentadas por primera vez – Desnaturalización – Uso efectivo de las marcas anteriores – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 7, apartado 3 – Artículo 8, apartado 5 – Relación entre las marcas que han de compararse), DOUE, C, núm. 309, de 18 de septiembre de 2017.
205. Asunto T-429/17: Recurso interpuesto el 11 de julio de 2017 – Laboratoires Majorelle/EUIPO – Jardin Majorelle (LABORATOIRES MAJORELLE), DOUE, C, núm. 309, de 18 de septiembre de 2017.
206. Asunto T-438/17: Recurso interpuesto el 17 de julio de 2017 – The Scotch Whisky Association/EUIPO – José Estévez (JOHN COR), DOUE, C, núm. 309, de 18 de septiembre de 2017.

207. **Asunto T-456/17: Recurso interpuesto el 21 de julio de 2017 – Lupu/EUIPO – Dzhilangir (Djili soy original DS), DOUE, C, núm. 309, de 18 de septiembre de 2017.**
208. **Asunto T-459/17: Recurso interpuesto el 21 de julio de 2017 – Fifth Avenue Entertainment/EUIPO – Commodore Entertainment Corporation (THE COMMODORES), DOUE, C, núm. 309, de 18 de septiembre de 2017.**
209. **Asunto T-465/17: Recurso interpuesto el 26 de julio de 2017 – VKR Holding/EUIPO (VELUX), DOUE, C, núm. 309, de 18 de septiembre de 2017.**
210. **Asunto T-469/17: Recurso interpuesto el 28 de julio de 2017 – The Scotch Whisky Association/EUIPO – José Estévez (JOHN COR), DOUE, C, núm. 309, de 18 de septiembre de 2017.**
211. **Asunto T-470/17: Recurso interpuesto el 26 de julio de 2017 – Sensotek/EUIPO – Senso Technologie (sensotek), DOUE, C, núm. 309, de 18 de septiembre de 2017.**
212. **Asunto T-471/17: Recurso interpuesto el 28 de julio de 2017 – Edison/EUIPO (EDISON), DOUE, C, núm. 309, de 18 de septiembre de 2017.**
213. **Asunto T-488/17: Recurso interpuesto el 3 de agosto de 2017 – Ghost – Corporate Management/EUIPO (Dry Zone), DOUE, C, núm. 309, de 18 de septiembre de 2017.**
214. **Asunto T-489/17: Recurso interpuesto el 2 de agosto de 2017 – Windspiel Manufaktur/EUIPO (Representación de un tapón de botella), DOUE, C, núm. 309, de 18 de septiembre de 2017.**
215. **Asunto T-13/16: Auto del Tribunal General de 18 de julio de 2017 – Gauff/EUIPO – H. P. Gauff Ingenieure (GAUFF), DOUE, C, núm. 309, de 18 de septiembre de 2017.**
216. **Asunto T-260/17: Auto del Tribunal General de 7 de julio de 2017 – Bank of New York Mellon/EUIPO – Nixen Partners (NEXEN PULSE), DOUE, C, núm. 309, de 18 de septiembre de 2017.**
217. **Asunto T-336/17: Recurso interpuesto el 30 de mayo de 2017 – The GB Foods/EUIPO – Yatecomeré (YATEKOMO), DOUE, C, núm. 318, de 25 de septiembre de 2017.**
218. **Asunto T-424/17: Recurso interpuesto el 10 de julio de 2017 – Fruit of the Loom/EUIPO – Takko (FRUIT), DOUE, C, núm. 318, de 25 de septiembre de 2017.**
219. **Asunto T-434/17: Recurso interpuesto el 12 de julio de 2017 – younique/EUIPO – Jafer Enterprises R&D (younique products), DOUE, C, núm. 318, de 25 de septiembre de 2017.**

220. Asunto T-486/17: Recurso interpuesto el 2 de agosto de 2017 – Foodterapia/EUIPO – Cloetta Italia (DIETOX), DOUE, C, núm. 318, de 25 de septiembre de 2017.
221. Asunto T-495/17: Recurso interpuesto el 26 de julio de 2017 – Sedes Holding/EUIPO (gratis), DOUE, C, núm. 318, de 25 de septiembre de 2017.
222. Asunto T-496/17: Recurso interpuesto el 28 de julio de 2017 – Sedes Holding/EUIPO (gratis), DOUE, C, núm. 318, de 25 de septiembre de 2017.
223. Asunto C-327/17 P: Recurso de casación interpuesto el 31 de mayo de 2017 por Cryo-Save AG contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 23 de marzo de 2017 en el asunto T-239/15, Cryo-Save AG/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 330, de 2 de octubre de 2017.
224. Asunto T-463/17: Recurso interpuesto el 25 de julio de 2017 – Raise Conseil/EUIPO – Raizers (RAISE), DOUE, C, núm. 330, de 2 de octubre de 2017.
225. Asunto T-472/17: Recurso interpuesto el 31 de julio de 2017 – Wilhelm Sihm jr./EUIPO – in-edit (Camele'on), DOUE, C, núm. 330, de 2 de octubre de 2017.
226. Asunto T-533/17: Recurso interpuesto el 11 de agosto de 2017 – Next design+produktion/EUIPO – Nanu-Nana Joachim Hoepf (nuuna), DOUE, C, núm. 330, de 2 de octubre de 2017.
227. Asunto T-546/17: Recurso interpuesto el 11 de agosto de 2017 – Haufe-Lexware/EUIPO – Le Shi Holdings (Pekín) (Leshare), DOUE, C, núm. 338, de 9 de octubre de 2017.
228. Asunto T-562/17: Recurso interpuesto el 17 de agosto de 2017 – dm-drogerie markt/EUIPO – Albea Services (ALBEA), DOUE, C, núm. 338, de 9 de octubre de 2017.
229. Asunto T-583/17: Recurso interpuesto el 25 de agosto de 2017 – EOS Deutscher Inkasso-Dienst/EUIPO – IOS Finance EFC (IOS finance), DOUE, C, núm. 338, de 9 de octubre de 2017.
230. Asunto T-209/17: Auto del Tribunal General de 23 de agosto de 2017 – ZGS/EUIPO (Schülerhilfe1), DOUE, C, núm. 338, de 9 de octubre de 2017.
231. Asunto C-325/17 P: Recurso de casación interpuesto el 31 de mayo de 2017 por Windrush Aka LLP contra la sentencia del Tribunal General (Sala Primera) dictada el 22 de marzo de 2017 en el asunto T-336/15, Windrush Aka LLP/EUIPO, DOUE, C, núm. 347, de 16 de octubre de 2017.
232. Asunto C-340/17 P: Recurso de casación interpuesto el 7 de junio de 2017 por Alcohol Countermeasure Systems (International) Inc. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Primera) dictada el

- 29 de marzo de 2017 en el asunto T-638/15, Alcohol Countermeasure Systems (International)/EUIPO, DOUE, C, núm. 347, de 16 de octubre de 2017.
233. Asunto T-548/17: Recurso interpuesto el 16 de agosto de 2017 – VF International/EUIPO – Virmani (ANOKHI), DOUE, C, núm. 347, de 16 de octubre de 2017.
234. Asunto T-556/17: Recurso interpuesto el 17 de agosto de 2017 – Staropilsen/EUIPO – Pivovary Staropramen (STAROPILSEN; STAROPLZEN), DOUE, C, núm. 347, de 16 de octubre de 2017.
235. Asunto T-561/17: Recurso interpuesto el 15 de agosto de 2017 – L-Shop-Team/EUIPO (bags2GO), DOUE, C, núm. 347, de 16 de octubre de 2017.
236. Asunto T-565/17: Recurso interpuesto el 18 de agosto de 2017 – CheapFlights International/EUIPO – Momondo Group (Cheapflights), DOUE, C, núm. 347, de 16 de octubre de 2017.
237. Asunto T-567/17: Recurso interpuesto el 21 de Agosto de 2017 – Disney Enterprises/EUIPO – Di Molfetta (DISNEY FROZEN), DOUE, C, núm. 347, de 16 de octubre de 2017.
238. Asunto T-587/17: Recurso interpuesto el 28 de agosto de 2017 – Unigroup/EUIPO – Pronova Laboratories (nailicin), DOUE, C, núm. 347, de 16 de octubre de 2017.
239. Asunto C-139/17 P: Recurso de casación interpuesto el 17 de enero de 2017 por QuaMa Quality Management GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 20 de marzo de 2017 en el asunto T-225/15, QuaMa Quality Management GmbH/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 357, de 23 de octubre de 2017.
240. Asunto T-374/15: Sentencia del Tribunal General de 7 de septiembre de 2017 – VM/EUIPO –DAT Vermögensmanagement (Vermögensmanufaktur) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Vermögensmanufaktur – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 357, de 23 de octubre de 2017.
241. Asunto T-572/15: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2017 – Aldi/EUIPO – Rouard (GOURMET) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión GOURMET – Marca figurativa anterior de la Unión ORIGINE GOURMET – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Suspensión del procedimiento administrativo – Regla 20, apartado 7, letra c), del Reglamento (CE) núm. 2868/95»], DOUE, C, núm. 357, de 23 de octubre de 2017.

242. Asunto T-548/16: Auto del Tribunal General de 6 de septiembre de 2017 – Clarke/EUIPO, DOUE, C, núm. 357, de 23 de octubre de 2017.
243. Asunto T-549/16: Auto del Tribunal General de 6 de septiembre de 2017 – Paphanasiou/EUIPO, DOUE, C, núm. 357, de 23 de octubre de 2017.
244. Asunto T-550/16: Auto del Tribunal General de 6 de septiembre de 2017 – Dickmanns/EUIPO, DOUE, C, núm. 357, de 23 de octubre de 2017.
245. Asunto C-218/17 P: Recurso de casación interpuesto el 26 de abril de 2017 por Natural Instinct Ltd contra la sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) dictada el 15 de febrero de 2017 en el asunto T-30/16: M. I. Industries/EUIPO – Natural Instinct, DOUE, C, núm. 369, de 30 de octubre de 2017.
246. Asunto T-768/15: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2017 – RP Technik/EUIPO – Tecnomarmi (RP ROYAL PALLADIUM) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Marca figurativa de la Unión RP ROYAL PALLADIUM – Marca denominativa anterior de la Unión RP – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 369, de 30 de octubre de 2017.
247. Asunto T-86/16: Sentencia del Tribunal General de 18 de septiembre de 2017 – Codorníu/EUIPO – Bodegas Altún (ANA DE ALTUN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ANA DE ALTUN – Marca nacional figurativa anterior ANNA – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 369, de 30 de octubre de 2017.
248. Asunto T-103/16: Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2017 – Aldi Einkauf/EUIPO – Weetabix (Alpenschmaus) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Alpenschmaus – Marca denominativa anterior de la Unión ALPEN – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 369, de 30 de octubre de 2017.
249. Asunto T-276/16: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2017 – Viridis Pharmaceutical/EUIPO – Hecht-Pharma (Boswelan) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión Boswelan – Declaración de caducidad – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de uso efectivo de la marca – Ausencia de causas justificativas para la falta de uso»], DOUE, C, núm. 369, de 30 de octubre de 2017.
250. Asunto T-305/16: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2017 – Lidl Stiftung/EUIPO – Primark Holdings (LOVE TO

- LOUNGE)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión LOVE TO LOUNGE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Examen de oficio de los hechos – Artículo 76 del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 369, de 30 de octubre de 2017.
251. **Asunto T-315/16: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2017 – Tamasu Butterfly Europa/EUIPO – adp Gauselmann (Butterfly)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Butterfly – Marca denominativa de la Unión y nombre comercial nacional anteriores Butterfly – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartados 1, letra b), 4 y 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 369, de 30 de octubre de 2017.
252. **Asunto T-421/16: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2017 – sheepworld/EUIPO (Beste Oma)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Beste Oma – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 369, de 30 de octubre de 2017.
253. **Asunto T-422/16: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2017 – sheepworld/EUIPO (Beste Mama)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Beste Mama – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 369, de 30 de octubre de 2017.
254. **Asunto T-449/16: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2017 – sheepworld/EUIPO (Bester Opa)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Bester Opa – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 369, de 30 de octubre de 2017.
255. **Asunto T-450/16: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2017 – sheepworld/EUIPO (Beste Freunde)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Beste Freunde – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 369, de 30 de octubre de 2017.
256. **Asunto T-451/16: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2017 – sheepworld/EUIPO (Bester Papa)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Bester Papa – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 369, de 30 de octubre de 2017.

257. Asunto T-452/16: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2017 – sheepworld/EUIPO (Beste Freundin) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Beste Freundin – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 369, de 30 de octubre de 2017.
258. Asunto T-90/17: Auto del Tribunal General de 12 de septiembre de 2017 – Gelinova Group/EUIPO – Cloetta Italia (galatea...è naturale) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 369, de 30 de octubre de 2017.
259. Asunto T-604/17: Recurso interpuesto el 5 de septiembre de 2017 – Thun/EUIPO (Figurita de un pez), DOUE, C, núm. 369, de 30 de octubre de 2017.
260. Asunto T-608/17: Recurso interpuesto el 6 de septiembre de 2017 – Grupo Bimbo/EUIPO – DF World of Spices (TAKIS FUEGO), DOUE, C, núm. 369, de 30 de octubre de 2017.
261. Asunto T-350/13: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2017 – Jordi Nogues/EUIPO – Grupo Osborne (BADTORO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión BADTORO – Marcas denominativas de la Unión y figurativa nacional anteriores TORO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Similitud entre los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.
262. Asunto T-214/15: Sentencia del Tribunal General de 21 de septiembre de 2017 – Novartis/EUIPO – Meda (Zymara) [Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Zymara – Marca denominativa anterior de la Unión FEMARA – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 – Artículo 76, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009], DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.
263. Asunto T-238/15: Sentencia del Tribunal General de 21 de septiembre de 2017 – Novartis/EUIPO – Meda (Zimara) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Zimara – Marca denominativa anterior de la Unión FEMARA – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 – Artículo 76, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009 – Obligación de pronunciarse sobre la totalidad del recurso – Artículo 64, apartado 1, primera frase, del Reglamento núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.

264. Asunto T-386/15: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2017 – Jordi Nogues/EUIPO – Grupo Osborne (BADTORO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión BADTORO – Marcas figurativa y denominativa anteriores de la Unión TORO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Similitud entre los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Suspensión del procedimiento administrativo – Regla 20, apartado 7, letra c), del Reglamento (CE) núm. 2868/95»], DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.
265. Asunto T-586/15: Sentencia del Tribunal General de 22 de septiembre de 2017 – Nara Tekstil Sanayi Ve Ticaret/EUIPO – NBC Fourth Realty (NaraMaxx) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión NaraMaxx – Marca nacional denominativa anterior MAXX – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.
266. Asunto T-609/15: Sentencia del Tribunal General de 21 de septiembre de 2017 – Repsol YPF/EUIPO – Basic (BASIC) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión BASIC – Nombres comerciales nacionales anteriores basic y basic AG – Motivo de denegación relativo – Utilización en el tráfico económico de un signo cuyo alcance no es únicamente local – Artículo 8, apartado 4, y artículo 53, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.
267. Asunto T-83/16: Sentencia del Tribunal General de 26 de septiembre de 2017 – Banca Monte dei Paschi di Siena y Banca Widiba/EUIPO – ING-DIBa (WIDIBA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión WIDIBA – Marca nacional denominativa anterior DiBa – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Inadmisibilidad del recurso interpuesto ante la Sala de Recurso – Solicitud de restitutio in integrum – Deber de diligencia»], DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.
268. Asunto T-84/16: Sentencia del Tribunal General de 26 de septiembre de 2017 – Banca Monte dei Paschi di Siena y Banca Widiba/EUIPO – ING-DIBa (widiba) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión widiba – Marca nacional denominativa anterior DiBa – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Inadmisibilidad del recurso interpuesto ante la Sala de Recurso – Solicitud de restitutio in integrum – Deber de diligencia»], DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.

269. Asunto T-454/16: Sentencia del Tribunal General de 22 de septiembre de 2017 – Arrigoni/EUIPO – Arrigoni Battista (Arrigoni Valtaleggio) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa Arrigoni Valtaleggio – Marca nacional figurativa anterior ARRIGONI – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 57, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.
270. Asunto T-620/16: Sentencia del Tribunal General de 21 de septiembre de 2017 – The Logistical Approach/EUIPO – Idea Groupe (Idealogistic) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Idealogistic – Marca nacional denominativa anterior idéa logistique – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Examen de oficio de los hechos – Artículo 76, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.
271. Asunto T-789/16: Sentencia del Tribunal General de 21 de septiembre de 2017 – InvoiceAuction B2B/EUIPO (INVOICE AUCTION) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión INVOICE AUCTION – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.
272. Asunto T-581/17: Recurso interpuesto el 25 de agosto de 2017 – Asics/EUIPO – Van Lieshout textile Agenturen (Representación de cuatro líneas cruzadas), DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.
273. Asunto T-584/17: Recurso interpuesto el 24 de agosto de 2017 – Primart/EUIPO – Bolton Cile España (PRIMART Marek Łukasiewicz), DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.
274. Asunto T-601/17: Recurso interpuesto el 31 de agosto de 2017 – Rubik’s Brand/EUIPO – Simba Toys (Forma de un cubo), DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.
275. Asunto T-611/17: Recurso interpuesto el 7 de septiembre de 2017 – All Star/EUIPO – Carrefour Hypermarchés (Forma de una suela de zapato), DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.
276. Asunto T-644/17: Recurso interpuesto el 20 de septiembre de 2017 – DNV GL/EUIPO (Sustainable), DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.
277. Asuntos acumulados C-673/15 P a C-676/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de septiembre de 2017 – The Tea Board/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Delta Lingerie [Recurso de casación – Marca

de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Marcas denominativas y figurativas que contienen el elemento denominativo «darjeeling» o «darjeeling colección de lencería» – Oposición del titular de marcas colectivas de la Unión Europea – Marcas colectivas formadas por la indicación geográfica «Darjeeling» – Artículo 66, apartado 2 – Función esencial – Conflicto con solicitudes de marcas individuales – Riesgo de confusión – Concepto – Similitud entre productos o servicios – Criterios de apreciación – Artículo 8, apartado 5], DOUE, C, núm. 382, de 13 de noviembre de 2017.

278. Asunto C-56/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de septiembre de 2017 – Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO)/Instituto dos Vinhos do Douro e do Porto IP, Bruichladdich Distillery Co. Ltd [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 4, y artículo 53, apartado 1, letra c), y apartado 2, letra d) – Marca denominativa de la Unión PORT CHARLOTTE – Solicitud de nulidad de dicha marca – Protección concedida a las denominaciones de origen anteriores «Porto» y «Port» en virtud del Reglamento (CE) núm. 1234/2007 y del Derecho nacional – Carácter exhaustivo de la protección concedida a estas denominaciones de origen – Artículo 118 quaterdecies del Reglamento (CE) núm. 1234/2007 – Conceptos de «utilización» y de «evocación» de una denominación de origen protegida], DOUE, C, núm. 382, de 13 de noviembre de 2017.
279. Asunto C-158/17 P: Recurso de casación interpuesto el 29 de marzo de 2017 por Anton Riemerschmid Weinbrennerei und Likörfabrik GmbH & Co. KG contra la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 25 de enero de 2017 en el asunto T-187/16, Anton Riemerschmid Weinbrennerei und Likörfabrik GmbH & Co. KG/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 382, de 13 de noviembre de 2017.
280. Asunto T-411/15: Sentencia del Tribunal General de 4 de octubre de 2017 – Gappol Marzena Porczyńska/EUIPO – Gap (ITM) (GAPPOL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión GAPPOL – Marca denominativa anterior de la Unión GAP – Adhesión al recurso – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente, artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Notoriedad – Provecho indebidamente obtenido del carácter distintivo o de la notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001) – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 94 del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 382, de 13 de noviembre de 2017.

281. Asunto T-695/15: Sentencia del Tribunal General de 3 de octubre de 2017 – BMB/EUIPO – Ferrero (Caja para dulces) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una caja para dulces – Marca internacional tridimensional anterior – Forma de una caja estándar que puede llenarse de dulces – Riesgo de confusión – Aplicación de la normativa nacional – Artículo 25, apartado 1, letra e), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Artículo 62 y artículo 63, apartado 1, del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 382, de 13 de noviembre de 2017.
282. Asunto T-206/16: Sentencia del Tribunal General de 28 de septiembre de 2017 – Bodegas Verdúñez/EUIPO (TRES TOROS 3) [Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión TRES TOROS 3 – Motivo de denegación absoluto – Marca de vino que contiene indicaciones geográficas – Artículo 7, apartado 1, letra j), del Reglamento (CE) núm. 207/2009], DOUE, C, núm. 382, de 13 de noviembre de 2017.
283. Asunto T-453/16: Sentencia del Tribunal General de 3 de octubre de 2017 – Ellinikos Syndesmos Epicheiriseon gia ti Diacheirisi ton Diethnon Prototypon GS1/EUIPO – 520 Barcode Hellas (520Barcode Hellas) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión 520Barcode Hellas – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente, artículo 8, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Identificación de la naturaleza del signo opuesto – Otro signo anterior 520 – Identificación de los productos y servicios en los que se basa la oposición»], DOUE, C, núm. 382, de 13 de noviembre de 2017.
284. Asunto T-717/16: Sentencia del Tribunal General de 26 de septiembre de 2017 – Waldhausen/EUIPO (Representación de la silueta de una cabeza de caballo) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa la silueta de una cabeza de caballo – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 382, de 13 de noviembre de 2017.
285. Asunto T-755/16: Sentencia del Tribunal General de 26 de septiembre de 2017 – La Rocca/EUIPO (Take your time Pay After) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Take your time Pay After – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75, primera frase, del Reglamento núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 382, de 13 de noviembre de 2017.
286. Asunto T-779/16: Sentencia del Tribunal General de 28 de septiembre de 2017 – Rühland/EUIPO – 8 seasons design (Lámpara con forma de estrella) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que

representa una lámpara con forma de estrella – 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) núm. 6/2002», DOUE, C, núm. 382, de 13 de noviembre de 2017.

287. Asunto T-652/17: Recurso interpuesto el 26 de septiembre de 2017 – Eddy’s Snack Company/EUIPO – Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Eddy’s Snackcompany), DOUE, C, núm. 382, de 13 de noviembre de 2017.
288. Asunto T-668/17: Recurso interpuesto el 27 de septiembre de 2017 – Maico Holding/EUIPO – Eico (Eico), DOUE, C, núm. 382, de 13 de noviembre de 2017.
289. Asunto T-393/16: Auto del Tribunal General de 13 de septiembre de 2017 – Omnicom International Holdings/EUIPO – eBay (dA/tA/bA/y), DOUE, C, núm. 382, de 13 de noviembre de 2017.
290. Asunto T-394/16: Auto del Tribunal General de 13 de septiembre de 2017 – Omnicom International Holdings/EUIPO – eBay (DATABAY), DOUE, C, núm. 382, de 13 de noviembre de 2017.
291. Asuntos acumulados C-361/15 P y C-405/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 21 de septiembre de 2017 – Easy Sanitary Solutions BV/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Group Nivelles NV [Recurso de casación – Propiedad intelectual – Dibujos o modelos comunitarios – Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Artículo 5 – Novedad – Artículo 6 – Carácter singular – Artículo 7 – Divulgación – Artículo 63 – Competencias de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) en la aportación de la prueba – Carga de la prueba que incumbe al solicitante de nulidad – Requisitos vinculados a la reproducción del dibujo o modelo anterior – Dibujo que representa un canal de evacuación de ducha – Desestimación por la Sala de Recurso de la solicitud de nulidad], DOUE, C, núm. 392, de 20 de noviembre de 2017.
292. Asunto T-126/16: Sentencia del Tribunal General de 4 de octubre de 2017 – 1. FC Köln/EUIPO (SPÜRBAR ANDERS.) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión SPÜRBAR ANDERS. – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 392, de 20 de noviembre de 2017.
293. Asunto T-139/16: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2017 – SDSR/EUIPO – Berghaus (BERG OUTDOOR) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marque figurativa BERG OUTDOOR – Marcas denominativas anteriores de la Unión BERGHAUS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artí-

- culo 8, apartado 1 letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 392, de 20 de noviembre de 2017.
294. Asunto T-143/16: Sentencia del Tribunal General de 4 de octubre de 2017 – Intesa Sanpaolo/EUIPO – Intesia Group Holding (INTESA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión INTESA – Artículo 51, apartados 1, letra a), y 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartados 1, letra a), y 2, del Reglamento UE 2017/1001] – Falta de uso efectivo de la marca»], DOUE, C, núm. 392, de 20 de noviembre de 2017.
295. Asunto T-176/16: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2017 – Kofola ČeskoSlovensko/EUIPO – Mionetto (UGO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión UGO – Marca figurativa anterior de la Unión il UGO! – Renuncia parcial a la marca anterior – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 392, de 20 de noviembre de 2017.
296. Asunto T-336/16: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2017 – Versace 19.69 Abbigliamento Sportivo/EUIPO – Gianni Versace (VERSACE 19.69 ABBIGLIAMENTO SPORTIVO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión VERSACE 19.69 ABBIGLIAMENTO SPORTIVO – Marca denominativa anterior de la Unión VERSACE – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009]», DOUE, C, núm. 392, de 20 de noviembre de 2017.
297. Asunto T-337/16: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2017 – Versace 19.69 Abbigliamento Sportivo/EUIPO – Gianni Versace (VERSACCINO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión VERSACCINO – Marca denominativa anterior de la Unión VERSACE – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009]», DOUE, C, núm. 392, de 20 de noviembre de 2017.
298. Asunto T-36/17: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2017 – Forest Pharma/EUIPO – Ipsen Pharma (COLINEB) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión COLINEB – Marca nacional figurativa anterior Colina – Motivo de denegación relati-

vo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Amplitud del examen que debe efectuar la Sala de Recurso – Artículo 76, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 95, apartado 1, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 392, de 20 de noviembre de 2017.

299. Asunto T-402/16: Auto del Tribunal General de 20 de septiembre de 2017 – Berliner Stadtwerke/EUIPO (berlinGas) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión berlinGas – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 392, de 20 de noviembre de 2017.
300. Asunto T-719/16: Auto del Tribunal General de 20 de septiembre de 2017 – Berliner Stadtwerke/EUIPO (berlinWärme) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión berlinWärme – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 392, de 20 de noviembre de 2017.
301. Asunto T-40/17: Auto del Tribunal General de 20 de septiembre de 2017 – Habermas/EUIPO – Here Global (h) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 392, de 20 de noviembre de 2017.
302. Asunto T-647/17: Recurso interpuesto el 22 de septiembre de 2017 – Serendipity y otros/EUIPO – CKL Holdings (CHIARA FERRAGNI), DOUE, C, núm. 392, de 20 de noviembre de 2017.
303. Asunto T-700/15: Auto del Tribunal General de 18 de septiembre de 2017 – Volfas Engelman/EUIPO – Rauch Fruchtsäfte (BRAVORO PINTA), DOUE, C, núm. 392, de 20 de noviembre de 2017.
304. Asunto T-299/16: Auto del Tribunal General de 26 de septiembre de 2017 – Scheffler/EUIPO – Doc Generici (docfauna), DOUE, C, núm. 392, de 20 de noviembre de 2017.
305. Asunto C-437/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 5 de octubre de 2017 – Wolf Oil Corp. / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), SCT Lubricants UAB (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa CHEMPIOIL – Marca figurativa anterior CHAMPION – Desestimación de la oposición), DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.

306. Asunto T-211/14 RENV: Sentencia del Tribunal General de 10 de octubre de 2017 – Klement/EUIPO – Bullerjan (Forma de un horno) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca tridimensional de la Unión – Forma de un horno – Uso efectivo de la marca – Artículo 15, apartado 1, párrafo segundo, letra a), y artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Naturaleza del uso de la marca – Forma que difiere en elementos que no alteran su carácter distintivo»], DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
307. Asunto T-233/15: Sentencia del Tribunal General de 10 de octubre de 2017 – Cofra/EUIPO – Armand Thiery (1841) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión 1841 – Marca denominativa nacional anterior AD-1841-TY – Motivo de denegación relativo – Uso efectivo de la marca anterior – Consideración de pruebas complementarias – Artículo 57, apartado 2, y artículo 76, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 64, apartado 2, y artículo 95, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Regla 40, apartado 6, del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 19, apartado 2, del Reglamento Delegado (UE) 2017/1430] – Artículo 15, apartado 1, párrafo segundo, letra a), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 18, apartado 1, párrafo segundo, letra a), el Reglamento 2017/1001] – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
308. Asunto T-670/15: Sentencia del Tribunal General de 11 de octubre de 2017 – Osho Lotus Commune/EUIPO – Osho International Foundation (OSHO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión OSHO – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter descriptivo – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Marca que no es contraria al orden público – Artículo 7, apartado 1, letra f), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra f), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
309. Asunto T-184/16: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2017 – NRJ Group/EUIPO – Sky International (SKY ENERGY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión SKY ENERGY – Marca denominativa anterior de la Unión NRJ – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
310. Asunto T-316/16: Sentencia del Tribunal General de 12 de octubre de 2017 – Moravia Consulting/EUIPO – Citizen Systems Europe (SDC-554S) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de

oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión SDC-554S – Marca nacional denominativa anterior no registrada SDC-554S – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Prueba del contenido del Derecho nacional – Regla 19, apartado 2, letra d), del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 7, apartado 2, letra d), del Reglamento Delegado (UE) 2017/1430] – Presentación de pruebas por primera vez ante la Sala de Recurso – Facultad de apreciación de la Sala de Recurso – Artículo 76, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 95, apartado 2, del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.

311. Asunto T-317/16: Sentencia del Tribunal General de 12 de octubre de 2017 – Moravia Consulting/EUIPO – Citizen Systems Europe (SDC-888TII RU) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión SDC-888TII RU – Marca nacional denominativa anterior no registrada SDC-888TII RU – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Prueba del contenido del Derecho nacional – Regla 19, apartado 2, letra d), del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 7, apartado 2, letra d), del Reglamento Delegado (UE) 2017/1430] – Presentación de pruebas por primera vez ante la Sala de Recurso – Facultad de apreciación de la Sala de Recurso – Artículo 76, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 95, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
312. Asunto T-318/16: Sentencia del Tribunal General de 12 de octubre de 2017 – Moravia Consulting/EUIPO – Citizen Systems Europe (SDC-444S) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión SDC-444S – Marca nacional denominativa anterior no registrada SDC-444S – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Prueba del contenido del Derecho nacional – Regla 19, apartado 2, letra d), del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 7, apartado 2, letra d), del Reglamento Delegado (UE) 2017/1430] – Presentación de pruebas por primera vez ante la Sala de Recurso – Facultad de apreciación de la Sala de Recurso – Artículo 76, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 95, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
313. Asunto T-382/16: Sentencia del Tribunal General de 10 de octubre de 2017 – Asna/EUIPO – Wings Software (ASNA WINGS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión ASNA WINGS – Marca Benelux denominativa anterior WINGS – Motivo de denegación relativo –

- Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento 2017/1001] – Elementos probatorios presentados por primera vez ante el Tribunal General», DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
314. Asunto T-386/16: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2017 – Falegnameria Universo dei F.lli Priarollo/EUIPO – Zanini Porte (silente PORTE & PORTE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión «silente PORTE & PORTE» – Uso efectivo – Lugar del uso – Naturalidad del uso – Uso por terceros – Declaración de caducidad – Derecho de defensa – Artículos 75 y 76 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 207/2009», DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
315. Asunto T-434/16: Sentencia del Tribunal General de 13 de octubre de 2017 – Sensi Vigne & Vini/EUIPO – El Grifo (CONTADO DEL GRIFO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión CONTADO DEL GRIFO – Marca figurativa anterior de la Unión EL GRIFO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
316. Asunto T-704/16: Sentencia del Tribunal General de 17 de octubre de 2017 – Murka/EUIPO (SCATTER SLOTS) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión SCATTER SLOTS – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 3, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
317. Asunto T-878/16: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2017 – Karelia/EUIPO (KARELIA) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión KARELIA – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
318. Asunto T-651/17: Recurso interpuesto el 22 de septiembre de 2017 – Sata/EUIPO – Zhejiang Auarita Pneumatic Tools (Pistola de pintura), DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.

319. Asunto T-655/17: Recurso interpuesto el 25 de septiembre de 2017 – Inditex/EUIPO – Ansell (ZARA TANZANIA ADVENTURES), DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
320. Asunto T-656/17: Recurso interpuesto el 25 de septiembre de 2017 – Sumol + Compal Marcas/EUIPO – Jacob (Dr. Jacob’s essentials), DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
321. Asunto T-665/17: Recurso interpuesto el 27 de septiembre de 2017 – China Construction Bank/EUIPO – Groupement des cartes bancaires (CCB), DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
322. Asunto T-672/17: Recurso interpuesto el 25 de septiembre de 2017 – Mamas and Papas/EUIPO – Wall-Budden (Amortiguadores para cunas), DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
323. Asunto T-681/17: Recurso interpuesto el 2 de octubre de 2017 – Khadi and Village Industries Commission/EUIPO – BNP Best Natural Products (Khadi), DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
324. Asunto T-682/17: Recurso interpuesto el 2 de octubre de 2017 – Khadi and Village Industries Commission/EUIPO – BNP Best Natural Products (khadi Naturprodukte aus Indien), DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
325. Asunto T-683/17: Recurso interpuesto el 2 de octubre de 2017 – Khadi and Village Industries Commission/EUIPO – BNP Best Natural Products (Khadi Ayurveda), DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
326. Asunto T-691/17: Recurso interpuesto el 28 de septiembre de 2017 – hoechstmass Balzer/EUIPO (Forma de una cinta métrica), DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
327. Asunto T-694/17: Recurso interpuesto el 10 de octubre de 2017 – Link Entertainment/EUIPO – García-Sanjuan Machado (SAVORY DELICIOUS ARTISTS & EVENTS), DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
328. Asunto T-74/17: Auto del Tribunal General de 2 de octubre de 2017 – Danjaq/EUIPO – Formosan (Shaken, not stirred), DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
329. Asunto C-501/15 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 11 de octubre de 2017 – Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) / Cactus SA, Isabel Del Río Rodríguez [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Marca figurativa que incluye los elementos denominativos «CACTUS OF PEACE CACTUS DE LA PAZ» – Oposición del titular de las marcas denominativa y figurativa de la Unión que incluyen el elemento denominativo «Cactus» – Clasificación de Niza – Artículo 28 – Artículo 15, apartado 1, párrafo

segundo, letra a) – Uso efectivo de la marca en una forma abreviada], DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.

330. Asunto C-224/17 P: Recurso de casación interpuesto el 27 de abril de 2017 por Hernández Zamora, S. A., contra la sentencia del Tribunal General (Sala Novena) dictada el 17 de febrero de 2017 en el asunto T-369/15, Hernández Zamora, S. A. / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.
331. Asunto C-433/17 P: Recurso de casación interpuesto el 17 de julio de 2017 por Enercon GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) dictada el 3 de mayo de 2017 en el asunto T-36/16, Enercon/EUIPO, DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.
332. Asunto C-224/17 P: Recurso de casación interpuesto el 27 de abril de 2017 por Hernández Zamora, S. A., contra la sentencia del Tribunal General (Sala Novena) dictada el 17 de febrero de 2017 en el asunto T-369/15, Hernández Zamora, S. A. / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.
333. Asunto C-433/17 P: Recurso de casación interpuesto el 17 de julio de 2017 por Enercon GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) dictada el 3 de mayo de 2017 en el asunto T-36/16, Enercon/EUIPO, DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.
334. Asunto T-7/15: Sentencia del Tribunal General de 19 de octubre de 2017 – Leopard/EUIPO – Smart Market (LEOPARD true racing) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión LEOPARD true racing – Marca figurativa anterior de la Unión leopard CASA Y JARDIN – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.
335. Asunto T-736/15: Sentencia del Tribunal General de 19 de octubre de 2017 – Aldi/EUIPO – Sky (SKYLITE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión skylite – Marca denominativa anterior de la Unión SKY – Prueba del uso de la marca anterior – Artículos 15, apartado 1, y 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente, artículos 18, apartado 1, y 47, apartados 2 y 3, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Regla 22, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 2868/1995 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente, artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.
336. Asunto T-202/16: Sentencia del Tribunal General de 24 de octubre de 2017 – Keturi kambariai/EUIPO – Coffee In (coffee inn) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión coffee inn – Marca

nacional figurativa anterior coffee in – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 47, apartado 2, del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.

337. Asunto T-404/16: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2017 – Galletas Gullón/EUIPO – O2 Holdings (Forma de un paquete de galletas) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca tridimensional de la Unión – Forma de un paquete de galletas – Declaración de caducidad – Importancia del uso – No alteración del carácter distintivo»), DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.
338. Asunto T-418/16: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2017 – Galletas Gullón/EUIPO – O2 Holdings (Forma de un paquete de galletas) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca tridimensional de la Unión – Forma de un paquete de galletas – Declaración de caducidad – Importancia del uso – No alteración del carácter distintivo»), DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.
339. Asunto T-441/16: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2017 – Tetra Pharm (1997)/EUIPO – Sebapharma (SeboCalm) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión SeboCalm – Marca denominativa anterior de la Unión Sebotherm – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.
340. Asunto T-683/16: Sentencia del Tribunal General de 19 de octubre de 2017 – Kuka Systems/EUIPO (MATRIX BODY SHOP) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión MATRIX BODY SHOP – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.
341. Asunto T-810/16: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2017 – Barmenia Krankenversicherung/EUIPO (Mediline) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de registro de la marca denominativa de la Unión Mediline – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 7, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 2, del Reglamento 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.

342. Asunto T-87/17: Sentencia del Tribunal General de 19 de octubre de 2017 – Kuka Systems/EUIPO (Matrix light) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Matrix light – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.
343. Asunto T-684/17: Recurso interpuesto el 4 de octubre de 2017 – Amorepacific/EUIPO – Primavera Life (p primera Pure Sprout Energy), DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.
344. Asunto T-715/17: Recurso interpuesto el 11 de octubre de 2017 – Hermann Biederlack/EUIPO (Feeling home), DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.
345. Asunto C-231/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 19 de octubre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Hamburg – Alemania) – Merck KGaA / Merck & Co. Inc., Merck Sharp & Dohme Corp, MSD Sharp & Dohme GmbH [Procedimiento prejudicial – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Marca de la Unión Europea – Artículo 109, apartado 1 – Acciones civiles sobre la base de marcas de la Unión y de marcas nacionales – Litispendencia – Concepto de «los mismos hechos» – Uso del término «Merck» en nombres de dominios y en plataformas de redes sociales en Internet – Acción basada en una marca nacional seguida de una acción basada en una marca de la Unión – Inhibición – Alcance], DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.
346. Asunto C-425/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 19 de octubre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Hansruedi Raimund / Michaela Aigner (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual e industrial – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 96, letra a) – Acción por violación de marca – Artículo 99, apartado 1 – Presunción de validez – Artículo 100 – Demanda de reconversión por nulidad – Relación entre una acción por violación de marca y una demanda de reconversión por nulidad – Autonomía procesal), DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.
347. Asunto C-519/17 P: Recurso de casación interpuesto el 30 de agosto de 2017 por L'Oréal contra el auto del Tribunal General (Sala Primera) dictado el 26 de junio de 2017 en el asunto T-181/16, L'Oréal / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO, DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017).
348. Asunto C-522/17 P: Recurso de casación interpuesto el 30 de agosto de 2017 por L'Oréal contra el auto del Tribunal General (Sala Primera) dictado el 26 de junio de 2017 en el asunto T-179/16, L'Oréal / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.

349. Asunto C-523/17 P: Recurso de casación interpuesto el 30 de agosto de 2017 por L'Oréal contra el auto del Tribunal General (Sala Primera) dictado el 26 de junio de 2017 en el asunto T-180/16, L'Oréal / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.
350. Asunto C-524/17 P: Recurso de casación interpuesto el 30 de agosto de 2017 por L'Oréal contra la sentencia del Tribunal General (Sala Primera) dictada el 26 de junio de 2017 en el asunto T-182/16, L'Oréal / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.
351. Asunto C-525/17 P: Recurso de casación interpuesto el 30 de agosto de 2017 por L'Oréal contra el auto del Tribunal General (Sala Primera) dictado el 26 de junio de 2017 en el asunto T-183/16, L'Oréal / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.
352. Asunto T-685/15: Sentencia del Tribunal General de 26 de octubre de 2017 – Sulayr Global Service/EUIPO – Sulayr Calidad (sulayr GLOBAL SERVICE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión sulayr GLOBAL SERVICE – Marca nacional denominativa anterior SULAYR – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de similitud entre los servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.
353. Asunto T-330/16: Sentencia del Tribunal General de 26 de octubre de 2017 – Hello Media Group/EUIPO – Hola (#hello digitalmente diferentes) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión #hello digitalmente diferentes – Marcas anteriores de la Unión figurativas y denominativa HELLO! – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Sucesión procesal de una de las partes»], DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.
354. Asunto T-331/16: Sentencia del Tribunal General de 26 de octubre de 2017 – Hello Media Group/EUIPO – Hola (#hello media group) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión #hello media group – Marcas anteriores de la Unión figurativas y denominativa HELLO! – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.
355. Asunto T-844/16: Sentencia del Tribunal General de 26 de octubre de 2017 – Alpirsbacher Klosterbräu Glauner/EUIPO (Klosterstoff) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denomina-

- tiva de la Unión Klosterstoff – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Marca que puede inducir al público a error – Artículo 7, apartado 1, letras b), c) y g), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b), c) y g), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Práctica anterior de la EUIPO», DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.
356. Asunto T-857/16: Sentencia del Tribunal General de 26 de octubre de 2017 – Erdinger Weißbräu Werner Brombach/EUIPO (Forma de un vaso grande) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca tridimensional – Forma de un vaso grande – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.
357. Asunto T-671/17: Recurso interpuesto el 28 de septiembre de 2017 – Turbo-K International / EUIPO – Turbo-K (TURBO-K), DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.
358. Asunto C-505/17 P: Recurso de casación interpuesto el 18 de agosto de 2017 por Groupe Léa Nature contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 8 de junio de 2017 en el asunto T-341/13 RENV: Groupe Léa Nature / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 437, de 18 de diciembre de 2017.
359. Asunto T-627/15: Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2017 – Frame/EUIPO – Bianca-Moden (BIANCALUNA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión BIANCALUNA – Marca nacional figurativa anterior blanca – Economía procesal – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Identidad de los productos – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 437, de 18 de diciembre de 2017.
360. Asunto T-628/15: Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2017 – Frame/EUIPO – Bianca-Moden (Biancaluna) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Biancaluna – Denegación – Marca nacional figurativa anterior blanca – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Identidad de los productos – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 437, de 18 de diciembre de 2017.
361. Asunto T-144/16: Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2017 – Mundipharma/EUIPO – Multipharma (MULTIPHARMA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de

oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MULTIPHARMA – Marca denominativa anterior de la Unión MUNDIPHARMA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009», DOUE, C, núm. 437, de 18 de diciembre de 2017.

362. Asunto T-754/16: Sentencia del Tribunal General de 8 de noviembre de 2017 – Oakley/EUIPO – Xuebo Ye (Representación de una elipse discontinua) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de registro de una marca figurativa de la Unión que representa una silueta en forma de elipse discontinua – Marca figurativa anterior de la Unión que representa una elipse – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 437, de 18 de diciembre de 2017.
363. Asunto T-776/16: Sentencia del Tribunal General de 8 de noviembre de 2017 – Isocell/EUIPO – iCell (iCell.) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión iCell. – Marca denominativa anterior de la Unión Isocell, marca internacional denominativa anterior Isocell y marcas internacional y nacional denominativas anteriores ISOCELL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 437, de 18 de diciembre de 2017.
364. Asunto T-777/16: Sentencia del Tribunal General de 8 de noviembre de 2017 – Isocell/EUIPO – iCell (iCell. Insulation Technology Made in Sweden) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión iCell. Insulation Technology Made in Sweden – Marca denominativa anterior de la Unión Isocell, marca internacional denominativa anterior Isocell y marcas internacional y nacional denominativas anteriores ISOCELL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 437, de 18 de diciembre de 2017.
365. Asunto T-80/17: Sentencia del Tribunal General de 8 de noviembre de 2017 – Steiniger/EUIPO – ista Deutschland (IST) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión IST – Marca figurativa anterior de la Unión ISTA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Público pertinente – Similitud de los productos y servicios – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 437, de 18 de diciembre de 2017.

366. **Asunto T-657/17: Recurso interpuesto el 27 de septiembre de 2017 – Anabi Blanga/EUIPO – Polo/Lauren (HPC POLO), DOUE, C, núm. 437, de 18 de diciembre de 2017.**
367. **Asunto T-698/17: Recurso interpuesto el 11 de octubre de 2017 – Man Truck & Bus/EUIPO – Halla Holdings (MANDO), DOUE, C, núm. 437, de 18 de diciembre de 2017.**
368. **Asunto T-703/17: Recurso interpuesto el 12 de octubre de 2017 – Chipre/EUIPO – Papouis Dairies (Papouis Halloumi), DOUE, C, núm. 437, de 18 de diciembre de 2017.**
369. **Asunto T-712/17: Recurso interpuesto el 9 de octubre de 2017 – Ntolas/EUIPO – General Nutrition Investment (GN Laboratories), DOUE, C, núm. 437, de 18 de diciembre de 2017.**
370. **Asunto T-97/17: Auto del Tribunal General de 25 de octubre de 2017 – Franmax/EUIPO – R. Seelig & Hille (her-bea), DOUE, C, núm. 437, de 18 de diciembre de 2017.**
371. **Asunto T-129/16: Sentencia del Tribunal General de 14 de noviembre de 2017 – Claranet Europe/EUIPO – Claro (claranet) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión claranet – Marca Benelux denominativa anterior CLARO – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 5, de 8 de enero de 2018.**
372. **Asunto T-271/16: Sentencia del Tribunal General de 8 de noviembre de 2017 – Pempe/EUIPO – Marshall Amplification (THOMAS MARSHALL GARMENTS OF LEGENDS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión THOMAS MARSHALL GARMENTS OF LEGENDS – Marcas de la Unión denominativa y figurativa anteriores MARSHALL y Marshall AMPLIFICATION – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 47, apartados 2 y 3 del Reglamento (UE) 2017/1001] – Admisibilidad de la solicitud de prueba del uso efectivo de las marcas anteriores – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 5, de 8 de enero de 2018.**
373. **Asunto T-419/16: Sentencia del Tribunal General de 16 de noviembre de 2017 – Carrera Brands/EUIPO – Autec (Carrera) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión Carrera – Artículo 56, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 63, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Admisibilidad de la solicitud de caducidad – Acuerdo de no impugnación – Resoluciones de los órganos jurisdiccionales nacionales – Abuso**

de derecho – Regla 20, apartado 7, letra c), del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 71, apartado 1, letra a), del Reglamento Delegado (UE) 2017/1430] – Solicitud de suspensión del procedimiento ante la EUIPO», DOUE, C, núm. 5, de 8 de enero de 2018.

374. Asunto T-456/16: Sentencia del Tribunal General de 16 de noviembre de 2017 – Galletas Gullón/EUIPO – Hug (GULLON DARVIDA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión GULLON DARVIDA – Marcas internacional y nacionales denominativas anteriores DARVIDA – Presentación de documentos por vez primera ante la Sala de Recurso – Facultad de apreciación conferida por el artículo 76, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 95, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Regla 19, apartado 1, y regla 20, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 7, apartado 1, y artículo 8, apartados 1 y 7, del Reglamento Delegado (UE) 2017/1430] – Regla 50, apartado 1, del Reglamento núm. 2868/95 – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001] – Riesgo de confusión», DOUE, C, núm. 5, de 8 de enero de 2018.
375. Asunto T-684/16: Sentencia del Tribunal General de 17 de noviembre de 2017 – Ciarko/EUIPO – Maan (campana extractora de cocina) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una campana extractora de cocina – Dibujo o modelo comunitario anterior – Causa de nulidad – Falta de carácter singular – Usuario informado – Grado de libertad del autor – Falta de impresión global diferente – Artículo 6 y artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002», DOUE, C, núm. 5, de 8 de enero de 2018.
376. Asunto T-722/16: Sentencia del Tribunal General de 16 de noviembre de 2017 – Mapei/EUIPO – Steenfabrieken Vandersanden (zerø) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión zerø – Marca denominativa anterior de la Unión ZERO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 5, de 8 de enero de 2018.
377. Asunto T-723/16: Sentencia del Tribunal General de 16 de noviembre de 2017 – Mapei/EUIPO – Steenfabrieken Vandersanden (RECONzerø) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión RE-CONzerø – Marca denominativa anterior de la Unión ZERO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] –

- Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 94 del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 5, de 8 de enero de 2018.
378. Asunto T-767/16: Sentencia del Tribunal General de 16 de noviembre de 2017 – Nanogate/EUIPO (metals) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión metals – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 5, de 8 de enero de 2018.
379. Asunto T-802/16: Sentencia del Tribunal General de 17 de noviembre de 2017 – Endoceutics/EUIPO – Merck (FEMIBION) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión FEMIBION – Declaración parcial de caducidad – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Prueba del uso efectivo de la marca – Calificación de los productos para los que se ha demostrado el uso efectivo»], DOUE, C, núm. 5, de 8 de enero de 2018.
380. Asunto T-666/17: Recurso interpuesto el 29 de septiembre de 2017 – NeoCell/EUIPO (BIOACTIVE NEOCELL COLLAGEN), DOUE, C, núm. 5, de 8 de enero de 2018.
381. Asunto T-697/17: Recurso interpuesto el 4 de octubre de 2017 – De Longhi Benelux/EUIPO (COOKING CHEF GOURMET), DOUE, C, núm. 5, de 8 de enero de 2018.
382. Asunto C-542/17 P: Recurso de casación interpuesto el 14 de septiembre de 2017 por Allstate Insurance Company contra la sentencia del Tribunal General (Sala Primera) dictada el 5 de julio de 2017 en el asunto T-3/16: Allstate Insurance Company / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 13, de 15 de enero de 2018.
383. Asunto C-547/17 P: Recurso de casación interpuesto el 18 de septiembre de 2017 por Basic Net SpA contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 20 de julio de 2017, en el asunto T-612/15, Basic Net / EUIPO (Representación de tres franjas verticales), DOUE, C, núm. 13, de 15 de enero de 2018.
384. Asunto T-403/16: Sentencia del Tribunal General de 20 de noviembre de 2017 – Stada Arzneimittel/EUIPO – Urgo recherche innovation et developpement (Immunostad) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Solicitud de marca denominativa de la Unión Immunostad – Marca nacional denominativa anterior ImmunoStim – Motivo de denegación relativo – Similitud entre las marcas – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Parte significativa del público pertinente – Obliga-

ción de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 94 del Reglamento 2017/1001)», DOUE, C, núm. 13, de 15 de enero de 2018.

385. Asunto T-465/16: Sentencia del Tribunal General de 20 de noviembre de 2017 – Cotécnica/EUIPO – Visán Industrias Zootécnicas (cotécnica OPTIMA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de registro de la marca figurativa de la Unión cotécnica OPTIMA – Marca figurativa anterior de la Unión visán Optima PREMIUM PETFOOD – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 13, de 15 de enero de 2018.
386. Asunto T-771/16: Sentencia del Tribunal General de 22 de noviembre de 2017 – Toontrack Music/EUIPO (EZMIX) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión EZMIX – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Igualdad de trato y principio de buena administración», DOUE, C, núm. 13, de 15 de enero de 2018.
387. Asunto T-724/17: Recurso interpuesto el 17 de octubre de 2017 – The Vianel Group/EUIPO – Viania Dessous (VIANEL), DOUE, C, núm. 13, de 15 de enero de 2018.
388. Asunto T-736/17: Recurso interpuesto el 30 de octubre de 2017 – Lincoln Global/EUIPO (FLEXCUT), DOUE, C, núm. 13, de 15 de enero de 2018.
389. Asunto T-743/17: Recurso interpuesto el 9 de noviembre de 2017 – Bischoff/EUIPO – Miroglio Fashion (CARACTÈRE), DOUE, C, núm. 13, de 15 de enero de 2018.
390. Asunto T-437/17: Auto del Tribunal General de 14 de noviembre de 2017 – Oy Karl Fazer/EUIPO – Kraft Foods Belgium Intellectual Property (MIGNON), DOUE, C, núm. 13, de 15 de enero de 2018.
391. Asunto C-381/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 23 de noviembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo) – Salvador Benjumea Bravo de Laguna / Esteban Torras Ferrazzuolo [Procedimiento prejudicial – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Marca de la Unión Europea – Artículo 16 – Marca como objeto de propiedad – Asimilación de la marca de la Unión a la marca nacional – Artículo 18 – Cesión de una marca registrada a nombre del agente o del representante del titular de la marca – Disposición nacional que abre la posibilidad de ejercitar una acción reivindicatoria de la propiedad de una marca nacional registrada con fraude de los derechos del titular o con violación de una obligación legal o contractual – Compatibilidad con el Reglamento núm. 207/2009], DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.

392. **Asuntos acumulados T-101/15 y T-102/15: Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2017 – Red Bull/EUIPO – Optimum Mark (Combinación de los colores azul y plateado) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca de la Unión que consiste en una combinación de los colores azul y plateado – Motivo de denegación absoluto – Representación gráfica suficientemente clara y precisa – Necesidad de una disposición sistemática que asocie los colores de manera predeterminada y permanente – Confianza legítima – Artículo 4 y artículo 7, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 4 y artículo 7, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.**
393. **Asunto T-31/16: Sentencia del Tribunal General de 28 de noviembre de 2017 – adp Gauselmann/EUIPO (Juwel) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Juwel – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.**
394. **Asunto T-239/16: Sentencia del Tribunal General de 28 de noviembre de 2017 – Polskie Zdroje/EUIPO (perlage) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión perlage – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 3, del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.**
395. **Asunto T-475/16: Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2017 – FTI Touristik/EUIPO – Prantner y Giersch (Fl) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Fl – Marca figurativa anterior de la Unión fly.de – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.**
396. **Asunto T-687/16: Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2017 – Koton Mağazacılık Tekstil Sanayi ve Ticaret/EUIPO – Nadal Esteban (STYLO & KOTON) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión STYLO & KOTON – Motivo de denegación absoluto – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Inexistencia de mala fe»], DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.**

397. Asunto T-798/16: Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2017 – Hanso Holding/EUIPO (REAL) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión REAL – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y apartado 3, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
398. Asunto T-895/16: Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2017 – Toontrack Music/EUIPO (SUPERIOR DRUMMER) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión SUPERIOR DRUMMER – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
399. Asunto T-909/16: Sentencia del Tribunal General de 28 de noviembre de 2017 – Laboratorios Ern/EUIPO – Sharma (NRIM Life Sciences) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión NRIM Life Sciences – Marca nacional denominativa anterior RYM – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/2001]», DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
400. Asunto T-50/17: Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2017 – Mackevision Medien Design/EUIPO (TO CREATE REALITY) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión TO CREATE REALITY – Marca consistente en un eslogan publicitario – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
401. Asunto T-748/17: Recurso interpuesto el 15 de noviembre de 2017 – TrekStor/EUIPO – Beats Electronics (i. Beat), DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
402. Asunto T-749/17: Recurso interpuesto el 14 de noviembre de 2017 – TrekStor/EUIPO – Beats Electronics (i. Beat jess), DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
403. Asunto T-756/17: Recurso interpuesto el 13 de noviembre de 2017 – CMS Hasche Sigle/EUIPO (WORLD LAW GROUP), DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.

404. Asunto T-758/17: Recurso interpuesto el 17 de noviembre de 2017 – Perfect Bar/EUIPO (PERFECT BAR), DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
405. Asunto T-759/17: Recurso interpuesto el 17 de noviembre de 2017 – Perfect Bar/EUIPO (PERFECT Bar), DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
406. Asunto T-760/17: Recurso interpuesto el 20 de noviembre de 2017 – Meesenburg Großhandel/EUIPO (Trioherm+), DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
407. Asunto T-762/17: Recurso interpuesto el 21 de noviembre de 2017 – Grammer/EUIPO (Representación de una figura geométrica), DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
408. Asunto T-763/17: Recurso interpuesto el 21 de noviembre de 2017 – Septona/EUIPO – Intersnack Group (welly), DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
409. Asunto T-766/17: Recurso interpuesto el 23 de noviembre de 2017 – Eglo Leuchten/EUIPO – Di-Ka (Leuchtendesign), DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
410. Asunto T-767/17: Recurso interpuesto el 23 de noviembre de 2017 – Eglo Leuchten /EUIPO – Briloner Leuchten (Wandelampe), DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
411. Asunto T-769/17: Recurso interpuesto el 20 de noviembre de 2017 – roelliroelli confectionery schweiz/EUIPO – Tanner (ALPRAUSCH), DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
412. Asunto T-772/17: Recurso interpuesto el 27 de noviembre de 2017 – Café del Mar y otros/EUIPO – Guiral Broto (Café del Mar), DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
413. Asunto T-773/17: Recurso interpuesto el 27 de noviembre de 2017 – Café del Mar y otros/EUIPO – Guiral Broto (Café del Mar), DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
414. Asunto T-774/17: Recurso interpuesto el 29 de noviembre de 2017 – Café del Mar y otros/EUIPO – Guiral Broto (C del M), DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
415. Asunto T-777/17: Recurso interpuesto el 23 de noviembre de 2017 – Pan/EUIPO – Entertainment One UK (TOBBIA), DOUE, C, núm. 22, de 22 de enero de 2018.
416. Asunto C-629/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal de Justiça (Portugal) el 18 de octubre de 2017 – J. Portugal Ramos Vinhos SA / Adega Cooperativa de Borba CRL, DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
417. Asunto T-249/15: Sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2017 – JT/EUIPO – Carrasco Pirard (QUILAPAYÚN)

- [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión **QUILAPAYUN** – Motivo de denegación relativo – Marca notoriamente conocida – Artículo 8, apartado 2, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 2, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Titular de la marca»], DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
418. Asunto T-771/15: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2017 – Hochmann Marketing/EUIPO – BitTorrent (bittorrent) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión **bittorrent** – Artículo 76, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 95, apartados 1 y 2, del Reglamento (UE) 2017/1001] – No consideración de pruebas presentadas ante la División de Anulación – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
419. Asunto T-35/16: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2017 – Sony Computer Entertainment Europe/EUIPO – Vieta Audio (Vita) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión **Vita** – Uso efectivo de la marca – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Uso en relación con los productos correspondientes – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
420. Asunto T-61/16: Sentencia del Tribunal General de 7 de diciembre de 2017 – Coca-Cola/EUIPO – Mítico (Master) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión **Master** – Marcas figurativas anteriores de la Unión **Coca-Cola** y marca nacional figurativa anterior **C** – Motivo de denegación relativo – Aprovechamiento indebido de la notoriedad de las marcas anteriores – Elementos de prueba del uso en el comercio, fuera de la Unión, de un signo que contiene la marca solicitada – Deducciones lógicas – Resolución adoptada a raíz de la anulación por el Tribunal General de una resolución anterior – Artículo 8, apartado 5, y artículo 65, apartado 6, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 5, y artículo 72, apartado 6, del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
421. Asunto T-120/16: Sentencia del Tribunal General de 6 de diciembre de 2017 – Tulliallan Burlington/EUIPO – Burlington Fashion (Burlington) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa **Burlington** – Marcas nacionales denominativas anteriores **BURLINGTON** y **BURLINGTON ARCADE** – Marcas figurativas de la Unión y nacional anteriores **BURLINGTON ARCADE** – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Regla-

mento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Utilización en el comercio de un signo cuyo alcance no es meramente local – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 4, del Reglamento 2017/1001) – Beneficio obtenido indebidamente del carácter distintivo o del renombre de las marcas anteriores – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001)», DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.

422. Asunto T-121/16: Sentencia del Tribunal General de 6 de diciembre de 2017 – Tulliallan Burlington/EUIPO – Burlington Fashion (BURLINGTON THE ORIGINAL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa BURLINGTON THE ORIGINAL – Marcas nacionales denominativas anteriores BURLINGTON y BURLINGTON ARCADE – Marcas figurativas de la Unión y nacional anteriores BURLINGTON ARCADE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Utilización en el tráfico económico de un signo cuyo alcance no es únicamente local – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 4, del Reglamento 2017/1001) – Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de las marcas anteriores – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001)», DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
423. Asunto T-122/16: Sentencia del Tribunal General de 6 de diciembre de 2017 – Tulliallan Burlington/EUIPO – Burlington Fashion (Burlington) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa Burlington – Marcas nacionales denominativas anteriores BURLINGTON y BURLINGTON ARCADE – Marcas figurativas de la Unión y nacional anteriores BURLINGTON ARCADE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Utilización en el tráfico económico de un signo cuyo alcance no es únicamente local – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 4, del Reglamento 2017/1001) – Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de las marcas anteriores – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001)», DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
424. Asunto T-123/16: Sentencia del Tribunal General de 6 de diciembre de 2017 – Tulliallan Burlington/EUIPO – Burlington Fashion (BURLINGTON) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa BURLINGTON – Marcas nacionales

denominativas anteriores BURLINGTON y BURLINGTON ARCADE – Marcas figurativas de la Unión y nacional anteriores BURLINGTON ARCADE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Utilización en el tráfico económico de un signo cuyo alcance no es únicamente local – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 4, del Reglamento 2017/1001) – Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de las marcas anteriores – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.

425. Asunto T-332/16: Sentencia del Tribunal General de 7 de diciembre de 2017 – Colgate-Palmolive/EUIPO (360o) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión 360o – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
426. Asunto T-333/16: Sentencia del Tribunal General de 7 de diciembre de 2017 – Colgate-Palmolive/EUIPO (360o) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión 360o – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
427. Asunto T-622/16: Sentencia del Tribunal General de 7 de diciembre de 2017 – sheepworld/EUIPO (Alles wird gut) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Alles wird gut – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
428. Asunto T-815/16: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2017 – For Tune/EUIPO – Simplicity trade (opus AETERNATUM) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de registro de la marca figurativa de la Unión opus AETERNATUM – Marca denominativa anterior de la Unión OPUS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Regla-

- mento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
429. Asunto T-893/16: Sentencia del Tribunal General de 5 de diciembre de 2017 – Xiaomi/EUIPO – Apple (MI PAD) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MI PAD – Marca denominativa anterior de la Unión IPAD – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Similitud de los productos y servicios»], DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
430. Asunto T-886/16: Auto del Tribunal General de 23 de noviembre de 2017 – Nf Nails In Vogue/EUIPO – Nails & Beauty Factory (NAILS FACTORY) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Revocación de la decisión impugnada – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
431. Asunto T-746/17: Recurso interpuesto el 13 de noviembre de 2017 – TrekStor/EUIPO – Beats Electronics (i. Beat jump), DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
432. Asunto T-770/17: Recurso interpuesto el 24 de noviembre de 2017 – Beats Electronics/EUIPO – TrekStor (i. Beat), DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
433. Asunto T-785/17: Recurso interpuesto el 27 de noviembre de 2017 – Ilhan/EUIPO – Time Gate (SPORTSWEAR COMPANY BIG SAM), DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
434. Asunto T-787/17: Recurso interpuesto el 28 de noviembre de 2017 – Parfümerie Akzente/EUIPO (GlamHair), DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
435. Asunto T-788/17: Recurso interpuesto el 29 de noviembre de 2017 – Szabados/EUIPO – Sociedad Española de Neumología y Cirugía Torácica (Separ) (MicroSepar), DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
436. Asunto T-796/17: Recurso interpuesto el 6 de diciembre de 2017 – Mouldpro/EUIPO – Wenz Kunststoff (MOULDPRO), DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
437. Asunto C-468/17 P: Recurso de casación interpuesto el 3 de agosto de 2017 por Morton's of Chicago Inc. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 15 de mayo de 2017 en el asunto T-223/15, Morton's of Chicago / EUIPO, DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
438. Asunto C-520/17 P: Recurso de casación interpuesto el 30 de agosto de 2017 por X-cen-tek GmbH & Co. KG contra la sentencia del

Tribunal General (Sala Primera) dictada el 28 de junio de 2017 en el asunto T-470/16, X-cen-tek GmbH & Co. KG / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.

439. Asunto T-114/16: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2017 – Delfin Wellness/EUIPO – Laher (Cabinas de rayos infrarrojos y saunas) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujos o modelos comunitarios registrados que representan cabinas de rayos infrarrojos y saunas – Dibujos o modelos anteriores – Causa de nulidad – Inexistencia de novedad – Artículo 5 y artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Divulgación de dibujos o modelos anteriores a la fecha de prioridad – Artículo 7, apartados 1 y 2, del Reglamento núm. 6/2002 – Derecho a ser oído – Artículo 64, apartado 1, del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
440. Asunto T-280/16: Sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2017 – GeoClimaDesign/EUIPO – GEO (GEO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión GEO – Motivos de denegación absolutos – Carácter distintivo – Falta de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) núm. 2017/1001] – Artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
441. Asunto T-700/16: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2017 – Laboratorios Ern/EUIPO – Ascendo Medienagentur (SLIMDYNAMICS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión SLIMDYNAMICS – Marca nacional denominativa anterior DYNAMIN – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
442. Asunto T-828/16: Sentencia del Tribunal General de 14 diciembre de 2017 – Consejo Regulador «Torta del Casar»/EUIPO – Consejo Regulador «Queso de La Serena» (QUESO Y TORTA DE LA SERENA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión QUESO Y TORTA DE LA SERENA – Protección de la denominación de origen «Torta del Casar» – Motivo de denegación relativo – Artículo 2, apartado 2, artículo 3, apartado 1, y artículo 13, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 510/2006 – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.

443. Asunto T-912/16: Sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2017 – RRTec/EUIPO – Mobotec (RROFA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión RROFA – Marca denominativa anterior de la Unión ROFA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
444. Asunto T-779/17: Recurso interpuesto el 30 de noviembre de 2017 – United Wineries/EUIPO – Compañía de Vinos Miguel Martín (VIÑA ALARDE), DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
445. Asunto T-789/17: Recurso interpuesto el 29 de noviembre de 2017 – TecAlliance/EUIPO – Siemens (TecDocPower), DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
446. Asunto T-790/17: Recurso interpuesto el 5 de diciembre de 2017 – St. Andrews Links / EUIPO (ST ANDREWS), DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
447. Asunto T-791/17: Recurso interpuesto el 5 de diciembre de 2017 – St. Andrews Links / EUIPO (ST ANDREWS), DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
448. Asunto T-792/17: Recurso interpuesto el 5 de diciembre de 2017 – Man Truck & Bus/EUIPO – Halla Holdings (MANDO), DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
449. Asunto T-797/17: Recurso interpuesto el 6 de diciembre de 2017 – Star Television Productions / EUIPO – Marc Dorcel (STAR), DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
450. Asunto T-800/17: Recurso interpuesto el 11 de diciembre de 2017 – Brown Street Holdings/EUIPO – Enesan (FIGHT LIFE), DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
451. Asunto T-801/17: Recurso interpuesto el 6 de diciembre de 2017 – Dermatest/EUIPO (ORIGINAL excellent dermatest 3-star-guarantee.de), DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
452. Asunto T-802/17: Recurso interpuesto el 7 de diciembre de 2017 – Dermatest/EUIPO (ORIGINAL excellent dermatest 5-star-guarantee.de CLINICALLY TESTED), DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
453. Asunto T-803/17: Recurso interpuesto el 7 de diciembre de 2017 – Dermatest/EUIPO (ORIGINAL excellent dermatest), DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
454. Asunto T-804/17: Recurso interpuesto el 11 de diciembre de 2017 – Stada Arzneimittel/EUIPO (representación de dos arcos opuestos), DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.

455. Asunto T-808/17: Recurso interpuesto el 11 de diciembre de 2017 – Pethke/EUIPO, DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
456. Asunto T-64/17: Auto del Tribunal General de 29 de noviembre de 2017 – Lions Gate Entertainment/EUIPO (DIRTY DANCING, DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
457. Asunto C-567/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 7 de diciembre de 2017 [petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (Chancery Division) – Reino Unido] – Merck Sharp & Dohme Corporation / Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks [Procedimiento prejudicial – Propiedad industrial y comercial – Derecho de patentes – Medicamentos para uso humano – Reglamento (CE) núm. 469/2009 – Artículo 3, letra b) – Certificado complementario de protección – Requisitos para su obtención – Artículo 10, apartado 3 – Expedición del certificado o denegación de la solicitud de certificado – Directiva 2001/83/CE – Artículo 28, apartado 4 – Procedimiento descentralizado], DOUE, C, núm. 52, de 12 de febrero de 2018.
458. Asunto C-650/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundespatentgericht (Alemania) el 21 de noviembre de 2017 – QH, DOUE, C, núm. 52, de 12 de febrero de 2018.
459. Asunto C-683/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal de Justiça (Portugal) el 6 de diciembre de 2017 – Cofemel – Sociedade de Vestuário S. A. / G-Star Raw CV, DOUE, C, núm. 52, de 12 de febrero de 2018.
460. Asunto T-304/16: Sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2017 – bet365 Group/EUIPO – Hansen (BET 365) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión BET365 – Motivo de denegación absoluto – Carácter distintivo adquirido por el uso – Prueba – Uso de la marca con varios fines – Artículo 7, apartado 3, y artículo 52, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 3, y artículo 59, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 52, de 12 de febrero de 2018.
461. Asunto T-792/16: Sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2017 – N & C Franchise/EUIPO – Eschenbach Optik (OJO sunglasses) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión OJO sunglasses – Marca denominativa internacional anterior oio – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 52, de 12 de febrero de 2018.
462. Asunto T-811/17: Recurso interpuesto el 12 de diciembre de 2017 – Classic Media/EUIPO – Pirelli Tyre (CLASSIC DRIVER), DOUE, C, núm. 52, de 12 de febrero de 2018.

463. Asunto T-821/17: Recurso interpuesto el 12 de diciembre de 2017 – Vitromed/EUIPO – Vitromed Healthcare (VITROMED Germany), DOUE, C, núm. 52, de 12 de febrero de 2018.
464. Asunto T-825/17: Recurso interpuesto el 22 de diciembre de 2017 – Carbon System Verwaltungs/EUIPO (LIGHTBOUNCE), DOUE, C, núm. 52, de 12 de febrero de 2018.
465. Asunto T-826/17: Recurso interpuesto el 22 de diciembre de 2017 – TeamBank/EUIPO – Fio Systems (FYYO), DOUE, C, núm. 52, de 12 de febrero de 2018.
466. Asunto T-831/17: Recurso interpuesto el 29 de diciembre de 2017 – DRH Licensing & Managing/EUIPO – Merck (Flexagil), DOUE, C, núm. 52, de 12 de febrero de 2018.
467. Asunto T-234/16: Auto del Tribunal General de 14 de diciembre de 2017 – Meissen Keramik/EUIPO – Staatliche Porzellan-Manufaktur Meissen (Meissen), DOUE, C, núm. 52, de 12 de febrero de 2018.
468. Asunto T-292/16: Auto del Tribunal General de 15 de diciembre de 2017 – Kaane American International Tobacco/EUIPO – Global Tobacco (GOLD MONT ORIGINAL Super Slims) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Caducidad de la marca figurativa anterior de la Unión GOLD MOUNT – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 63, de 19 de febrero de 2018.
469. Asunto T-293/16: Auto del Tribunal General de 15 de diciembre de 2017 – Kaane American International Tobacco/EUIPO – Global Tobacco (GOLD MONT) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Caducidad de la marca figurativa anterior de la Unión GOLD MOUNT – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 63, de 19 de febrero de 2018.
470. Asunto T-246/17: Auto del Tribunal General de 14 de diciembre de 2017 – Lackmann Fleisch- und Feinkostfabrik/EUIPO (Национальный Продукт) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Национальный Продукт – Incumplimiento de los requisitos de forma – Artículo 177, apartado 1, letras d) y e), del Reglamento de Procedimiento – Inadmisibilidad manifiesta»], DOUE, C, núm. 63, de 19 de febrero de 2018.
471. Asunto T-776/17: Recurso interpuesto el 28 de noviembre de 2017 – Medora Therapeutics v EUIPO – Biohealth Italia (LITHOREN), DOUE, C, núm. 63, de 19 de febrero de 2018.
472. Asunto T-795/17: Recurso interpuesto el 28 de noviembre de 2017 – Morera/EUIPO – Da Silva Santos Júnior (NEYMAR), DOUE, C, núm. 63, de 19 de febrero de 2018.

473. Asunto T-822/17: Recurso interpuesto el 20 de diciembre de 2017 – Weber-Stephen Products/EUIPO (iGrill), DOUE, C, núm. 63, de 19 de febrero de 2018.
474. Asunto T-824/17: Recurso interpuesto el 22 de diciembre de 2017 – H2O Plus/EUIPO (H 2 O+), DOUE, C, núm. 63, de 19 de febrero de 2018.
475. Asunto T-829/17: Recurso interpuesto el 27 de diciembre de 2017 – Coesia/EUIPO (Representación de una forma circular, compuesta por dos líneas oblicuas de color rojo), DOUE, C, núm. 63, de 19 de febrero de 2018.
476. Asunto T-832/17: Recurso interpuesto el 22 de diciembre de 2017 – achtung!/EUIPO (achtung!), DOUE, C, núm. 63, de 19 de febrero de 2018.
477. Asunto T-836/17: Recurso interpuesto el 29 de diciembre de 2017 – Sports Group Denmark/EUIPO – K&L (WHISTLER), DOUE, C, núm. 63, de 19 de febrero de 2018.
478. Asunto T-2/18: Recurso interpuesto el 8 de enero de 2018 – Wirecard v EUIPO – AXA Banque (boon.), DOUE, C, núm. 63, de 19 de febrero de 2018.
479. Asunto C-291/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de diciembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona) – Schweppes, S. A. / Red Paralela, S. L., Red Paralela BCN, S. L., anteriormente Carbóniques Montaner, S. L. [Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Marcas – Directiva 2008/95/CE – Artículo 7, apartado 1 – Agotamiento del derecho conferido por la marca – Marcas paralelas – Cesión de marcas para una parte del territorio del Espacio Económico Europeo (EEE) – Estrategia comercial que promueve deliberadamente la imagen de una marca global y única después de la cesión – Titulares independientes pero que tienen relaciones comerciales y económicas intensas], DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.
480. Asunto T-68/16: Sentencia del Tribunal General de 17 de enero de 2018 – Deichmann/EUIPO – Munich (Representación de una cruz en el lateral de una zapatilla deportiva) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión que representa una cruz en el lateral de una zapatilla deportiva – Marca de posición – Uso efectivo de la marca – Artículo 15, apartado 1, y artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 18, apartado 1, y artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.
481. Asunto T-204/16: Sentencia del Tribunal General de 16 de enero de 2018 – Sun Media/EUIPO – Meta4 Spain (METABOX) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión METABOX – Mar-

cas denominativas anteriores de la Unión y nacional META4 y marcas figurativas anteriores de la Unión y nacional meta4 – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Similitud entre los signos – Riesgo de confusión», DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.

482. Asunto T-273/16: Sentencia del Tribunal General de 16 de enero de 2018 – Sun Media/EUIPO – Meta4 Spain (METAPORN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión METAPORN – Marcas de la Unión y nacionales denominativas anteriores META4 y figurativas anteriores meta4 – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Similitud entre los servicios – Concepto de servicios complementarios – Similitud entre los signos – Riesgo de confusión», DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.
483. Asunto T-398/16: Sentencia del Tribunal General de 16 de enero de 2018 – Starbucks/EUIPO – Nersesyan (COFFEE ROCKS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión COFFEE ROCKS – Marcas figurativas anteriores de la Unión STARBUCKS COFFEE – Motivo de denegación relativo – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.
484. Asunto T-804/16: Sentencia del Tribunal General de 18 de enero de 2018 – LG Electronics/EUIPO (Dual Edge) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Dual Edge – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.
485. Asunto T-819/17: Recurso interpuesto el 18 de diciembre de 2017 – Sierra/EUIPO, DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.
486. Asunto T-823/17: Recurso interpuesto el 20 de diciembre de 2017 – Etnia Dreams/EUIPO – Poisson (Etnik), DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.
487. Asunto T-837/17: Recurso interpuesto el 28 de diciembre de 2017 – Negru/EUIPO – Sky (SkyPrivate), DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.

488. **Asunto T-3/18: Recurso interpuesto el 9 de enero de 2018 – Holzer y Cia/EUIPO – Ancco (ANN TAYLOR), DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.**
489. **Asunto T-4/18: Recurso interpuesto el 9 de enero de 2018 – Holzer y Cia/EUIPO – Ancco (AT ANN TAYLOR), DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.**
490. **Asunto T-5/18: Recurso interpuesto el 3 de enero de 2018 – Hamburg Beer Company/EUIPO (Hamburg BEER COMPANY), DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.**
491. **Asunto T-6/18: Recurso interpuesto el 2 de enero de 2018 – Hamburg Beer Company/EUIPO (Hamburg Beer Company), DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.**
492. **Asunto T-7/18: Recurso interpuesto el 8 de enero de 2018 – infor-sacom Informationssysteme/EUIPO (Business and technology working as one), DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.**
493. **Asunto T-9/18: Recurso interpuesto el 8 de enero de 2018 – Addiko Bank/EUIPO (STRAIGHTFORWARD BANKING), DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.**
494. **Asunto T-12/18: Recurso interpuesto el 11 de enero de 2018 – Zweirad-Center Stadler/EUIPO – Triumph Designs (Triumph), DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.**
495. **Asunto C-678/16 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 18 de enero de 2018 – Monster Energy Company / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) (Recurso de casación – Reglamento de Procedimiento – Artículo 181 – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Marca figurativa que contiene los elementos denominativos «HotoGo self-heating can technology» – Marca compuesta – Solicitud de registro – Oposición – Desestimación – Recurso de casación manifiestamente inadmisibles), DOUE, C, núm. 83, de 5 de marzo de 2018.**
496. **Asunto C-101/17 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 14 de diciembre de 2017 – Verus Eood / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Maquet GmbH (Recurso de casación – Artículo 181 del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión LUCEO – Declaración de nulidad), DOUE, C, núm. 83, de 5 de marzo de 2018.**
497. **Asunto C-499/17 P: Recurso de casación interpuesto el 17 de agosto de 2017 por Miguel Torres, SA contra la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 31 de mayo de 2017 en el asunto T-637/15, Alma-The Soul of Italian Wine / EUIPO – Miguel Torres, DOUE, C, núm. 83, de 5 de marzo de 2018.**
498. **Asunto C-536/17 P: Recurso de casación interpuesto el 11 de septiembre de 2017 por Josel, S. L. U., contra la sentencia del Tribu-**

- nal General (Sala Sexta) dictada el 28 de junio de 2017 en el asunto T-333/15, *Josel / EUIPO – Nationale-Nederlanden Nederland*, DOUE, C, núm. 83, de 5 de marzo de 2018.
499. Asunto C-559/17 P: Recurso de casación interpuesto el 21 de septiembre de 2017 por *Cafés Pont, S. L.*, contra la sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) dictada el 20 de julio de 2017 en el asunto T-309/16: *Cafés Pont / EUIPO – Giordano Vini*, DOUE, C, núm. 83, de 5 de marzo de 2018.
500. Asunto C-668/17 P: Recurso de casación interpuesto el 28 de noviembre de 2017 por *Viridis Pharmaceutical Ltd.* contra la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 15 de septiembre de 2017 en el asunto T-276/16, *Viridis Pharmaceutical Ltd. / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO)*, DOUE, C, núm. 83, de 5 de marzo de 2018.
501. Asunto T-869/16: Sentencia del Tribunal General de 23 de enero de 2018 – *Wenger/EUIPO – Swissgear (SWISSGEAR)* [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión SWISSGEAR – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 52, apartado 1, letra a), y artículo 76 del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra a), y artículo 95 del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 83, de 5 de marzo de 2018.
502. Asunto T-250/17: Sentencia del Tribunal General de 23 de enero de 2018 – *avanti/EUIPO (avanti)* [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión avanti – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 83, de 5 de marzo de 2018.
503. Asunto T-862/16: Auto del Tribunal General de 16 de enero de 2018 – *fritz-kulturgüter/EUIPO – Sumol + Compal Marcas (fritz-wasser)*, DOUE, C, núm. 83, de 5 de marzo de 2018.
504. Asunto C-553/17 P: Recurso de casación interpuesto el 21 de septiembre de 2017 por *Windfinder R & L Co. KG* contra la sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) dictada el 20 de julio de 2017 en el asunto T-395/16, *Windfinder R & L Co. KG / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea*, DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.
505. Asunto C-570/17 P: Recurso de casación interpuesto el 25 de septiembre de 2017 por *Lackmann Fleisch- und Feinkostfabrik GmbH* contra la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 19 de julio de 2017 en el asunto T-432/16, *Lackmann Fleisch- und Feinkostfabrik / EUIPO*, DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.

506. Asunto C-653/17 P: Recurso de casación interpuesto el 21 de noviembre de 2017 por VM Vermögens-Management GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 7 de septiembre de 2017 en el asunto T-374/15, VM Vermögens-Management / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.
507. Asunto C-21/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Svea hovrätt (Suecia) el 11 de enero de 2018 – Textilis Ltd, Ozgur Keskin / Svenskt Tenn Aktiebolag, DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.
508. Asunto T-44/16: Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2018 – Novartis/EUIPO – SK Chemicals (Representación de un parche transdérmico) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión que representa un parche transdérmico – 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) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.
509. Asunto T-113/16: Sentencia del Tribunal General de 30 de enero de 2018 – Arctic Cat/EUIPO – Slazengers (Representación de un felino saltando hacia la derecha) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa que representa a un felino saltando hacia la derecha – Marca figurativa anterior de la Unión que representa a un felino saltando hacia la izquierda – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.
510. Asunto T-367/16: Sentencia del Tribunal General de 25 de enero de 2018 – Brunner/EUIPO – CBM (H HOLY HAFERL HAFERL SHOE COUTURE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión H HOLY HAFERL HAFERL SHOE COUTURE – Marca denominativa anterior de la Unión HOLY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.
511. Asunto T-765/16: Sentencia del Tribunal General de 25 de enero de 2018 – Grupo Ganaderos de Fuerteventura/EUIPO (EL TOFIO El sabor de CANARIAS) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión EL TOFIO El sabor de CANARIAS – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actual-

mente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) núm. 2017/1001]», DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.

512. Asunto T-808/16: Sentencia del Tribunal General de 30 de enero de 2018 – Jean Patou Worldwide/EUIPO – Emboga (HISPANITAS JOY IS A CHOICE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión HISPANITAS JOY IS A CHOICE – Marca denominativa anterior de la Unión JOY – Uso efectivo de la marca anterior – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.
513. Asunto T-866/16: Sentencia del Tribunal General de 25 de enero de 2018 – SilverTours/EUIPO (billiger-mietwagen.de) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión billiger-mietwagen.de – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.
514. Asunto T-35/17: Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2018 – Weber-Stephen Products/EUIPO (iGrill) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa iGrill – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.
515. Asunto T-69/17: Sentencia del Tribunal General de 24 de enero de 2018 – Constantin Film Produktion/EUIPO (Fack Ju Göhte) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Fack Ju Göhte – Motivo de denegación absoluto – Marca contraria al orden público o a las buenas costumbres – Artículo 7, apartado 1, letra f), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra f), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.
516. Asunto T-157/17: Auto del Tribunal General de 22 de enero de 2018 – Cristalfarma/EUIPO – Novartis (ILLUMINA) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión ILLUMINA – Revocación de la resolución impugnada – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.
517. Asunto T-178/17: Auto del Tribunal General de 18 de enero de 2018 – W&O medical esthetics/EUIPO – Fidia farmaceutici (HYALSTYLE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión HYALSTYLE – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm.

207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Solicitud de audiencia de testigos – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001) – Recurso en parte manifiestamente inadmisibles y en parte manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.

518. **Asunto T-820/17: Recurso interpuesto el 15 de diciembre de 2017 – Frinsa del Noroeste/EUIPO – Alimentos Friorizados (Alfrisa), DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.**
519. **Asunto T-13/18: Recurso interpuesto el 15 de enero de 2018 – Crédit mutuel Arkéa/EUIPO – Confédération nationale du Crédit mutuel (Crédit Mutuel), DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.**
520. **Asunto T-18/18: Recurso interpuesto el 17 de enero de 2018 – Lillelam/EUIPO – Pfaff (LITTLE LAMB), DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.**
521. **Asunto T-23/18: Recurso interpuesto el 19 de enero de 2018 – Nova Brands/EUIPO – Natamil (Natamil), DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.**
522. **Asunto T-28/18: Recurso interpuesto el 22 de enero de 2018 – Marriott Worldwide/EUIPO – AC Milan (AC MILAN), DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.**
523. **Asunto T-30/18: Recurso interpuesto el 23 de enero de 2018 – Yado/EUIPO – Dvectis CZ (Cojín para asientos), DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.**
524. **Asunto T-642/16: Auto del Tribunal General de 18 de enero de 2018 – Iame/EUIPO – Industrie Aeronautiche Reggiane (Parilla), DOUE, C, núm. 94, de 12 de marzo de 2018.**

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

525. **Asunto C-469/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 4 de agosto de 2017 – Funke Medien NRW GmbH/Bundesrepublik Deutschland, DOUE, C, núm. 382, de 13 de noviembre de 2017.**
526. **Asuntos acumulados C-24/16 y C-25/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 27 de septiembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf – Alemania) – Nintendo Co. Ltd / BigBen Interactive GmbH, BigBen Interactive SA [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Artículos 20, apartado 1, letra c), 79, apartado 1, 82, 83, 88 y 89 – Acción de infracción – Limitación de los derechos que confiere el dibujo o modelo comunitario – Concepto de «cita» – Reglamento**

- (CE) núm. 44/2001 – Artículo 6, punto 1 – Competencia respecto del codemandado domiciliado fuera del Estado miembro del foro – Alcance territorial de la competencia de los tribunales de dibujos y modelos comunitarios – Reglamento (CE) núm. 864/2007 – Artículo 8, apartado 2 – Ley aplicable a las demandas que solicitan la adopción de interdictos relativos a las sanciones y al resto de medidas], DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
527. Asunto C-341/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 5 de octubre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf – Alemania) – Hanssen Beleggingen BV / Tanja Prast-Knippling [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencia judicial – Artículo 2, apartado 1 – Competencia de los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado – Artículo 22, punto 4 – Competencia exclusiva en materia de inscripciones o validez de títulos de propiedad intelectual – Litigio cuyo objeto es determinar si una persona fue inscrita de forma justificada como titular de una marca], DOUE, C, núm. 402, de 27 de noviembre de 2017.
528. Asunto T-140/15: Sentencia del Tribunal General de 23 de noviembre de 2017 – Aurora/OCVV – SESVanderhave (M 02205) [«Obtenciones vegetales – Procedimiento de nulidad – Variedad de remolacha azucarera M 02205 – Artículo 20, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 2100/94 – Artículo 7 del Reglamento núm. 2100/94 – Carácter distintivo de la variedad candidata – Examen técnico – Procedimiento ante la Sala de Recurso – Obligación de analizar con atención e imparcialidad todos los elementos pertinentes del caso de autos – Facultad de modificación»], DOUE, C, núm. 13, de 15 de enero de 2018.
529. Asunto C-265/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de noviembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale ordinario di Torino – Italia) – VCAST Limited / R. T. I. SpA [Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Artículo 5, apartado 2, letra b) – Excepción de copia privada – Artículo 3, apartado 1 – Comunicación al público – Medio técnico específico – Prestación de un servicio de videgrabación en la nube (cloud computing) de copias de obras protegidas por derechos de autor, sin el acuerdo del correspondiente autor – Intervención activa del prestador del servicio en dicha grabación], DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
530. Asunto C-614/17: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 24 de octubre de 2017– Fundación Consejo Regulador de la Denominación de Origen Protegida Queso Manchego / Industrial Quesera Cuquerella S. L. y Juan Ramón Cuquerella Montagud, DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.

531. Asunto C-393/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de diciembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne / Aldi Süd Dienstleistungs-GmbH & Co. OHG, representada por Aldi Süd Dienstleistungs-GmbH, anteriormente Aldi Einkauf GmbH & Co. OHG Süd [Procedimiento prejudicial – Organización común de los mercados de productos agrícolas – Protección de las denominaciones de origen protegidas (DOP) – Reglamento (CE) núm. 1234/2007 – Artículo 118 quaterdecies, apartado 2, letras a), inciso ii), b) y c) – Reglamento (UE) núm. 1308/2013 – Artículo 103, apartado 2), letras a), inciso ii), b) y c) – Ámbito de aplicación – Aprovechamiento de la reputación de una DOP – Usurpación, imitación o evocación de una DOP – Indicación falsa o engañosa – DOP «Champagne» utilizada en la denominación de un producto alimenticio – Denominación «Champagner Sorbet» – Producto alimenticio que contiene champán como ingrediente – Ingrediente que confiere al producto alimenticio una característica esencial], DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.
532. Asunto C-492/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de diciembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék – Hungría) – Incyte Corporation / Szellemi Tulajdon Nemzeti Hivatala [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual e industrial – Derecho de patentes – Medicamentos para uso humano – Reglamento (CE) núm. 469/2009 – Artículo 18 – Productos fitosanitarios – Reglamento (CE) núm. 1610/96 – Artículo 17, apartado 2 – Certificado complementario de protección – Duración – Fijación de la fecha de expiración – Efectos de una sentencia del Tribunal de Justicia – Posibilidad u obligación de rectificación de la fecha de expiración], DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

533. Asunto C-287/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de julio de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal de Justiça – Portugal) – Fidelidade-Companhia de Seguros, S. A./Caisse Suisse de Compensation, Fundo de Garantia Automóvel, Sandra Cristina Crystello Pinto Moreira Pereira, Sandra Manuela Teixeira Gomes Seemann, Catarina Ferreira Seemann, José Batista Pereira, Teresa Rosa Teixeira (Procedimiento prejudicial – Seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles – Directiva 72/166/CEE – Artículo 3, apartado 1 – Directiva 84/5/CEE – Artículo 2, apartado 1 – Contrato de seguro celebrado sobre la base de falsas declaraciones relativas a la propiedad del vehículo y a la identidad del conductor habitual de éste – Tomador del seguro – Falta de interés económico en la celebración de ese contrato – Nulidad

- absoluta del contrato de seguro – Oponibilidad a los perjudicados), DOUE, C, núm. 338, de 9 de octubre de 2017.
534. Asunto C-506/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 7 de septiembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação do Porto – Portugal) – José Joaquim Neto de Sousa/Estado português (Procedimiento prejudicial – Seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles – Directiva 72/166/CEE – Directiva 84/5/CEE – Directiva 90/232/CEE – Conductor responsable del accidente que causó el fallecimiento de su cónyuge, pasajero del vehículo – Normativa nacional que excluye la indemnización de los daños materiales sufridos por el conductor responsable del accidente), DOUE, C, núm. 374, de 6 de noviembre de 2017.
535. Asunto C-503/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 14 de septiembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Évora – Portugal) – Luís Isidro Delgado Mendes/Crédito Agrícola Seguros – Companhia de Seguros de Ramos Reais, S. A. (Procedimiento prejudicial – Seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles – Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 90/232/CEE y 2009/103/CE – Hurto de vehículo – Accidente de circulación – Daños corporales y materiales sufridos como peatón por el propietario asegurado del vehículo – Responsabilidad civil – Indemnización – Cobertura por el seguro obligatorio – Cláusulas de exclusión – Normativa nacional que excluye de la indemnización por el seguro al propietario asegurado del vehículo – Compatibilidad con esas Directivas – Concepto de «tercero víctima»), DOUE, C, núm. 382, de 13 de noviembre de 2017.
536. Asunto C-413/15: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de octubre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court – Irlanda) – Elaine Farrell / Alan Whitty, The Minister for the Environment, Ireland, Attorney General, Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI) (Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles – Directiva 90/232/CEE – Artículo 1 – Responsabilidad en caso de daños corporales causados a todos los ocupantes de un vehículo, con excepción del conductor – Seguro obligatorio – Efecto directo – Directiva 84/5/CEE – Artículo 1, apartado 4 – Organismo responsable de indemnizar los daños materiales o corporales causados por un vehículo no identificado o por el cual no haya sido satisfecha la obligación de aseguramiento – Invocabilidad de una directiva frente a un Estado – Requisitos con arreglo a los cuales es posible considerar que un organismo de Derecho privado es una emanación del Estado y oponerle las disposiciones de una directiva que pueden tener efecto directo), DOUE, C, núm. 412, de 4 de diciembre de 2017.
537. Asunto C-194/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de octubre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada

- da por el Riigikohus – Estonia) – Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Iisjan / Svensk Handel AB [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 7, punto 2 – Competencia especial en materia delictual o cuasidelictual – Vulneración de los derechos de una persona jurídica mediante la publicación en Internet de información supuestamente inexacta sobre ella y la no supresión de comentarios que la afectan – Lugar donde se ha producido el daño – Centro de intereses de la persona jurídica], DOUE, C, núm. 424, de 11 de diciembre de 2017.
538. Asunto C-514/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 28 de noviembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Guimarães – Portugal) – Isabel Maria Pinheiro Vieira Rodrigues de Andrade, Fausto da Silva Rodrigues de Andrade / José Manuel Proença Salvador, Crédito Agrícola Seguros – Companhia de Seguros de Ramos Reais, S. A., Jorge Oliveira Pinto (Procedimiento prejudicial – Seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles – Directiva 72/166/CEE – Artículo 3, apartado 1 – Concepto de «circulación de vehículos» – Accidente acaecido en una explotación agrícola – Accidente en el que interviene un tractor agrícola inmovilizado pero con el motor en marcha para accionar una bomba de pulverización de herbicida), DOUE, C, núm. 32, de 29 de enero de 2018.
539. Asunto T-217/11 REV: Auto del Tribunal General de 28 de noviembre de 2017 – Staelen/ Defensor del Pueblo (Responsabilidad extracontractual – Demanda de revisión – Consecuencias de una sentencia posterior del Tribunal de Justicia mediante la que se anula parcialmente la sentencia del Tribunal General – Inexistencia de hechos nuevos – Inadmisibilidad), DOUE, C, núm. 42, de 5 de febrero de 2018.
540. Asunto C-334/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de diciembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Albacete) – José Luis Núñez Torreiro / AIG Europe Limited, Sucursal en España, anteriormente Chartis Europe Limited, Sucursal en España, Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (Unespa) (Procedimiento prejudicial – Seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles – Directiva 2009/103/CE – Artículo 3, párrafo primero – Concepto de «circulación de vehículos» – Normativa nacional que excluye la conducción de vehículos automóviles por vías y terrenos que no son «aptos para la circulación», salvo aquellos que, sin tener tal aptitud, son no obstante «de uso común»), DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.
541. Asunto C-649/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 20 de diciembre de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Peter Valach y otros / Waldviertler Sparkasse Bank AG y otros [Procedimiento prejudi-

cial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Ámbito de aplicación – Acción de responsabilidad delictual contra los miembros de un comité de acreedores que han rechazado un plan de saneamiento en un procedimiento de insolvencia], DOUE, C, núm. 72, de 26 de febrero de 2018.

BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Málaga

Libros*

BECH SERRAT, Josep Maria: *Sistema de restitución ante un enriquecimiento por mejora*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 773 pp.

1. Una de las carencias más sobresalientes de nuestra literatura jurídica en derecho civil se refiere a la ausencia de obras ambiciosas de dogmática jurídica sobre materias de interés práctico. Abundan, como es sabido, las monografías y obras en colaboración de contenido y alcance pretendidamente prácticos, pero usualmente superficiales y cuya conexión con la práctica suele agotarse en la elección del tema, en la descripción del problema y las soluciones jurisprudenciales y en la formulación crítica de consideraciones de política jurídica escasamente originales. Que, en esta panorama, el Prof. J. M. Bech Serrat haya optado por sumar a una ya consolidada y meritoria trayectoria investigadora el derecho del enriquecimiento –materia de indudable complejidad dogmática y que encierra la solución a no pocos problemas reales– es una buena noticia; que el resultado de esta investigación sea la relevante publicación objeto de esta reseña todavía lo es más.

2. Del modo en que rigurosamente lo delimita el autor (*vid.* Cap. I [III], pp. 55, 64, 65 y 721), el objeto de la obra es la pretensión restitutoria derivada del enriquecimiento injustificado en los casos de mejora de bienes ajenos; o, dicho bajo la teoría diferenciadora de las *condictiones* –que Bech asume como mero punto de partida (p. 55), pero no como dogma que deba condicionar su análisis y conclusiones–, el estudio de la *condictio* por impensas. El planteamiento de la obra deviene así acertadamente práctico: se trata de determinar (i) los presupuestos jurídico-materiales de esa acción o pretensión (cuestión a la que el autor se refiere, de forma algo extravagante e imprecisa, como «[t]axonomía del enriquecimiento por mejora en el Derecho español» [Cap. III]); (ii) los grupos de casos relevantes (denominados «[s]upuestos» en el Cap. II); y, bajo un planteamiento clara y afortunadamente inspirado el Libro VII del Borrador del Marco Común de Referencia («DCFR»), (iii) el alcance de la pretensión restitutoria (Cap. IV) y (iv) la causas de exoneración de la obligación restitutoria (Cap. V).

3. En relación con lo anterior, también es acertado y facilita la exposición y comprensión de la obra su encuadramiento inicial en el derecho del enriquecimiento o, en expresión que el autor asume con naturalidad, el derecho de restituciones (pp. 41 y 163). De ello no solo se sigue un tratamiento coherente en el contexto del derecho comparado (descrito por Bech en el Cap. I [pp. 88-159]), sino que también permite abordar una de las cuestiones prácticas más trascendentales en nuestro ordenamiento: determinar el funda-

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

mento normativo de la acción de enriquecimiento, en particular, la relación entre las normas especiales (p. ej., arts. 453 II a 456, 458, 358 a 365 y 375 a 383 CC) y la doctrina jurisprudencial relativa a la acción general de enriquecimiento (pp. 164 y 535-537). Con todo, se echa de menos en este punto un tratamiento más claro y decidido. Volveré sobre esta cuestión.

4. La obra, como queda apuntado, contiene un completo estudio de derecho comparado. Bech –que en sus estudios anteriores ya había acreditado un manejo adecuado del derecho comparado– realiza aquí una muy útil descripción de los ordenamientos inglés, escocés, alemán, francés e italiano (y, menos útil, también de algunas cuestiones del derecho estadounidense); que tiene el mérito de tener muy en cuenta las resoluciones judiciales de esos ordenamientos, algo fundamental no solo para el derecho inglés. Cuatro objeciones se imponen, empero, en este punto: (i) la primera es que el autor no parece aprovechar debidamente las enseñanzas del derecho comparado para resolver algunas de las cuestiones más difíciles de derecho español que aborda en su trabajo, como es el caso de los llamados enriquecimientos indirectos. En particular, sorprende que las, a mi juicio, muy acertadas consideraciones de política jurídica de P. Birks sobre el derecho inglés –oportunamente reseñadas por Bech (p. 107) no sean tenidas en cuenta por nuestro autor, quien, para llegar a una conclusión distinta respecto del ordenamiento español a la del ordenamiento inglés y de Birks, se limite a dialogar únicamente con los autores españoles que se han pronunciado al respecto (pp. 414-417); (ii) estrechamente relacionado con lo anterior, es también llamativo que, al analizar el derecho alemán, Bech no se refiera a las mejores aportaciones relativas al enriquecimiento en relaciones triangulares, como la de C. W. Canaris («Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis», en G. Paulus / U. Diederichsen, / C. W. Canaris, [Hrsg.], *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, Munich, pp. 799-865, esp., pp. 802-803); ampliamente reseñada y asumida en obras que el propio Bech conoce bien (como la de Loewenheim, aunque maneje una edición ya antigua; la de Larenz / Canaris; o, más recientemente, de Wendehorst). Como expondré más adelante, estas aportaciones, como la de Birks, son fundamentales para resolver los casos del enriquecimiento indirecto y, en todo caso, contrarias a la solución propuesta para el derecho español por Bech, sin que su obra repare en ello o trate de superar esas aportaciones; (iii) también relacionado con el enriquecimiento indirecto y las posiciones de esos autores, es también llamativo que Bech, al referirse al DCFR, soslaye por completo la regla del VII.- 2:102 (pp. 154-159), que, de nuevo, ofrece una solución a los llamados enriquecimientos indirectos contraria a la propuesta por nuestro autor; y (iv) en un plano menos relevante y en relación con el derecho francés, es también de lamentar que no aproveche la cita al caso *Boudier* de 1892 (un caso paradigmático de enriquecimiento por mejora en una relación triangular, resuelto de forma muy discutible) para advertir de la débil construcción dogmática de la *action de in rem verso* y de la influencia negativa que tuvo para la jurisprudencia española y la configuración de la acción general de enriquecimiento (para ello, son fundamentales los estudios de derecho comparado de W. Wilburg, B. Kupisch, B., D. König o L. Menezes Leitão, entre otros).

5. El mérito y contribución más relevante de la obra de Bech se sitúa en el laborioso estudio de los grupos de casos normativos de enriquecimiento por mejora (Cap. II, pp. 161-434) y, sobre todo, en la revisión crítica de los presuuestos de la acción de enriquecimiento en esos casos (Cap. III, pp. 435-537) y, en fin y aquello que constituye la parte más innovadora y útil de

su estudio, la relativa al alcance de la pretensión restitutoria (Cap. IV, pp. 539-632) y las causas de exoneración (Cap. V, pp. 633-720). En cuanto al estudio de los grupos de casos normativos, la obra contiene una completa síntesis y análisis crítico de los preceptos relevantes del CC o de las leyes de arrendamientos rústicos y urbanos. No obstante, su utilidad para construir una teoría general de la acción de enriquecimiento por mejora es muy relativa (algo que Bech no deja de reconocer en su atinada crítica al codificador [p. ej. p. 88]); y, en todo caso, ese excesivo apego del autor a las normas y casos contemplados en el CC –algo muy característico de nuestra doctrina civilista, que, en ocasiones, no es del todo consciente de que ese Código no contempla la realidad económica a la que debe aplicarse– parece llevarle a omitir grupos de casos probablemente más relevantes en la práctica. Dicho de otro modo y con un ejemplo: es muy probable que el tema que aborda Bech tenga mayor utilidad para resolver conflictos contractuales y extracontractuales actuales relativos a las mejoras realizadas en el marco de la explotación de tecnología (secretos empresariales e invenciones) que las mejoras del cesionario a primeras cepas del art. 1.656.8.º CC (tratado por Bech en las pp. 362-34). Y no se objete a ello que la obra es de derecho civil porque es esta parte del ordenamiento –como expresión dogmática más desarrollada del derecho privado– la que debe ofrecer soluciones a los conflictos propios del mercado actual, que no son (no pueden serlo) los mismos de la economía del s. XIX. Valga también esta reflexión para llamar la atención del excesivo peso que tienen en la obra de Bech los conflictos agrarios, en detrimento de conflictos más propios de una sociedad industrial y tecnológica.

6. Por su parte, el análisis de los presupuestos de la acción de enriquecimiento por mejora en derecho español (Cap. III) constituye una parte singularmente útil de la obra de Bech reseñada: al margen de las consideraciones de política jurídica que introduce el autor –no enteramente aceptables respecto del carácter justificado del enriquecimiento, como expondré luego–, el abogado o el juez encontrarán aquí una rigurosa delimitación de los requisitos tradicionales de esa acción. Es muy útil, en particular, la delimitación del presupuesto relativo al enriquecimiento (pp. 436-463). Sorprende únicamente, en este punto, la creencia excesiva que Bech parece profesar a la construcción jurisprudencial tradicional de la acción de enriquecimiento, lo que no le impide formular acertadas críticas a los presupuestos del correlativo empobrecimiento (pp. 463-477) o de la subsidiariedad (pp. 519-537), pero sí omitir la oportunidad de una reforma modernizadora del derecho de obligaciones legislado en este punto, en la que se incluya, de forma coherente con la tesis del propio Bech, una regulación o toma de posición respecto de las obligaciones extracontractuales derivadas de las situaciones de enriquecimiento injustificado y, en particular, del enriquecimiento derivado de una mejora en un bien ajeno. No quiere ello decir que el planteamiento de Bech no sea acertado; antes bien, es meritorio que el autor evite la tentación de situarse cómodamente en el debate *de lege ferenda* y, en su lugar, se ocupe de dar sentido normativo a los requisitos vigentes de la acción. Ahora bien, parece indispensable la introducción en el ordenamiento español de un mínimo fundamento normativo general de origen legal, que sirva para situar a las pretensiones restitutorias derivadas del enriquecimiento injustificado en el plano normativo en el que –según convenido– merecen estar y evitar así su fundamento exclusivamente jurisprudencial, con un encuadramiento, como resalta el propio Bech, a caballo entre los principios generales del derecho y la analogía *iuris* (pp. 366-367), que tiene el riesgo de terminar configurando

la acción de enriquecimiento como un remedio de equidad (como hace el propio Bech [p. 61 y pp. 482 y ss.]). Nótese que esta cuestión –i.e., determinar el fundamento normativo de la acción de enriquecimiento– es axial y enlaza con las dudas que se proyectan en el ordenamiento español sobre la relación entre las normas especiales y la doctrina jurisprudencial relativa a la acción general de enriquecimiento–, que, como he señalado, Bech no llega a resolver completamente (pp. 164 y 535-537). Descartada la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento, ¿rige una complementariedad o una concurrencia de pretensiones? ¿Qué norma debe invocarse como infringida en un recurso de casación? En este sentido, la reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 110/2018, de 2 de marzo (ECLI: ES:TS:2018:652) sostiene, de forma algo ambigua, que la *condictio* por intromisión (a lo que Bech objetará que se trataría de un caso de *condictio* por impensas [cf: p. 187]) complementa las acciones restitutorias de las normas de la accesión (arts. 358 a 365 CC).

7. En fin, no quiero concluir la reseña de esta obra sin realizar una breve valoración del tratamiento y conclusión alcanzada respecto de los llamados enriquecimientos indirectos, una de las cuestiones de mayor interés dogmático y práctico de las abordadas por Bech. El autor trata aquí de evitar lo que considera una «visión muy restrictiva» de la acción de enriquecimiento indirecto por mejora de cosa ajena (así, para el derecho inglés, p. 107) y, en su lugar, admite con carácter general la acción por enriquecimiento indirecto en estos casos, bajo una fundada depuración técnica de los presupuestos generales tradicionales de la acción de enriquecimiento y, en particular, de los requisitos del enriquecimiento y de su falta de justificación (pp. 410-434, esp. 418-434), a los que, como quedó señalado, el autor quizá atribuya una importancia excesiva en la resolución del conflicto planteado en estos casos. Finalmente, sitúa la clave del carácter justificado o injustificado del enriquecimiento en la buena o mala fe de quien realiza la prestación contractual (pp. 482-505 y 725), regla que el autor justifica en un planteamiento «más de justicia material» (p. 482), que no termina de convencer y que, en última instancia y en términos prácticos, parece situar el pacto contractual como el único límite relevante a la aplicación de la teoría del enriquecimiento indirecto (p. 726). En realidad, parece que en todos los casos difíciles relativos al llamado enriquecimiento indirecto, el pretendido acreedor de la pretensión de enriquecimiento será siempre de buena fe (en los casos de resolución o nulidad del contrato entre, la prestación de esa persona se habrá realizado sin que conozca el hecho de que el bien será finalmente restituido a la persona pretendidamente enriquecida con la mejora realizada por aquella); y no por ello, a mi juicio, debe admitirse directamente la pretensión de enriquecimiento.

En todo caso y aquello me interesa resaltar, la configuración tradicional de la acción de enriquecimiento se revela insuficiente para solucionar adecuadamente los conflictos planteados. Esta solución a este grupo de casos no puede extraerse, a mi juicio, del análisis de los presupuestos de la acción, ni siquiera solamente de un razonamiento dogmático relativo al derecho del enriquecimiento. Exige, antes bien, reparar en las consideraciones de política jurídica implicadas en este ámbito del derecho privado (de acuerdo, Bech [pp. 482 y 725], pero que, a diferencia de lo que parece sostener Bech (p. 61), poco o nada tienen que ver con la equidad: bajo la perspectiva de la equidad o de la justicia material, el hecho de que el pretendido acreedor de la pretensión restitutoria vea frustrado su derecho de crédito y que, al mismo tiempo, el pretendido deudor de esa pretensión obtenga un incremento patrimonial

terminarán influyendo excesivamente el análisis jurídico del grupo de casos implicado, en el sentido de admitir generosamente la acción. Por tanto, esas consideraciones de política deben guiar con mayor claridad y determinación la solución a los grupos de casos planteados y, en suma, identificar una regla adecuada y coherente con los principios y normas generales del derecho civil patrimonial español.

Y es aquí, en particular, donde radica mi mayor discrepancia con la posición de Bech: esas consideraciones de política jurídica no pueden situarse, a mi juicio, en la equidad (p. 61), en la justicia material (p. 482), ni mucho menos en un pretendido abandono de la «*lógica contractual*», que, según Bech –que acoge aquí los muy discutibles razonamientos de política jurídica de la Prof. M. Jiménez Horwitz– «*empaña la visión de un derecho de enriquecimiento llamado a dejar paso libre a nuevas formas de entender la circulación de bienes y riqueza*» (p. 60).

Si, en lugar de estos razonamientos tan ambiciosos, Bech hubiese optado por seguir las mucho más prosaicas pero sensatas tesis reseñadas de Birks, de Canaris o del art. VII.–2:102 DCFR la solución alcanzada para el grupo de casos relativo a los enriquecimientos indirectos sería más clara, de aplicación más segura y también más razonable y coherente con los principios del derecho privado y, en concreto, con los del derecho de contratos. No en vano, desde esas autorizadas posiciones, se ha sostenido razonada y fundadamente que el derecho del enriquecimiento no puede soslayar la regla fundamental de que cada una de las partes del contrato debe soportar solamente el riesgo de insolvencia de aquel que ha seleccionado como parte contractual. Por ello, el citado art. VII.–2:102 DCFR prevé una excepción al art. VII.–2:101 DCFR, en virtud de la cual el enriquecimiento obtenido como consecuencia del cumplimiento por parte de la persona que sufre la desventaja de un contrato (válido o inválido) celebrado con un tercero está justificado siempre que esa persona haya cumplido libremente o el enriquecimiento fuera simplemente el resultado incidental del cumplimiento de la obligación.

Nótese, en suma, que la determinación de si el enriquecimiento es o no justificado en estos casos no resulta de un juicio dogmático, sino de una consideración previa de política jurídica cuya adopción resulta necesaria y que no puede ser sustituida por la patrocinada por Bech. De otro modo, la solución terminará siendo forzosamente variable, en función del punto de vista bajo el que se analiza el carácter justificado o no del incremento patrimonial obtenido por la persona pretendidamente enriquecida. Así sucede, en mi opinión, en el caso de Bech (pp. 427-434), a quien el análisis bajo los presupuestos tradicionales permite concluir a favor del reconocimiento de la acción en estos casos, pues no encuentra «*motivos para excluir a priori la restitución de una mejora causante de un enriquecimiento indirecto*».

8. Empecé esta reseña resaltando la buena noticia que supone la obra del Prof. Bech Serrat objeto de esta reseña. En efecto, que un autor joven del derecho civil, en lugar de adornar su lista de publicaciones con monografías u obras en colaboración descriptivas y de corto recorrido, opte por una obra como esta es una excelente muestra de la honestidad intelectual y capacidades del Prof. Bech. Se trata, como expuse, de una obra de alta complejidad dogmática, correctamente orientada a la solución de grupos de casos difíciles o no debidamente resueltos en nuestra jurisprudencia, que se expone con claridad y fundamento y con un manejo muy correcto y útil del derecho comparado. Tratándose, además, de un autor que publica con regularidad en inglés (*vid.* su libro publicado por Springer en 2012), las esperanzas de que devenga

un autor relevante del derecho privado son altas. Solo cabe esperar que la Universidad y el mercado editorial sepan distinguir obras de este tipo y que aquella confiera al Prof. Bech las herramientas necesarias para desarrollar otros proyectos tan ambiciosos y necesarios en nuestro derecho civil. Entre tanto, también cabe esperar que esta obra dedicada a la pretensión restitutoria derivada del enriquecimiento injustificado en los casos de mejora de bienes ajenos suscite el necesario debate y análisis crítico, como el que ha tratado de suscitar esta reseña.

Carles VENDRELL CERVANTES
Profesor Asociado
Universidad Autónoma de Madrid

DE SALAS MURILLO, Sofía: *Titularidad de los montes*, Dykinson, Madrid, 2017, 283 pp.

1. La profesora Sofía de Salas Murillo, titular de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza, aborda en este libro un tema –la *titularidad* de los montes– en el que entremezclan hoy cuestiones de Derecho público y privado. En mi opinión, este carácter *mixto* de su régimen añade sin duda una dificultad a su estudio cuya elección, por sí misma, merece una valoración positiva que se acentúa tras su lectura.

Así resulta, en primer lugar, del orden en que la autora expone –con acierto– el actual régimen jurídico de los montes, que no se puede entender sin ocuparse, tras la necesaria introducción (I), del proceso histórico que comienza tras la Constitución de 1812 y culmina con la Ley de montes de 1863, la cual acogió la *desamortización* de 1855, esto es, la atribución mediante pública subasta de la titularidad de los montes públicos a los particulares aunque con importantes excepciones (II); a continuación, del concepto legal de *monte* que resulta de sus precedentes históricos y de la vigente Ley estatal 43/2003, de 21 de noviembre, en concurrencia con el establecido por las leyes autonómicas que se ocupan de la misma materia (II); luego, de la actual titularidad de los *montes públicos* con la obligada distinción entre los *demaniales* –y, dentro de ellos, de los incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública y de los comunales– y los *patrimoniales*, seguida del estudio de la potestad administrativa de deslinde y de su inscripción obligatoria en el Registro de la propiedad (III); y por último, de la titularidad de los *montes privados*, categoría en la que se atiende en particular al régimen vigente de los *montes vecinales en mano común* y de los llamados *montes de socios* (IV).

A mi juicio, como –atendiendo al Derecho vigente– en el libro se exponen con exhaustividad y con un admirable sentido crítico todas las materias que acabo de enunciar, me parece obligado recomendar su lectura. Por eso en esta reseña voy a ocuparme de las cuestiones que pueden complementar su contenido, así como de las que la autora ha salvado de su crítica a pesar de que –en mi opinión– su actual régimen legal la merece.

2. Como se acaba de indicar, el régimen jurídico de los montes es hoy el contenido en la Ley básica estatal 43/2003, de 21 de noviembre, unido al establecido por las leyes autonómicas que se ocupan de la misma materia. Según establece la disposición final 2.^a LM 2003, ello resulta de la compe-

tencia exclusiva que la vigente Constitución atribuye al Estado para dictar la legislación básica de *Derecho público* sobre los «*montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias*» (art. 149.1.23.^a CE) en concurrencia con la que, respetándola, tienen en esta materia todas y cada una de las Comunidades Autónomas (*vid.* art. 148.1.8.^a CE); pero lo que no cabe en cambio es la regulación por todas ellas de las normas de *Derecho privado* contenidas en la misma, pues prevalecen sobre ellas de los preceptos civiles que –con exclusión de los que se ocupan de su inscripción en el Registro de la propiedad– hubieren dictado, antes o después de la entrada en vigor de dicha ley estatal, las Comunidades Autónomas que, por razones históricas, tienen competencia exclusiva para ello (*vid.* art. 149.1.8.^a CE).

La indicada concurrencia universal de competencias se pone de manifiesto, en primer lugar, en el concepto legal de monte. Así, el art. 5.1 LM 2003 considera como tal «*todo terreno en el que vegetan especies forestales arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, sea espontáneamente o procedan de siembra o plantación, que cumplan o puedan cumplir funciones ambientales, protectoras, productoras, culturales, paisajísticas o recreativas*»; pero en ese concepto también incluye el indicado precepto –con alcance general– los terrenos yermos, roquedos y arenales, así como los edificios o instalaciones destinadas al servicio del monte en que se ubiquen. En cambio, que lo sean también los terrenos agrícolas abandonados que hayan adquirido signos inequívocos de su estado forestal, los que se adscriban a la finalidad de ser repoblados o transformados para tal uso y las superficies forestales enclavadas en zonas destinadas al cultivo agrario depende en realidad de que así lo establezca cada Derecho autonómico, por supuesto respetando –de considerarlos también como montes– los límites que resultan de los tres últimos apartados de la misma norma.

Por otra parte, lo mismo sucede con las exclusiones de la condición de monte a que atiende el art. 5.2 LM 2003, entre las que tienen carácter general –por ser básicas– las relativas a los terrenos destinados al cultivo agrícola así como a los de naturaleza urbana *consolidada*, mientras que en todos los demás casos ello depende de la normativa forestal o urbanística de cada Comunidad autónoma.

De todas estas excepciones a la consideración de monte la más interesante es la primera, que tiene su origen en las Ordenanzas Generales de Montes aprobadas por el Real Decreto de 22 diciembre 1833, la cual –atendiendo a la *desvinculación* o liberación de la propiedad privada sobre los mismos de las limitaciones a la facultad de goce que hasta entonces sufrían sus dueños con independencia de su voluntad ya prevista en el Decreto de las Cortes de Cádiz de 8 de junio de 1813– determinó en su art. 3.^o que los *particulares* que, tras su deslinde y amojonamiento, hubieran cerrado o cercado sus terrenos insertos en los montes podían variar su destino o cultivo haciendo «de ellos y de sus producciones el uso *que mas les conviniera*». Este criterio fue ratificado por el art. 14 de la Ley de montes de 24 de mayo de 1863, según el cual los *montes de particulares*, aparte de serles aplicables las normas sobre *deslinde administrativo* de los que fueran colindantes con los anteriores, no estaban sometidos «*a más restricciones que las impuestas por las reglas generales de policía*»; y tras el acogimiento del mismo con carácter general por el art. 388 CC, fue la Ley de montes de 8 de junio de 1957 –precedente inmediato de la actualmente vigente– la que en su art. 1.2 decidió excluir de la *propiedad forestal* que constituía su objeto los terrenos destinados al cultivo agrícola.

En cambio, cuando un terreno tenga la consideración de monte atendiendo a la legislación básica estatal o a lo dispuesto conforme a ella por las leyes autonómicas, le es en todo caso aplicable lo dispuesto en la LM 2003 sobre la facultad de goce de su propietario, sea quién sea éste. A esto atiende su art. 4, el cual empieza estableciendo en su párrafo 1.º que «*los montes, independientemente de su titularidad, desempeñan una función social relevante, tanto como fuente de recursos naturales y sustento de actividades económicas como por ser proveedores de múltiples servicios ambientales, entre ellos, de protección del suelo y del ciclo hidrológico; de fijación del carbono atmosférico; de depósito de la diversidad biológica y como elementos fundamentales de la conectividad ecológica y del paisaje*». Lógicamente, como aclara su párrafo segundo, esto tiene como consecuencia que «*el reconocimiento de estos recursos y externalidades, de los que toda la sociedad se beneficia, obliga a las Administraciones públicas a velar en todos los casos por su conservación, protección, restauración, mejora y ordenado aprovechamiento*».

3. Cuestión distinta, por no estar vinculada a la facultad de goce sino al poder de disposición del dueño, es la *titularidad de los montes* –que es el título de este libro– de la cual se empieza ocupando el art. 11 LM 2003, a cuyo tenor tales inmuebles «*pueden ser públicos o privados*» (núm. 1); incluyendo a continuación, entre los primeros, «*los pertenecientes al Estado, a las Comunidades autónomas, a las entidades locales y a otras entidades de derecho público*» (núm. 2) y, entre los segundos, «*los pertenecientes a personas físicas o jurídicas de derecho privado, ya sea individualmente o en régimen de copropiedad*» (núm. 3).

Como explica con notorio acierto la autora, la actual atribución plural de la titularidad sobre los montes tiene su origen en la Ley desamortizadora de 1 de mayo de 1855, la cual –siguiendo el criterio puramente económico del Ministerio de Hacienda y con fundamento en el Decreto de las Cortes de Cádiz de 4 de enero de 1813– declaró en estado de *venta forzosa* a realizar en subasta pública, entre otros, los predios rústicos, censos y foros propiedad del Estado, los que fueran propios o comunes de los pueblos y cualesquiera otros pertenecientes a *manos muertas* (art. 1.º).

Sin embargo y en lo que aquí interesa, dicha ley exceptuó de su aplicación «*los montes y bosques cuya venta no crea oportuna el Gobierno*» (art. 2.6.º) y, previa resolución del mismo con audiencia de los Ayuntamientos y Diputaciones, los terrenos que en cada municipio fueran de *aprovechamiento común* para sus vecinos (art. 2.9.º). A pesar de los intentos posteriores del Ministerio de Fomento que se enuncian con detalle en el libro, ello terminó concretándolo la Ley de montes de 24 de mayo de 1863, la cual –tras dejar a salvo «*de la desamortización los terrenos y montes de aprovechamiento común, y las dehesas destinadas al ganado de labor*» que resultaban de las Leyes de 1 de mayo de 1855 y 5 de julio de 1856, complementaria de la anterior (art. adicional 1.º)– consideró como inmuebles en estado de venta todos los demás *montes públicos* pertenecientes al Estado, a los pueblos y a los establecimientos públicos (art. 1.º); y de esta regla general sólo exceptuó los terrenos que estuvieran plantados «*de pinos, robles o hayas, cualesquiera que sean sus especies, siempre que consten lo menos de 100 hectáreas*», cabida que se calculaba acumulando «*los que disten entre sí menos de un kilómetro*» (art. 2.º). Por eso su Reglamento (Real Decreto de 17 de mayo de 1865) estableció que en el luego llamado *Catálogo de montes de utilidad pública* –registro de naturaleza administrativa y, de momento, sin eficacia

civil (*vid.* sus arts. 3.º y 4.º)— sólo habían de inscribirse los exceptuados de la venta por la Ley de 1863, distinguiendo en el mismo los que fueran «*propiedad del Estado en cada provincia, y los que pertenezcan a pueblos o establecimientos públicos*» (art. 2.º RLM).

A partir de ahí, la Ley de 24 de mayo de 1863 sólo limitó las facultades de goce y disfrute de los *montes públicos*, cuya administración —plena para los del Estado o limitada a su control para los demás— correspondía en todo caso al Ministerio de fomento (*vid.* sus arts. 12 y 13). Esto explica que, cuando su administración en exclusiva de los enajenables «*fuese útil al servicio*», el Estado pudiera «*adquirir los montes de los pueblos y establecimientos públicos por mutuo convenio*» (art. 3.º); y como esa misma razón se acentuaba cuando los pertenecientes a los municipios o entidades públicas no fueran enajenables o cuando lo fueran por tratarse de *montes privados* —o sea, sin limitación legal alguna del poder de disposición de su dueño—, también estaba facultado el Estado para *permutar* los suyos que estaban legalmente en estado de venta «*por otros públicos o de particulares que sean de las especies exceptuadas*» (art. 4.º). Además, tratando de ampliar las superficies forestales exceptuadas de la desamortización, dicha ley establecía también la obligación del Estado de emprender por su cuenta «*las operaciones necesarias para poblar de monte los yermos, los arenales y demás terrenos que no sirvan de un modo permanente para el cultivo agrario*», no sólo sobre los terrenos cuya titularidad le perteneciera sino también, mediante expropiación y con reconocimiento de retracto legal con plazo de cinco años, de los que fueran de propiedad de particulares (art. 5.º).

No obstante, tales operaciones no fueron suficientes para reducir de modo relevante las adquisiciones forzosas de montes por particulares como consecuencia de la desamortización. Así lo pone de relieve la comparación de los excluidos de esta última por el art. 2.º de la Ley de montes de 1863 con el objeto —mucho más amplio— que de tales inmuebles ofrecieron las Ordenanzas Generales de Montes de 1833, las cuales consideraban como tales «*todos los terrenos cubiertos de árboles a propósito para la construcción naval o civil, carboneo, combustible y demás necesidades comunes, ya sean montes altos, bajos, bosques, sotos, plantíos o matorrales de toda especie distinta de los olivares, frutales, o semejantes plantaciones de especial fruto o cultivo agrario*» (art. 1.º). De hecho, cuando la de 1863 fue derogada por la LM 1957 —que no sólo incluía en esta categoría de bienes raíces los terrenos «*en que vegetan especies arbóreas, arbustivas, de matorral o arbóreas (...) que no sean características del cultivo agrícola o fueren objeto del mismo*» (art. 1.2), sino también los que estuvieran adscritos por resolución administrativa «*a la finalidad de ser repoblados o transformados, por tanto, en terrenos forestales*» (art. 1.3)—, eran muchos los particulares que ya habían adquirido en pública subasta las fincas no exceptuadas de la desamortización por la Ley de 1863. Naturalmente, como tales adquirentes no tenían limitado su poder de disposición, ello comporta la titularidad dominical actual de personas físicas o jurídicas de Derecho privado, así como de las comunidades de bienes indivisas que la Ley estatal 21/2015, de 20 de julio, incluyó en la vigente LM 2003 con la denominación de *montes de socios* (*vid.* su art. 27 bis).

Por eso la LM 1957 también facultó al Estado para adquirir, «*mediante compraventa, permuta o expropiación, aquéllos montes de propiedad particular o derechos sobre los mismos que mejor puedan contribuir al cumplimiento de los fines propios del Patrimonio Forestal*» (art. 25); y también a

este último organismo para, atendiendo a sus fines, adquirir «*mediante permuta los montes que aparezcan en el Catálogo como de Entidades Locales y a éstas, con el mismo objeto, los del Estado*» (art. 26). Por su parte, el art. 16 LM 2003 también autoriza a las Comunidades Autónomas para llevar a cabo permutas con otros bienes raíces de una parte de los inscritos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, cuya llevanza les corresponde: por supuesto de forma restrictiva, pues al mismo tienen acceso –como veremos a continuación– los que dicha ley estatal considera de dominio público.

4. En efecto, según el art. 12.1 LM 2003 –dictado al amparo del art. 132 CE (vid. su disp. ad. 2.^a 2)–, «*son de dominio público o demaniales e integran el dominio público forestal: a) Por razones de servicio público, los montes incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública a la entrada en vigor de esta ley, así como los que se incluyan en él de acuerdo con el artículo 16. b) Los montes comunales, pertenecientes a las entidades locales, en tanto su aprovechamiento corresponda al común de los vecinos. c) Aquellos otros montes que, sin reunir las características anteriores, hayan sido afectados a un uso o servicio público*».

Como consecuencia de la atribución a los mismos de dicha naturaleza, el art. 14 LM 2003 establece que «*los montes del dominio público forestal son inalienables, imprescriptibles e inembargables y no están sujetos a tributo alguno que grave su titularidad*». Tras la derogación de «*las leyes desamortizadoras en cuanto se refiere a los bienes de los municipios y las entidades locales menores*» por el art. 5 del Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924, dichos efectos fueron asumidos –tomando como precedentes las de 1945 y de 1975– con carácter general por la vigente Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, que en su art. 80.1 establece que «*los bienes comunales y demás bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles y no están sujetos a tributo alguno*»; o sea, que lo único que hace la LM 2003 es aclarar que este criterio de equiparación entre ambos se extiende –como es obvio– a los montes comunales.

En cambio, lo que sí constituye una novedad legal importante es atribuir la titularidad demanial y sus efectos a los montes catalogados. Así lo reconoce la exposición de motivos de la LM 2003, en la cual se explica que «en el caso de los montes catalogados de utilidad pública, la ley opta por su declaración como dominio público, constituyéndose el dominio público forestal con estos montes junto con los restantes montes afectados a un uso o un servicio público»; y esto tiene su fundamento –añade– en que «*la institución del Catálogo de Montes de Utilidad Pública, de gran tradición histórica en la regulación jurídica de los montes públicos en España e instrumento fundamental en su protección, permanece y se refuerza en la ley*», lo cual le lleva –en conclusión– «*a homologar su régimen, que ya era de cuasi dominio público, con el de los bienes plenamente demaniales*».

Esta novedad no sólo afecta a los montes catalogados a favor del Estado, sino también en su caso a las Comunidades Autónomas. Así resulta de lo dispuesto en el art. 13 LM 2003, a cuyo tenor –y con carácter facultativo– «*a partir de la entrada en vigor de esta ley*» las mismas «*podrán declarar de utilidad pública e incluir en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública los montes públicos*» comprendidos en alguno de los supuestos que enuncia: en todo caso, por supuesto, en relación con los que hubieran adquirido como patrimoniales –de forma voluntaria (compraventa, permuta, donación), forzosa (expropiación) o en virtud del derecho de adquisición pre preferente que contempla hoy su art. 25 (tanteo y retracto legal)– seguidos de la necesaria

afectación, en este caso consistente en la ulterior declaración de su utilidad pública o en su vinculación o un uso o servicio público. De no hacerlo así mediante la correspondiente resolución administrativa, sería aplicable el art. 12.2 LM 2003, según el cual «*son montes patrimoniales los de propiedad pública que no sean demaniales*».

Por lo demás, la *inalienabilidad*, *imprescriptibilidad* e *inembargabilidad* que cualifican en el tráfico a los montes de dominio público forestal (art. 14 LM 2003) también son aplicables a los *montes vecinales en mano común*: por supuesto, unida a la de *indivisibilidad* por tratarse –como dice el art. 11.4 LM 2003– de «*montes privados que tienen naturaleza especial derivada de su propiedad en común sin asignación de cuotas, siendo la titularidad de éstos de los vecinos que en cada momento integren el grupo comunitario de que se trate*». A mi juicio, se trata de una hipótesis en que la evolución consuetudinaria de los montes comunales, desde la atribución de su propiedad a la comunidad formada por los propios vecinos a la afirmación de que la misma corresponde al Municipio, si bien como fiduciaria (para su uso y disfrute por aquéllos), se ha quedado en el primer estadio, gracias a la subsistencia de una organización autónoma no vinculada a ninguna Entidad local. De ahí que los de titularidad municipal se rijan hoy por normas de Derecho público (las de régimen local, estatales y autonómicas, y las ordenanzas locales), tanto en lo que se refiere a su aprovechamiento cuanto a la desafectación de su uso o disfrute por los vecinos (*vid.* art. 78 TRRL); mientras que los montes vecinales en mano común se rigen por las leyes especiales de Derecho privado que los regulan, bien sean de origen estatal (Ley 55/1980, de 11 de noviembre) o de una Comunidad Autónoma con competencia en materia de legislación civil (así, la Ley 13/1989, de 10 de octubre, de Galicia), sin perjuicio –en su caso– de la aplicación supletoria de lo establecido para los montes privados en la LM 2003.

A partir de ahí, la sustancial diferencia que separa a los montes públicos con los vecinales en mano común es la ausencia de las potestades de origen legal que en cualquier caso tienen las Administraciones públicas competentes, como titulares o como gestoras, para la defensa de su patrimonio. Atendiendo a la LM 2003, ello comprende –sean los montes públicos demaniales o patrimoniales– la de investigar la situación de los terrenos forestales que presumiblemente les puedan pertenecer (art. 20.1) y la de deslindar en vía administrativa los montes de su titularidad (art. 21); pero también, con aplicación sólo a los de dominio público, la «*de recuperación posesoria de los poseídos indebidamente por terceros, que no estará sometida a plazo y respecto a la que no se admitirán acciones posesorias ni procedimientos especiales*» (art. 20.2). Por supuesto, el ejercicio de estas potestades administrativas no impide a los particulares afectados el ejercicio de las acciones reales de declaración o reintegración posesoria que procedan en juicio declarativo ordinario a seguir ante la jurisdicción civil, pues –aparte de que esto lo dispone con carácter general el art. 41.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas– así lo reconoce el art. 18 LM 2003 en cuanto a la titularidad de los catalogados –y por tanto demaniales– así como su art. 26.6 en cuanto a las consecuencias posesorias para los colindantes del deslinde administrativo de todos los montes públicos.

5. Desde la LM 1957, la protección frente a terceros de la titularidad de los montes públicos incluidos en el Catálogo tiene como premisa la presunción legal de posesión a favor de la entidad a cuyo nombre figure; y de ello resulta que la misma sólo puede impugnarse en juicio declarativo ordinario de propie-

dad ante los tribunales civiles y no «por medio de interdictos o de procedimientos especiales» (art. 10 LM 1957) ni, si su contradictor estuviera inscrito en el Registro de la propiedad, mediante el ejercicio de la *acción real registral* que contempla el art. 41 LH (vid. arts. 11.6 LM 1957 y 18.1 LM 2003).

Sin embargo, el art. 11.1 LM 1957 estableció a continuación que «*todo monte incluido en el Catálogo y que haya sido deslindado se inscribirá obligatoriamente a favor de la Entidad pública a quien pertenezca el dominio de la finca*». La inscripción *obligatoria* de los montes catalogados en el Registro de la propiedad tenía su razón de ser en la intención de incrementar los medios de defensa de su titularidad dominical, pues la LM 1957 no excluía a los mismos de la regla general de atribución a todos los *montes públicos* de la naturaleza de *patrimoniales*: así lo ponía claramente de manifiesto su Reglamento (Decreto 485/1962, de 22 de febrero), cuyo art. 11.1 establecía que «*los montes públicos tienen la condición jurídica de bienes patrimoniales y, por consiguiente, son de la propiedad privada del Estado o de las entidades (locales u otras de Derecho público) a que pertenecen*». Si bien el art. 11.2 RM 1962 afirmaba –como excepción– que los montes del Estado o de las provincias tenían «*la condición de bienes de dominio público cuando estén adscritos a algún uso público o algún servicio público*», su consideración general como bienes *patrimoniales* es la que obligaba a la inscripción en el Registro de la propiedad de los *montes catalogados*, pues –a pesar de su *inalienabilidad* relativa e *inembargabilidad* (vid. arts. 2.1 y 2.2 LM 1957)– de no estar inscritos y al no estar excluidos del tráfico, podía prevalecer sobre su titularidad la invocada por un tercero favorecido por la *fe pública registral* (vid. arts. 34 y 40 LH).

Así pues, mientras estuvo vigente la LM 1957 la inscripción *obligatoria* en el Registro de la propiedad de los montes públicos catalogados explicaba, en primer lugar, la exclusión *ex lege* del ejercicio frente a ellos de la *acción real registral* (art. 11.6); y además que en la acción reivindicatoria ejercitada por la Entidad pública que fuera su titular registral frente a los terceros poseedores no inscritos, sólo pudiera favorecer a éstos la usucapión *contra tabulas* extraordinaria (vid. art. 36 i.f. LH). Así lo aclaraba su Reglamento, según el cual «*los montes públicos catalogados de propiedad patrimonial sólo podrán prescribir por la posesión en concepto de dueño pública, pacífica y no interrumpida durante treinta años*» (art. 64.1 RM 1962); mientras que «*los montes públicos que tengan las condiciones de bienes de dominio público e igualmente los montes comunales de los pueblos, son imprescriptibles mientras no queden desafectados del uso o del servicio comunal o público a que estuviesen adscritos*» (art. 64.3 RM 1962).

En cambio, el art. 18.3 LM 2003 sólo considera hoy *obligatoria* la inscripción o inmatriculación en el Registro de la propiedad de los montes catalogados, y por tanto de dominio público, «*mediante certificación* –a expedir por la Administración titular o gestora de los mismos– *acompañada por un plano topográfico del monte o el levantado para el deslinde a escala apropiada, debidamente georreferenciados, y en todo caso la certificación catastral descriptiva y gráfica en la que conste la referencia catastral del inmueble o inmuebles que constituyan la totalidad del monte catalogado (...)*»; pero el art. 36.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, ya había obligado a todas ellas –poco antes de la entrada en vigor de aquélla– a «*inscribir en los correspondientes registros los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción*». De hecho, sólo el cumplimiento de

esta obligación hace aplicable lo dispuesto en el art. 19 LM 2003, el cual empieza estableciendo que «*la usucapión o prescripción adquisitiva de los montes patrimoniales sólo se dará mediante posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida durante 30 años*», y aclara a continuación que dicha posesión *ad usucapionem* se interrumpe «*por la realización de aprovechamientos forestales, por la iniciación de expedientes sancionadores o por cualquier acto posesorio realizado por la Administración propietaria del monte*»; aunque esta norma queda desplazada, por supuesto, cuando una legislación civil foral o especial establezca un plazo distinto para la usucapión extraordinaria –así, el de 40 años del Derecho navarro (*vid.* ley 357 FN)– y cuando las Comunidades autónomas con competencia para ello [*vid.* art. 149.1.8.^a CE y núm. 3.a) de la disposición final 2.^a LM 2003] especifiquen para este supuesto concreto otras causas de interrupción de la posesión *ad usucapionem* de los montes públicos que no sean demaniales.

Naturalmente, el hecho de que hoy los *montes públicos* catalogados y los comunales sean de dominio público (art. 12.1 LM 2003) y –en consecuencia– *inalienables, imprescriptibles e inembargables* (art. 14 LM 2003), los excluye del tráfico mientras no tenga lugar su desafectación (*vid.* art. 17 LM 2003); y esto mismo es aplicable, por la misma razón y pese a ser *privados*, a los montes vecinales en mano común (*vid.* art. 11.4 LM 2003). Ello significa que ninguno de los modos de adquirir el dominio o los derechos reales, ni tampoco la fe pública registral, perjudican a la titularidad demanial o privada de dichos montes.

De ahí que la inscripción de los montes de dominio público en el Registro de la propiedad, que la ley considera hoy con carácter general obligatoria, proporcione a los terceros una publicidad *formal* y de eficacia *negativa*: que conozcan la titularidad de los inmuebles que pretenden adquirir cuando su carácter demanial resulte de una decisión legal o administrativa, esto es, cuando el mismo no sea *visible* y notorio para todos por no ser su *uso común* y *general*. Y esto mismo es aplicable a la inscripción de los montes vecinales en mano común, aunque con los inevitables matices que presenta su titularidad privada y el conocimiento social de su naturaleza.

6. Sin embargo, la conclusión anterior no excluye la necesidad adicional de determinar su objeto, esto es, la extensión superficial y la fijación de sus límites con las fincas de propiedad particular que, siendo o no montes con arreglo a su destino o explotación (*vid.* art. 5 LM 2003) y estando en el tráfico, pertenezcan a los colindantes o estuvieran *enclavados* en aquéllos. De ahí la gran relevancia que tiene en estos casos el deslinde de los montes, que se rige por las normas civiles ordinarias –con independencia de que uno de ellos pertenezca a una comunidad vecinal indivisible– cuando ambos sean de propiedad privada (*vid.* arts. 384 a 387 CC) pero tiene distinto régimen cuando alguno de estos colinde con otro de titularidad pública.

En esta última hipótesis, en efecto, «*los titulares de los montes públicos, junto con la Administración gestora en los montes catalogados, gozarán de la potestad de deslinde administrativo de sus montes*» (art. 21.1 LM 2003). Como se ve, esta potestad de deslinde afecta a todos los montes públicos, sean demaniales o patrimoniales; y a partir de ahí, en su tramitación se atiende por un lado a la posición jurídica de la Administración y, por otro, a la posible oposición a sus consecuencias o efectos del titular del dominio o derecho real de goce sobre la finca colindante o enclavada. De lo primero se ocupa el art. 21.4 LM 2003, a cuyo tenor «*los deslindes deberán aprobarse a la vista de los documentos acreditativos o situaciones de posesión cualifica-*

da que acrediten la titularidad pública del monte objeto del deslinde, así como de la cartografía catastral y la certificación catastral descriptiva y gráfica del inmueble o inmuebles afectados, y establecerán sus límites con sus cabidas y plano georreferenciado si se dispone de él, debiendo concretarse igualmente los gravámenes existentes». A lo segundo atiende el art. 24.5 LM 2003, según el cual «solamente tendrán valor y eficacia en el acto del apeo –o sea, en la valoración por la Administración de los efectos para los colindantes del ejercicio de su potestad de deslinde– los títulos de dominio inscritos en el Registro de la Propiedad y sentencias firmes en juicio declarativo de propiedad».

A mi juicio, como la redacción actual de ambos preceptos procede de la Ley 21/2015, de 20 de julio, para la correcta interpretación de las causas que según el art. 24.5 LM 2003 limitan la potestad administrativa de deslinde en caso de colindancia de un monte público con un terreno privado hay que atender al contexto en que se realizó tal reforma.

La primera de ellas ha tenido siempre su fundamento legal en la *presunción de exactitud registral* (art. 38. I LH), la cual –si atendemos a su criterio general– no limita la legitimación de la Entidad pública para ejercitar la *acción contradictoria* del dominio inscrito (art. 38. II LH). Sin embargo, tras la reforma de la LM 2003 por la Ley 21/2015, lo lógico es concluir que en la resolución definitiva del deslinde ha de prevalecer la representación gráfica del monte a que se refiere su art. 21.4, sin perjuicio de sea entonces el particular afectado quien está legitimado para ejercitar el «juicio declarativo de propiedad» que proceda (art. 21.6), por supuesto ante la jurisdicción civil (*vid.* art. 21.7). En mi opinión, como en este caso el deslinde supone el ejercicio de una potestad administrativa de Derecho público, no puede prevalecer en el mismo la norma de Derecho privado que –desde la reforma de la Ley hipotecaria por la Ley 13/2015, de 24 de junio– determina que dicha presunción registral también comprende el hecho de «que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real» (art. 10.5 LH).

Por otra parte, la inclusión en el apeo de las «sentencias firmes en juicio declarativo de propiedad» se explica, en realidad, en la exclusión por la Ley 21/2015 de la valoración de los títulos no inscritos «que la Administración titular y el órgano forestal de la Comunidad autónoma consideren con valor posesorio suficiente» que antes contemplaba el art. 21.4 LM 2003. En mi opinión, por eso hay que entender que dicha causa ha de referirse a los casos en que los títulos de dominio del particular colindante no estuvieran inscritos en el Registro de la propiedad pero su condición de dueño hubiera sido declarada en sentencia firme, siempre que sus efectos de cosa juzgada no afecten a quién sea titular del monte público que fuera objeto del deslinde administrativo. De no ser así no serían aplicables dos de sus reglas sustanciales: la de que «el deslinde aprobado y firme supone la delimitación del monte y declara con carácter definitivo su estado posesorio, a reserva de lo que pudiera resultar de un juicio declarativo de propiedad» (art. 21.6 LM 2003); y la de que la resolución que lo apruebe será siempre recurrible por los colindantes ante la jurisdicción civil «si lo que se discute es el dominio, la posesión o cualquier otro derecho real» (art. 21.7).

Por lo demás, a esto añade el art. 21.8 LM 2003 que «la resolución definitiva del expediente de deslinde es título suficiente, según el caso, para la inmatriculación del monte, para la inscripción de rectificación de la descrip-

ción de las fincas afectadas y para la cancelación de las anotaciones practicadas con motivo del deslinde en fincas excluidas del monte deslindado». Como es obvio, la consideración de la resolución definitiva del deslinde administrativo como título suficiente para su inmatriculación en el Registro de la Propiedad de los montes públicos sólo tiene pleno sentido en relación con los patrimoniales, pues en cuanto a los hoy considerados como de dominio público ello no es aplicable a los catalogados ya inscritos por su titular en cumplimiento de la obligación que les imponía el art. 11.1 LM 1957, sino únicamente a los que hubieran sido declarados de utilidad pública e incluidos en el Catálogo después de la entrada en vigor de la LM 2003 [vid. sus arts. 12.1, 16 y 18.3]. En todo caso, el acceso a dicho Registro de la «*rectificación de la descripción de las fincas afectadas*» por el deslinde administrativo incluye hoy a todos los montes públicos inscritos en la inversión de la carga de la prueba que resulta de la extensión por la Ley 13/2015 a sus límites físicos de la presunción de exactitud registral (art. 10.5 LH) en el ejercicio por el colindante afectado –con eficacia en su caso parcial– de la *acción contradictoria* del dominio inscrito (art. 38. II LH).

Por último, el art. 21.8 LM 2003 dispone a continuación que la resolución definitiva del expediente administrativo de deslinde «*no será título suficiente para rectificar los derechos anteriormente inscritos a favor de los terceros a que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria*». Por supuesto, esta valoración no forma parte de la calificación por el Registrador, la cual –como se explica con acierto en este libro– la limita la Ley hipotecaria, tras su reforma por la Ley 13/2015, a la posibilidad de excluir de la inscripción no el título, sino «*la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público*» [art. 199.1. IV LH y, en el mismo sentido, art. 9.b). V de la misma], o la de evitar, en su caso y con mayor alcance, la doble inmatriculación (vid. arts. 203 y 205 LH). En consecuencia, la concurrencia o no de la fe pública registral han de decirlo los tribunales civiles en la acción sustantiva que siempre puede ejercitar el particular perjudicado por el deslinde administrativo, por supuesto si en el mismo la invoca; pero además, ello únicamente puede ser apreciado judicialmente cuando el deslinde tuviera por objeto un monte público de naturaleza patrimonial, pues sólo ellos están en el tráfico. En cambio, si el mismo tuviera por objeto un monte demanial o de dominio público, como su *imprescriptibilidad* los excluye del «*comercio de los hombres*» (art. 1.936 CC) en ningún caso resulta aplicable la fe pública registral en dicho proceso civil posterior, en el cual sólo puede apreciarse y corregirse el error de linderos o superficie que resulte del expediente administrativo de deslinde incorporado a la descripción gráfica de la finca inscrita.

7. En definitiva, como he dicho al iniciar esta recensión, iba a dejar para el final las cuestiones del actual régimen legal de la titularidad de los montes que la autora parece haber salvado de su crítica pero que, a mi juicio, la merecen. En este sentido, en el libro se explica muy bien la conversión de los montes públicos catalogados, antes de carácter patrimonial (LM 1957), en montes de dominio público (LM 2003) con mantenimiento –a pesar de haber cambiado su naturaleza– de su inmatriculación obligatoria en el Registro de la propiedad; pero falta en buena medida –a mi juicio– profundizar en las consecuencias sustantivas de la exclusión del tráfico de los montes demaniales que, en cuanto a su mera *titularidad* y mientras no sean desafectados, convierte en *inocua* su inscripción. A partir de ahí, también se expone con acierto la potestad pública que se ejerce en el deslinde administrativo de los

montes públicos cuando sean colindantes con montes o fincas de propiedad privada; pero acaso hubiera sido necesario profundizar más en la eficacia que, desde la reforma de la Ley hipotecaria por la Ley 13/2015, pasa a tener sobre su objeto la inscripción de los montes de dominio público. Y por último, falta en el libro la crítica que merece la decisión legal carente de todo fundamento de excluir los efectos registrales del deslinde administrativo de los montes públicos –sean demaniales o patrimoniales– cuando la titularidad privada de los montes o fincas de los colindantes estén inscritas y los mismos estén además favorecidos por la *fe pública registral*: un modo de adquisición *a non domino* de eficacia relativa y limitada a la *cadena* de la que forme parte el titular inscrito que la mayoría de la doctrina –por supuesto la administrativa, pero también buena parte de la civil–, como si fuera una suerte de *tótem* intocable, no se atreven a valorar cuando la cita la ley.

En fin, si se tiene cuenta la obra en su conjunto, todas estas cuestiones son *peccata minuta* que en nada afectan a su altísimo nivel. Por eso he de terminar reconociendo que, aunque yo creía saber algo sobre el régimen jurídico de los montes, en realidad mi conocimiento sobre la materia se debe a la lectura del libro de la profesora Sofía de Salas, que no sólo tiene interés para los que quieran conocer los criterios por los que se rige nuestro patrimonio forestal sino también para todos los que estén interesados en la concurrencia en materia inmobiliaria del Derecho privado con el público.

Pedro DE PABLO CONTRERAS
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

EGEA I FERNÁNDEZ, Joan/FERRER I RIBA, Josep (Dir.), FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.): *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya –La persona física i les institucions de protecció de la persona–*, Atelier, Barcelona, 2017, 578 pp.

En 2014, tras tres años de la entrada en vigor de la Ley 25/2010 de 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, vieron la luz los comentarios a los Títulos III y IV, referidos a la Familia y las Relaciones convivenciales de ayuda mutua, optando entonces sus directores por abordar primero esta última parte del Libro II, sin esperar a completar la totalidad de la obra, al tratarse de materias con mayor aplicación práctica y mayor conflictividad judicial.

En 2017 se completa la obra con los Comentarios a los Títulos I y II. La publicación se produce con cierto retraso respecto de las previsiones iniciales de sus directores, lo que se justifica sobradamente entre otras cuestiones y fundamentalmente, por la necesidad de incorporar a los Comentarios las modificaciones legales introducidas en el ordenamiento catalán por la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria (en relación con la tramitación de expedientes ahora encomendados a notarios y letrados de la Administración de justicia o relativos a la capacidad para contraer matrimonio o la nueva regulación de la separación o divorcio extrajudiciales), que finalmente se producen por Ley 3/2017, de 15 de febrero del Libro Sexto del Código Civil relativo a las Obligaciones y contratos y de modificación de los Libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto (BOE A-2017-2466). (La ley afecta en

cuanto se refiere al contenido de los presentes Comentarios, a la redacción de los arts. 211-3, 211-7, 211-8, 222-21, 222-29, 223-1, 223-7, 223-9, 224-1, 224-2 y 224-3). Igualmente como también se pone de manifiesto y justifican sus directores, se incorpora «in extremis» a la obra y ya en periodo de corrección de pruebas, las reformas que afectan a los arts. 222-2, 222-36 y 222-46 introducidas por la Ley 10/2017, de 27 de junio de las Voluntades Digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil (BOE-A-2017-8525). Todo ello no sólo justifica el retraso en su publicación sino que le confiere el valor añadido de incorporar a la obra las últimas reformas operadas en su articulado.

Con la misma sistemática utilizada en los Comentarios de 2014, se anticipan ya en su prólogo las novedades más relevantes que, en este caso, presentan los Títulos I y II del Libro Segundo del CCCat, tales como la regulación completa de la emancipación; la incorporación del régimen jurídico-civil del consentimiento informado y del documento de voluntades anticipadas en los tratamientos médicos; la determinación del momento en el que se adquiere la personalidad prescindiendo de la exigencia que establecía el ya modificado art. 30 del CC (téngase en cuenta que la reforma del citado precepto se produce en la LRC de 2011 y por tanto con posterioridad a la entrada en vigor del Libro Segundo del CCCat); la presencia del concepto de capacidad natural (art.211-3) como fundamento de la capacidad de obrar, como medida para que, de conformidad con la Convención de Nueva York de 2006 se extienda tal opción a las personas con discapacidad (sin perjuicio de su aplicabilidad práctica real derivada de su necesaria compatibilización con la normativa estatal aplicable al respecto por cuestiones competenciales).

Igualmente se destaca como novedad de la legislación comentada, en relación con las Instituciones de protección de las personas con capacidad judicialmente modificada (Título II regulador de la tutela, curatela, defensor judicial, guarda de hecho y asistencia), una voluntad de reforzamiento de la autonomía personal acorde con la Convención de Nueva York, de forma que la capacidad jurídica de las personas con discapacidad debe serlo en igualdad de condiciones que el resto de las personas en todos los aspectos de su vida. Aunque podría considerarse que las previsiones del Libro II han de quedar en una mera declaración de intenciones que aparece en el preámbulo como advertencia sobre la manera en que han de interpretarse las referencias sobre la modificación judicial de la capacidad, acordes con los principios de la Convención y siempre en los términos menos restrictivos para la autonomía personal. Como veremos, a las figuras tradicionales de protección, se incorpora como novedad, inspirada en cierta medida en la *rechtlliche Betreuung* del BGB, la figura de «la asistencia» (arts. 226-1 a 226-7) (desconocida como tal en el derecho común), aunque con una función diferente a la que tiene en el derecho alemán. Se trata de una figura prevista para las personas que teniendo alguna disminución no incapacitante, de sus facultades físicas o psíquicas, mandan de la autoridad judicial el nombramiento de un asistente de su persona o bienes. Igualmente, en la línea de evitar, en determinados momentos de la vida de una persona, la demanda de modificación judicial de su capacidad, como es el caso de los ancianos o personas con demencia senil, se refuerzan figuras como la Guarda de Hecho (arts. 225-1 a 225-5).

Tras abordar la institución de los denominados «Patrimonios protegidos» (Capt. VII- arts. 227-1 a 227-9) atendiendo a la normativa estatal prevista en la Ley 41/2003, se cierra el Título II con una serie de normas generales relativas a la protección de los menores desamparados, sin las cuales, en palabras

de los directores de los Comentarios, el catálogo de instituciones de protección sería manifiestamente incompleto. Hay que tener en cuenta no obstante, que el legislador catalán optó en su momento por regular específicamente todas las cuestiones, cuyo desarrollo ha devenido complejo, a través de una Ley específica, la Ley 14/2010, relativa a los derechos y oportunidades de la infancia y la adolescencia, aprobada con escasa diferencia de tiempo en relación con el Libro II del Código.

La obra se aborda, como en el caso de los Comentarios de los Libros III y IV, combinando el análisis exegético y dogmático de los preceptos, incorporando así mismo valoraciones de carácter más práctico y dejando constancia de la jurisprudencia de las Audiencias catalanas así como del TSJ de Cataluña sin dejar por ello de analizar la jurisprudencia del TS relevante en instituciones como las abordadas, objeto de regulación igualmente por el derecho estatal.

El trabajo es el resultado de la colaboración de dieciocho especialistas, procedentes mayoritariamente del mundo académico (representado fundamentalmente por profesores de derecho civil y un profesor de derecho romano, todos ellos con un amplio curriculum docente e investigador en derecho civil catalán) aunque igualmente se ha contado con la participación de representantes de la práctica profesional, notarial, así como de miembros de la judicatura,

Obviamente resulta imposible hacer una valoración crítica de todos los comentarios que conforman esta obra de 578 páginas, pero sí se puede afirmar que existe un común denominador en todos ellos y un dato esencial que confiere unidad a la obra, igual que lo hiciera el anterior Comentario de 2014: Por un lado debe ponerse de manifiesto algo que no en todas las obras colectivas ocurre, aunque se trate de comentarios a textos articulados: la ausencia de solapamiento en el tratamiento de los temas abordados, lo que, en gran medida creo resulta mérito indiscutible de sus directores y de su coordinadora. Por otro, el hecho de que en todos aquellos casos en que se ha producido una modificación (y en esta ocasión así ha ocurrido con las reformas que han afectado al texto original), aunque sea meramente terminológica, respecto de la regulación anterior, quienes afrontan el comentario del precepto afectado comienzan, previo al análisis detallado del contenido del articulado, con una referencia genérica al ámbito de aplicación, origen de la norma y problemática que plantea en la comparativa con los orígenes y evolución legislativa de cada una de las instituciones abordadas en ellas, así como con un estudio pormenorizado de los posibles motivos de la modificación en relación con la regulación anterior, en aquellos casos en que esta se ha producido. Ello, al margen de que el propio preámbulo de la Ley ya resalta los aspectos fundamentales que han sido alterados en la vigente regulación, resulta absolutamente relevante cuando se incluyen expresamente las motivaciones que han justificado el giro del legislador (la evolución de la sociedad catalana, el cambio en los criterios marcados por la jurisprudencia, con indicación en la mayoría de los casos de las decisiones relevantes que pueden haber producido tales cambios o, en su caso, la posición doctrinal dominante que ha podido contribuir a una nueva regulación o a los cambios más significativos). Esto es sin duda lo que convierte el trabajo en una obra relevante para, no sólo el jurista catalán, sino también para el resto de los estudiosos y aplicadores del derecho, y para el propio legislador nacional.

Hacemos referencia a continuación, brevemente, al contenido concreto de los Comentarios, que abordan en primer lugar el análisis del Título I del Código, relativo a la Persona física (arts. 211-1 a 212-7).

Configurado por dos capítulos, el capítulo I (Personalidad civil y capacidad) dedica los artículos 211-1 a 211-13 a la personalidad civil, conmorienencia, mayoría y minoría de edad, interés superior del menor, emancipación y vida independiente del menor y los actos en que se requiere el complemento de capacidad del mismo (comentados por J. Egea Fernández- arts.211-1 a 211-6- y J. Ferrer Riba- arts.211.7 a 211-13)¹. El punto de partida, eje central del ordenamiento civil es la persona física, destacándose que la regulación catalana se circunscribe a los efectos del derecho catalán, quedando fuera otros aspectos de competencia estatal, como son las cuestiones relativas a la modificación judicial de la capacidad o los derechos fundamentales. Especialmente problemático resultaba el abordaje de la Ley catalana sobre la personalidad civil ante el cuestionamiento por parte del Gobierno del Estado de la constitucionalidad de su tratamiento al regular una cuestión, sin precedente dentro del ordenamiento catalán y de competencia exclusiva del Estado, además de abordarse el tema con un tratamiento diferente al del entonces vigente art. 30 CC (como se sabe, modificado posteriormente en 2011 por la LRC y siendo precisamente uno de los preceptos con entrada en vigor inmediata). No obstante la cuestión quedó zanjada definitivamente por Resolución de 4.5.2011 de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, estableciendo un doble reconocimiento competencial (estatal y autonómico), sin que se llegara a interponer recurso de inconstitucionalidad, justificado por la delimitación que el propio Parlamento Catalán señaló al circunscribir el régimen de adquisición y extinción de la personalidad previsto, a los efectos del derecho catalán.

Como ya ocurriera en la Comentarios a los Títulos III y IV del Libro II del CCCat, quienes ahora comentan el articulado parten en la mayoría de los casos de una breve reflexión inicial o introductoria que sirve para poner de manifiesto en su caso, el origen y razón de ser del precepto comentado, situando al lector ante el contenido esencial que es desarrollado posteriormente. Es el caso, por ejemplo del art. 211-2, modificado respecto de su original redacción, por la Ley 6/2015, de 13 de mayo, y que parcialmente reproduce el contenido del art. 33 CC, pero que introduce en su apartado segundo la presunción de conmorienencia cuando existe unidad de causa o de las circunstancias que motivan la defunción y entre ambas muertes han transcurrido menos de setenta y dos horas. Dicho precepto se inspira en las secciones 2-104 y 2-704 del *Uniform Probate Code* (1969) de EEUU, que en 1991 se incorpora como art. 2 a la *Uniform Simultaneous Death Act*, y se encuentra igualmente incorporado en otros ordenamientos dentro del derecho comparado.

Especial atención se presta igualmente a la capacidad natural como fundamento de la capacidad de obrar (art. 211-3) cuyo fundamento se encuentra

¹ Dentro del CC español no se recoge de forma unitaria el tratamiento de la persona física, puesto que si bien es el libro I (De las personas) del capítulo primero del Título II el que aborda en sus arts. 29 a 34 el nacimiento y extinción de la personalidad civil de las personas naturales, y el Título XI –arts. 314 a 324– la mayor edad y la emancipación, siguiendo una sistemática diferente a la del CCCat, puesto que se aborda precisamente después del tratamiento de la incapacidad en el Título IX –arts. 199 a 214– y de las instituciones de Tutela, Curatela y de la Guarda de menores e incapacitados en el Título X –arts. 215 a 325–.

precisamente en la Convención de N. U sobre derechos de los niños (CNU-DPD) y la necesaria interpretación que ha de hacerse en relación con las limitaciones a la capacidad de obrar, ya manifestada en el Preámbulo de la Ley 25/2010, de acuerdo con la citada Convención, es decir, en el sentido menos restrictivo a la autonomía personal. Criterio que sin embargo para Egea, no ha seguido el legislador estatal ni siquiera tras la necesaria adaptación introducida en la LJV, que se limita a incidir en aspectos puramente terminológicos. Igualmente ha de prestarse especial atención a la nueva redacción del precepto señalado al incorporar en su texto original el nuevo párrafo 4 (capacidad para el ejercicio del derecho de sufragio) introducido por Ley 3/2017 de 15 de febrero. Si bien la norma responde, en palabras de su comentarista, a la reivindicación que se venía planteando por parte de las familias y las entidades de tutela de personas con capacidad modificada judicialmente, privadas del derecho de sufragio, la regulación legal es más limitada que lo que realmente se reivindicaba, en la medida en que lo que fija es la necesidad del pronunciamiento judicial expreso sobre el derecho de sufragio cuando se declare la modificación de la capacidad de una persona cuando lo que realmente se reclamaba era que las personas con discapacidad intelectual pudieran participar en las elecciones. Lo que no deja de ser aplicación de la norma contenida en el art. 3.2 de la LOREG puesto que la materia no es objeto de la competencia de la Generalitat por lo que no podría darse una respuesta diferente a la prevista en la citada LO como competencia exclusiva del Estado.

Finalmente, tal y como señala el Preámbulo de la Ley, se analizan las disposiciones sobre mayoría y minoría de edad, emancipación y régimen jurídico de los actos del menor emancipado, que colma las lagunas existentes. Nuevamente en este punto se parte del análisis de competencia de la Generalitat en esta materia, partiendo de la regulación existente en el derecho histórico catalán (Usatge Tutores, CiADC 5,4,1). Ha de resaltarse igualmente (en la línea sobre la que se mueve la regulación específica de las personas menores de edad como quien se encuentra en proceso de evolución hacia la mayoría de edad y por tanto susceptible de ser objeto de protección de forma no estática) el análisis exhaustivo que se hace, dentro del estudio del art. 211-6, del Interés superior del menor como principio y como derecho, resumiendo de forma concisa pero a la vez absolutamente completa la evolución legal desde su formulación en la Declaración de los Derechos de los niños de 1959 hasta la reciente modificación del art. 2 LOPJM por LO 8/2015.

El capítulo II (Autonomía de la persona en el ámbito de la salud) aborda en su *sección 1.ª* los Tratamientos médicos (arts. 212-1 a 212-3, comentados por E. Farnós Amorós), en la *sección 2.ª* el tema de los internamientos (arts. 212-4 a 212-6, comentados por S. Ventura Mas) y en su *sección 3.ª*, las decisiones sobre el propio cuerpo (art. 212-17, comentado por E. Farnós Amorós). Tal y como se pone de manifiesto en el preámbulo de la Ley y en los propios comentarios, se incorporan al CCCat los principios de la Ley autonómica 21/2000, sobre derechos de información concernientes a la salud y autonomía del paciente y documentación clínica y la Ley estatal 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Las disposiciones, más bien dispersas, que el Código de familia dedicaba a estos principios en el marco de la tutela y la guarda de hecho no los reflejaban bien ni los armonizaban. En este sentido, se aclara el alcance de la legitimación para tomar decisiones en sustitución del paciente, se suprime la autorización judicial que

debían pedir el tutor o los padres para aplicar ciertos tratamientos médicos a las personas puestas en tutela o en potestad, que no exige la legislación del ámbito sanitario. Este capítulo se completa con unas normas referidas al documento de voluntades anticipadas y al internamiento por razones de trastorno psíquico, del que se elimina la referencia al hecho de que deba tratarse de un establecimiento cerrado.

Siguiendo la misma dinámica que en el resto de la obra, se abre cada comentario con un apartado de Consideraciones generales, que sitúa al lector de forma directa en el entorno, circunstancias y justificación específica de la norma analizada lo que permite deslizarse en la lectura y comprensión completa de cada precepto partiendo de la lógica del mismo, a la que se acompaña no sólo un estudio valorativo de profundidad tanto en las referencias doctrinales como la más reciente jurisprudencia sobre la materia. En concreto y específicamente en esta materia parten los comentarios del análisis del recurso de inconstitucionalidad que el Parlamento catalán interpuso contra la ley estatal de 2002 al considerar que algunos de sus preceptos no respetaban las competencias autonómicas en relación con su capacidad organizativa. Recurso inadmitido a trámite por presentación extemporánea por ATC228/2003 de 1 de julio. En todo caso, al tener la ley estatal carácter básico, la ley catalana sólo la puede desarrollar, sin contradecir los aspectos que la primera regula con carácter básico. No se oculta tampoco que algunos de los preceptos del capítulo fueron objeto de Dictamen por el Consejo de Garantías Estatutarias de 6 de julio de 2010 en el sentido de considerar que los preceptos señalados no eran contrarios ni a la CE ni al Estatuto de Autonomía aunque su ubicación en una ley de naturaleza fundamentalmente civil podía ser discutible desde un punto de vista de pura técnica legislativa.

La obra dedica la mayor parte de su contenido (por razones obvias derivadas de la mayor extensión de la materia y articulado) al estudio del Título II del Código civil de Cataluña, sobre las Instituciones de Protección de la Persona (arts.221-1 a 228-9).

En él se agrupan las instituciones de protección de las personas mayores de edad que no pueden gobernarse por sí mismas y la protección de los menores, en particular la de los menores en situación de desamparo. Junto con estas instituciones, se incluye la regulación de la asistencia y la protección patrimonial de personas discapacitadas y dependientes. La principal característica del título II, según establece el propio Preámbulo de la Ley es que incorpora una gran variedad de instrumentos de protección, que pretenden cubrir todo el abanico de situaciones en que pueden encontrarse las personas con discapacidad. Se mantiene las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación, pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de ésta, ateniéndose a la constatación que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familiares prefieren no promoverla. Esta diversidad de regímenes de protección sintoniza con el deber de respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona, y con los principios de proporcionalidad y de adaptación a las circunstancias de las medidas de protección, tal y como preconiza la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado español.

El capítulo I (Disposiciones comunes- arts. 221-1 a 221-5, comentados por C. E. Florensa i Tomàs) hace referencia a las reglas comunes a todas las instituciones de protección y las configura como un deber que, bajo el control de la autoridad judicial, debe ejercerse en interés de la persona protegida y de

acuerdo con su personalidad, procurando que las decisiones que le afecten respondan a sus anhelos y expectativas. Se regulan y analizan, frente a lo que ocurría en el CF, alejadas sistemáticamente de la potestad parental, en un intento de reforzar su tratamiento autónomo e independiente de ésta. Con el tratamiento de la Tutela como figura principal de protección, se incorporan en el ordenamiento catalán por primera vez tres nuevos instrumentos (el denominado «apoderamiento preventivo»- art. 222.2-; la «asistencia»- arts. 226-1 a 226-7- y «el patrimonio protegido»- arts. 227-1 a 227-9-) con la pretensión de cubrir, junto con las instituciones tradicionales, todo el ámbito de situaciones en que pueden encontrarse las personas.

El capítulo II (La Tutela), según se indica en el Preámbulo de la Ley, incorpora el régimen del CF, pero con algunas novedades remarcables. Por una parte, en la línea de un mayor reforzamiento de la autonomía de la persona, que sigue el camino iniciado por la Ley 11/1996, de 29 de julio, de modificación de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares, con la admisión de la autotutela, se flexibiliza la respuesta jurídica ante la pérdida progresiva de facultades cognitivas y volitivas de la persona, admitiendo que, si se hubiese otorgado un poder en previsión de una situación de pérdida de capacidad, el hecho de que esta circunstancia se llegue a producir no lleva necesariamente a la extinción de aquél. Se trata de que no sean siempre precisas la incapacitación y la constitución formal de la tutela, que se configura como una medida de protección, especialmente en casos de desamparo del incapaz, cuando a la grave enfermedad psíquica se le añade la falta, inadecuación o imposibilidad de apoyo familiar. Paralelamente, se han fijado unas cautelas para el otorgamiento de las escrituras que contienen la delación hecha por uno mismo, ya que se ha detectado que, con excesiva frecuencia, algunas escrituras de designación de tutor se otorgan justo antes de instar la incapacitación, lo que hace sospechar que puede existir captación de la voluntad por parte del designado o, simplemente, que el otorgante no era plenamente capaz. Por ello, por una parte, se consideran ineficaces las delaciones hechas por uno mismo si la escritura que las contiene se ha otorgado después de haberse instado el proceso sobre su capacidad o después de que el ministerio fiscal haya iniciado sus diligencias preparatorias; y por otra parte, se legitima a las personas llamadas por la ley para ejercer la tutela o al ministerio fiscal para oponerse judicialmente a la designación hecha por el mismo interesado dentro del año anterior al inicio del procedimiento sobre la capacidad. Se incide también en la aptitud para ejercer los cargos tutelares y se adaptan las normas sobre excusas a la realidad de la necesaria y conveniente especialización de las entidades tutelares no lucrativas dedicadas a la protección de personas incapacitadas. Por ello, se permite que las personas jurídicas se excusen si no disponen de medios suficientes para desarrollar adecuadamente la tutela o si las condiciones personales del tutelado son ajenas a los fines para los que han sido creadas. Finalmente, en línea con la crítica unánime que habían hecho los operadores jurídicos, también se ha revisado el régimen de rendición de cuentas durante el ejercicio del cargo y al final de este, de modo que deban rendirse ante la autoridad judicial que haya constituido la tutela.

La *Sección primera* (disposiciones generales- arts. 222-1 a 222-3) es comentada por M. Esperanza Ginebra Molins; la *Sección segunda* (delación voluntaria- arts. 222-4 a 229-9) es comentada por Josep Solé Feliu; la *Sección tercera* (Delación judicial- arts. 222-10 a 222-13) es comentada por Miquel Puiggalí i Torrentó; la *Sección cuarta* (Constitución y ejercicio de la

Tutela) es comentada por Miquel Puiggalí i Torrentó – arts. 222-14 a 222-19, por Mireia Artigot i Golobardes- arts. 222-20 a 22-27- y por Laura Alascio Carrasco- arts. 222-28 a 22-34- y la *Sección quinta* (Contenido de la Tutela- arts. 222-35 a 222-47) por Albert Ruda González. Por último, las *Secciones sexta y séptima* (Extinción y Consejo de la Tutela- arts. 222-48 a 222-53 y 222-54 respectivamente) son comentadas por Mauricio Pérez Simeón. Como ya se indicó inicialmente, varios de los preceptos comentados han sido objeto de una nueva redacción frente a la originaria del Libro II, por las Leyes 3/2017 y 10/2017, que son incorporadas en los comentarios realizados.

Los capítulos III y IV abordan la curatela y el defensor judicial, respectivamente (arts. 223-1 a 223-10, comentados por Jordi Ribot Igualada y 224-1 a 224-5, comentados por J. Manel Abril Campoy). Según establece el Preámbulo de la Ley, a pesar de que la curatela se concibe como una institución complementadora de la capacidad en que es la persona protegida la que actúa por sí misma, se admite que en supuestos de incapacitación parcial la sentencia pueda conferir facultades de administración al curador, que, si es preciso, puede actuar como representante. Se apunta al respecto que la fórmula utilizada por el legislador en el artículo que abre la institución- 223-1- es más respetuoso con el sentido de la misma que el anterior art. 237 CF. El capítulo IV mantiene el carácter versátil y flexible del defensor judicial partiendo de su configuración como institución tutelar que cumple una función de ajuste de las demás instituciones de protección, incluida la potestad parental. Igualmente, como se señaló más arriba, se incorporan en los comentarios las correspondientes reflexiones sobre aquellos preceptos- arts. 223-1, 223-7, 224-1 224-2 y 224-3- que tras las reformas introducidas en 2017 tienen una nueva redacción frente a la original de 2010.

El capítulo V (La Guarda de Hecho – arts. 225-1 a 225-5- comentados por Lidia Arnau Raventós), según establece el Preámbulo de la Ley, delimita unos contornos más precisos para la guarda de hecho, que se vincula a los casos en que se cuida de una persona menor en situación de desamparo o de una persona mayor de edad en quien se da una causa de incapacitación. En este segundo caso, la obligación de comunicar el hecho de la guarda a la autoridad judicial se limita al caso en que la persona está en un establecimiento residencial, sin perjuicio de lo establecido por la legislación procesal. En la práctica son excepcionales, y más bien extremos, los casos en que las familias toman la decisión de solicitar la incapacitación de las personas ancianas afectadas de demencias seniles o de otras enfermedades que les impiden decidir por sí mismas. Por otra parte, cuando se ejerce la guarda de hecho de una persona que está en potestad parental o en tutela, también se ha considerado pertinente que la autoridad judicial pueda conferir funciones tutelares al guardador, si existen circunstancias, como por ejemplo la duración previsible de la guarda o las necesidades de la persona guardada, que lo hagan aconsejable. Junto a la disposición que permite no constituir la tutela si se hubiese otorgado un poder en previsión de la pérdida de capacidad, los cambios en relación con la guarda de hecho son un reflejo del nuevo modelo de protección de la persona que diseña el Libro segundo. Este modelo ha sido guiado por la idea de considerar que la incapacitación es un recurso demasiado drástico y, a veces, poco respetuoso de la capacidad natural de la persona protegida.

El capítulo VI (La Asistencia- arts. 226-1 a 226-7, comentados por Esther Arroyo Amayuelas), incluye, como ya se reflejó anteriormente, un nuevo instrumento de protección, dirigido al mayor de edad que lo necesita para cuidar

de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas.

Como apunta la comentarista del capítulo y apuntamos igualmente anteriormente, la figura encuentra su paralelismo en la *Betreuung* (arts. 1896 y ss BGB) y en la *suavegarde en justice* (arts. 433 ss CCfr), aunque son numerosas las diferencias que separan la institución alemana de la prevista en el CCCat. En Alemania se ha prescindido del procedimiento de incapacitación, mientras que en España el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar es de competencia estatal. Por ello podría pensarse, apunta la autora, que una institución que proteja, sin restringir la capacidad de obrar, no encaja en un sistema que aun presupone que tal restricción es necesaria para proteger a los adultos que no se pueden gobernar por sí mismos. Sin embargo, en la práctica la figura de la «Asistencia» ha contribuido a reducir los casos de incapacitación y ésta era precisamente su pretensión, sobre la base de un procedimiento más ágil, menos intervencionista y menos estigmatizador socialmente.

El capítulo VII (Protección patrimonial de la persona discapacitada o dependiente- arts. 227-1 a 227-9, comentados por Lluís Jou i Mirabent) incorpora como novedad al derecho catalán, como ya señalamos más arriba, la figura del patrimonio protegido, que comporta la afectación de bienes aportados a título gratuito por la persona constituyente, así como de sus rendimientos y bienes subrogados, a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona afectada por discapacidad psíquica o física de una cierta gravedad o por una situación de dependencia igualmente severa. Hasta la entrada en vigor del Libro II del CCCat los patrimonios protegidos constituidos en Cataluña se regían por la ley estatal (Ley 41/2003) pero atendiendo a la DT 1.ª de la Ley 25/2010 del Libro II citado los regímenes de protección constituidos antes de su entrada en vigor debía regirse, en cuanto a sus efectos y ejercicio de cargos, por el CCCat.

El capítulo no abre con una definición legal de la institución, sino con la relación de personas que pueden ser beneficiarias de la misma, ello en coherencia con el resto de los capítulos dedicados al resto de las instituciones de protección y además porque los patrimonios protegidos del CCCat son tributarios de la normativa estatal, tanto en lo que se refiere a los beneficios fiscales que del mismo derivan como en lo que se refiere a la determinación de las situaciones de discapacidad o dependencia.

Ha podido detectarse que, pese a los beneficios fiscales establecidos por la legislación estatal, los casos en que las familias catalanas han usado este instrumento han sido más bien pocos. Como complemento de esta figura, se diseña un régimen de administración del patrimonio protegido y de supervisión de la actividad del administrador y la disposición adicional primera regula, también, la creación del Registro de patrimonios protegidos.

Para finalizar el capítulo VIII (Protección de los menores desamparados – arts. 228-1 a 228-9, comentados por Marian Gili Saldaña), incorpora, según se señala en el Preámbulo de la Ley, los aspectos civiles de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, y tiene en cuenta el nuevo modelo de protección de la legislación sobre la infancia y la adolescencia, en que la declaración de desamparo se reserva para los casos más graves en los que es preciso separar el menor de su núcleo familiar. En esta materia, el CCCat, regula la protección de menores desamparados en paralelo a las demás instituciones de protección de la persona, y remite a la legislación sobre la infancia y la adolescen-

cia los indicadores de desamparo, las medidas de protección, el procedimiento para su adopción y revisión, el régimen de recursos y las causas de cese. A la vez, se da visibilidad a la función que cumple la persona o familia acogedora, que asume la guarda y las responsabilidades parentales de carácter personal respecto al menor y las facultades que resultan de ellas, sin perjuicio de la vigilancia, el asesoramiento y la ayuda del organismo competente. Además, el acogimiento preadoptivo, como período de prueba de la adopción, pasa a regularse, junto a esta, en el capítulo V del título III. En los comentarios a los preceptos que constituyen este último capítulo se parte como en la mayoría de los preceptos, del análisis del marco normativo en materia de protección de menores desamparados, los textos internacionales, las previsiones del derecho catalán, del derecho estatal (la LOPJM recientemente reformada por LO 8/2015 y Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia, así como por el CC) y las previsiones normativas del resto de las CCAA. Se hace igualmente, y ello resulta de agradecer al lector, una referencia detallada a las situaciones e indicadores del desamparo (cuestión que en la práctica de los tribunales ha sido una de las más conflictivas como elemento de diferenciación de las situaciones de riesgo, con las diferentes y relevantes consecuencias que derivan de una u otra declaración), adentrándose igualmente en cuanto al procedimiento de su declaración se refiere, en las previsiones específicas que dentro de sus competencias tienen las diferentes Comunidades Autónomas.

La obra, según mi personal opinión, culmina y cierra de manera magistral los comentarios al Libro II del CCCat iniciados en 2014, tanto por el indiscutible magisterio y capacidad de sus directores y su coordinadora, como igualmente y por motivos obvios, por la calidad de los comentarios realizados por cada uno de los autores y autoras de los mismos.

Pilar BENAVENTE MOREDA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *La finca registral y el Catastro*, Aranzadi, Pamplona, 2016, 1497 pp.

Este autor suma esta nueva obra de gran volumen a su dilatada producción científica, consolidada y de gran prestigio y difusión en el ámbito jurídico, especialmente, notarial y registral.

Resulta encomiable la decisión de abordar un tema que destaca a partes iguales por su actualidad y por su complejidad. Ha sido tradicional en el campo del derecho hipotecario el anhelo por lograr la coordinación entre la institución registral y catastral en lo que a la descripción de inmuebles se refiere. La evolución histórica de los diversos hitos normativos en esta materia es estudiada con detalle por el autor en el capítulo XII. El objetivo principal que se marca el trabajo es el estudio en profundidad de las reformas y nuevos procedimientos que introducen la Ley 13/2015 de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y el texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, en vigor desde el 1 de noviembre de 2015.

Esta nueva norma ha supuesto un hito importantísimo para la coordinación entre ambas instituciones y para la mejora de la seguridad jurídica del tráfico de inmuebles ya que se establece la posibilidad de definir la localización y perímetro de las fincas mediante su representación gráfica con coordenadas georreferenciadas. Por otra parte la Ley renueva por completo los procedimientos para adecuar el registro a la realidad física y jurídica extrarregistral, como son la inmatriculación, excesos de cabida o reanudación del tracto interrumpido. Todo ello ha supuesto un impacto considerable en el ámbito notarial y registral, además de alejar muchos asuntos de índole inmobiliaria de los tribunales de justicia.

La obra se estructura en treinta capítulos, los cuales se subdividen en epígrafes, en número variable según cada capítulo, desde tres el que menos hasta treinta ocho el que más. Tales capítulos ordenan sistemáticamente cada una de las materias tratadas, siendo muy destacable la corrección en el orden expositivo seguido. En concreto, pueden distinguirse claramente dos partes en la exposición de la obra. En primer lugar, los capítulos I a XIV se dedican a estudiar la finca como elemento básico del sistema registral español basado en el folio real, abordando detenidamente las clases de fincas y su descripción, destacando en este punto concreto las bases gráficas y representaciones gráficas registrales, así como la coordinación entre Registro y Catastro. Y en la segunda mitad, los restantes capítulos exponen ordenadamente todos los procedimientos vigentes sobre concordancia del registro a la realidad física y jurídica extrarregistral, lo que responde al subtítulo de la obra: «inmatriculación, obra nueva, reanudación del tracto y restantes procedimientos de la Ley 13/2015 de 24 de junio».

A lo largo de la obra el lector encontrará las justas referencias a la doctrina científica, siendo escaso el recurso a las notas al pie y las referencias bibliográficas.

El planteamiento sistemático de la obra se expone por el autor en el primer capítulo. En el mismo se parte de la consideración de la finca registral como un elemento de la inscripción y a la vez elemento estructural del Derecho Inmobiliario Registral alrededor del que giran los demás, encontrándose en la base misma del sistema registral. Así, el punto de partida es el estudio las disposiciones legales en las que se fundamenta tal afirmación y la evolución de la doctrina de la DGRN, en la que se destaca la finca como base primordial del sistema de folio real.

En esta primera parte se estudia en profundidad la finca registral, se delimita su concepto, desde un punto de vista doctrinal y legal, atendiendo, además, a la interpretación de la DGRN y a la distinción de otros conceptos afines como el de inmueble, la finca en sentido material y funcional y, especialmente, la parcela catastral y urbanística. Resulta acertada la enumeración de diferencias entre finca registral y parcela catastral partiendo de la definición de esta última del artículo 6 de la Ley del Catastro (p. 77), ampliada más adelante acudiendo a otros autores que han destacado en el estudio de esta cuestión (p. 82).

Es exhaustivo el estudio que se realiza de la finca, exponiendo con detalle las distintas clasificaciones sobre la misma. En particular, no podía faltar en un estudio sobre la finca registral la básica distinción entre finca rústica y urbana. La naturaleza de la finca es exigida como circunstancia de la inscripción en la legislación hipotecaria, y así lo destaca el autor, enumerando, además, una serie de circunstancias que resaltan la relevancia de tal distinción (p. 91), previamente a desarrollar el estudio de los criterios tradicionales que

determinan la diferenciación entre finca rústica y urbana: la situación, la construcción, el destino y la accesoriedad. El autor concluye que tales criterios sólo son útiles a efectos registrales si concuerdan con los resultantes de la legislación urbanística y catastral.

En la distinción entre fincas continuas y discontinuas, se acude al estudio de las resoluciones de la DGRN que han tratado la cuestión de la formación de las siempre peculiares fincas discontinuas. Se estudian también las clasificaciones de fincas según la conexión entre ellas, lo que determina la apertura de un folio o nueva finca registral a partir de otra, quedando la antigua y la nueva conectadas de forma más o menos independiente. De ahí el estudio no demasiado extenso pero sí clarificador que se hace en el capítulo V de las fincas matrices, nuevas o resultantes, de procedencia o pertenencia, vinculaciones *ob rem* y fincas de origen y resultado.

Cinco capítulos dedica el autor al estudio de diversos supuestos de fincas especiales. Estos casos son las participaciones de plazas de garaje con asignación de uso exclusivo; el aprovechamiento urbanístico; el aprovechamiento por turno de bienes inmuebles; las concesiones administrativas y los complejos inmobiliarios; los cuales el autor estudia con detalle, analizando pormenorizadamente la problemática jurídica de cada uno de ellos, la normativa reguladora, doctrina de autores, doctrina de la DGRN y jurisprudencia. Algunas de estas cuestiones como el aprovechamiento urbanístico o las participaciones de plazas de garaje ya han sido tratadas por el autor en otras obras como el Código de Legislación Inmobiliaria o en el Tomo V de su obra Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, dedicado a urbanismo y Registro, con ocasión del estudio pormenorizado del RD 1093/1997 de 4 de julio por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística. Destaca en el trabajo que ahora analizamos el estudio de la diversa normativa autonómica relativa al aprovechamiento urbanístico en el capítulo correspondiente al mismo; o en el tratamiento de los complejos inmobiliarios, el análisis del texto refundido de la Ley de Suelo de 30 de octubre de 2015 y la doctrina DGRN y jurisprudencia más reciente en la materia, con algunas citas literales (algo extensas) a alguna resolución de la DGRN relevante como la 21 de enero de 2014 o la de 13 de julio de 2015.

De especial interés es el tratamiento en el Capítulo XI de la descripción e identificación de la finca a la luz de la reforma operada por la Ley 13/2015, de manera que el autor enfoca la cuestión básica de la descripción de la finca distinguiendo dos vertientes: la vertiente de la descripción literaria tradicional y la descripción o representación gráfica.

Respecto a la primera de ellas se va analizando cada una de las circunstancias que deben constar en la descripción de la finca, tanto las circunstancias tradicionales (situación, superficie y linderos); como las que ha introducido la nueva Ley 13/2015: la constancia del archivo del libro del edificio, la referencia catastral, la coordinación gráfica, la calificación urbanística o medioambiental o el código registral único. Cuestiones destacables que se tratan en este capítulo son la del valor jurídico de la expresión de los linderos, a la vista de la contradictoria jurisprudencia en la materia (p. 375) o la distinción entre la constancia de la referencia catastral y la coordinación gráfica con el Catastro. En este último asunto, con posterioridad a esta obra, ha sido claramente fijada la distinción por la doctrina de la DGRN en reiteradas ocasiones (v. g. resoluciones de 6 de mayo o 3 de noviembre de 2016), en un

sentido similar al sostenido por el autor (p. 393). Es reseñable el epígrafe dedicado a la importancia de la función calificadora de la descripción de la finca en la que se analizan estructuradamente 37 resoluciones de la DGRN en esta materia.

En cuanto a la vertiente gráfica de la descripción de la finca, se trata de un tema que ha cobrado una extraordinaria importancia tras la Ley 13/2015, tanto por la nueva regulación de su tratamiento que se introduce como por los supuestos de obligatoria aportación, que son numerosos y frecuentes en la práctica (inmatriculaciones, segregaciones o agrupaciones). El análisis de esta cuestión se inicia dedicando dos capítulos (el XII y el XIII) a la evolución histórica tanto legislativa como doctrinal sobre las bases gráficas registrales, incluido el trato que a las mismas se ha dispensado en la doctrina de la DGRN (p. 551). Es en el capítulo XIV donde se aborda la representación gráfica de la finca en la normativa actual. En este capítulo encontrará el lector, en primer lugar, un esquema de las modificaciones de la regulación de la descripción gráfica (p. 564) y más adelante, también en forma esquemática, las características generales de la coordinación Registro-Catastro (p. 579). Todo ello se completa con el análisis del preámbulo de la Ley 13/2015 y con la exégesis de los preceptos reguladores de la coordinación, con delimitación precisa del ámbito de cada uno. En este punto se vuelve a tratar, si bien con más brevedad de lo que sería deseable (dada su relevancia), la cuestión del valor jurídico de los datos descriptivos partiendo del nuevo artículo 10 apartado 5 de la Ley Hipotecaria que aplica el principio de legitimación registral a la representación gráfica una vez lograda la coordinación.

También se ha incluido la transcripción literal de las relevantes disposiciones dictadas en este tema como son la Resolución conjunta de la DGRN y DG de Catastro de 26 de octubre de 2015 y la Resolución Circular de la DGRN de 3 de noviembre de 2015; si bien se echa falta un análisis de fondo de tales disposiciones. El tema de la representación gráfica concluye con el estudio de las aplicaciones informáticas registrales y la relevancia que en las mismas puede tener la información gráfica asociada, entendiendo por tal la calificación urbanística, medioambiental o administrativa que puede afectar a una finca registral.

La segunda parte de la obra, aunque no se encuentra diferenciada como tal, puede distinguirse claramente por su contenido y comienza a partir del Capítulo XV. En ella se encuentra el estudio de todos los procedimientos que ha regulado la Ley 13/2015, que afectan a la coordinación del registro con la realidad, lo que tiene una repercusión considerable en la práctica registral diaria.

El análisis en profundidad de cada uno de estos procedimientos, tanto en su estructura como en el estudio de las diversas vicisitudes que se plantean, es impecable y se encuentra al nivel de calidad a que nos tiene acostumbrados este autor. Claridad expositiva y análisis certero de cada problemática es lo que se encontrará el lector en esta segunda parte. Sirva de muestra el estudio que se hace del novedoso procedimiento registral para la inscripción de la representación gráfica de una finca, regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. En él el autor desgrana todas las cuestiones que en la práctica se plantean, desde sus finalidades, la delimitación con otros procedimientos, la legitimación, forma de las notificaciones, alegaciones, calificación o la muy importante determinación de quiénes sean los colindantes que deben ser notificados. En este punto, de gran trascendencia práctica en el procedimiento, resulta plenamente acertado el enfoque que hace el autor sobre qué debe

entenderse por titulares registrales de fincas colindantes que deben ser notificados (p. 705).

La brillantez expositiva del autor puede apreciarse en los detalles a los que llega a descender en el estudio de cada procedimiento. Pareciera que se tratasen de problemas prácticos que se le hubieran planteado a diario en la práctica profesional, pero hay que tener en cuenta que la publicación de este trabajo fue tan próxima a la entrada en vigor de la Ley, que ello no pudo ser así: el autor de forma muy encomiable se anticipa a las diversas situaciones que se plantearán y, de hecho, se plantean hoy en la práctica.

Así, por ejemplo, en el caso del procedimiento de deslinde se cuestiona si es indispensable obtener la alteración catastral para finalizar el procedimiento y remitir el resultado al Registro (p. 764); lo que también puede plantearse en el expediente notarial para la rectificación de descripción de fincas (p. 1074). Cuestión ésta que se ha resuelto en la resolución DGRN de 6 de abril de 2017 de forma distinta a la sugerida por el autor, ya que estima el Centro Directivo que aunque las previsiones legales tienen como objetivo que todo documento pueda llegar al Registro con una representación gráfica catastral y así se alcance la coordinación gráfica, también se prevé la posibilidad de que esta coordinación se alcance con posterioridad a la inscripción de la operación correspondiente y que lo contrario supondría hacer depender la eficacia del procedimiento tramitado ante notario de actuaciones o trámites que corresponden a otros organismos que no intervienen directamente en dicho procedimiento

Resulta muy completo el estudio de la inmatriculación de fincas que es un tema de capital importancia en la práctica registral. A un capítulo introductorio sobre el tema, le sigue el análisis pormenorizado de cada uno de los supuestos de inmatriculación posibles tras la última reforma: el nuevo expediente de dominio notarial, el doble título inmatriculador, la inmatriculación por certificación administrativa y determinados supuestos especiales. Una vez más el autor se anticipa a cuestiones que surgirán después en la práctica y que son tratadas por la DGRN, como ocurre con el requisito reglamentario de que la finca está catastrada a nombre del transmitente o adquirente (cfr. art. 298 RH), que se considera actualmente inaplicable, tal y como sostiene el autor (p. 896) y después ha confirmado la DGRN (resolución de 7 de abril de 2017).

También es conflictiva la posibilidad de admitir las actas de notoriedad complementarias al título público inmatriculador, lo cual es estudiado muy fundadamente en este trabajo, para llegar a una conclusión opuesta a su admisibilidad, en contra de la posición de la DGRN (p. 895).

La situación patológica de la doble inmatriculación es tratada concienzudamente en un extenso capítulo XXIV, en el que además de tratar el nuevo procedimiento legal, se incluye un completo estudio jurisprudencial sobre los distintos criterios sustantivos que pueden resolver tales situaciones.

El autor pone el foco acertadamente en las deficiencias que plantea la regulación de algunos de estos nuevos procedimientos. Así se analiza la situación que puede causarse por la incomparecencia en el procedimiento de alguno de los citados, que puede dejar en letra muerta el objetivo de la desjudicialización. Ello es destacable en el procedimiento registral para la subsanación de la doble inmatriculación (p. 1008) y en el procedimiento notarial de reanudación del tracto sucesivo (p. 1127). En este último caso, se trata de un procedimiento que se referirá a inscripciones generalmente de considerable antigüedad y la remisión al artículo 203 para su tramitación hace que sean

muchas personas las citadas; ello supone que, de seguirse el tenor literal de la Ley, es prácticamente imposible que prospere el procedimiento sin tener que acudir a los tribunales de justicia. El autor realiza un completo desarrollo de una teoría interpretativa que permita hacer operativo en la práctica el nuevo procedimiento. La DGRN en resoluciones de 14 y 28 de abril y 23 de mayo de 2016 acoge en parte estas ideas, distinguiendo según la antigüedad de la inscripción, de manera que «el tenor literal de esta regla cuarta debe entenderse necesariamente relacionado con el número 4 que le precede y considerarse sólo referido a la conclusión por incomparecencia de titulares registrales o herederos de los mismos cuya inscripción tenga menos de treinta años de antigüedad y hayan sido citados personalmente (o en los casos, también expresados en el mismo número, en los que se hubiese practicado con posterioridad, dentro de dicho plazo, algún otro asiento), así como a la conclusión por la comparecencia con oposición de cualesquiera titulares de derechos inscritos con independencia de la antigüedad de su asiento. Otra interpretación se alejaría del concepto y finalidad propios de este procedimiento para reanudar el tracto, que es heredero de la regulación anterior a la Ley 13/2015, y dificultaría gran parte de los supuestos en la práctica, quedando la estéril su previsión legal».

Para terminar esta gran obra, destacan los extensos capítulos destinados a la inscripción de construcciones y a las modificaciones hipotecarias (agrupaciones, agregaciones, segregaciones y divisiones). Se trata de operaciones muy cotidianas en la práctica registral y el estudio del autor es de una enorme enjundia en cuanto a que alcanza a todos los aspectos prácticos contemplados desde la perspectiva legal y jurisprudencial. No obstante, en estas materias el autor no se adentra con la profundidad esperada en el impacto que ha tenido la nueva Ley, considerando que son operaciones en las que obligatoriamente debe aportarse representación gráfica, o en el caso de las construcciones, coordenadas de la porción de suelo ocupada; lo que constituye una novedosa exigencia que ha causado no pocos quebraderos de cabeza sobre su interpretación práctica, dando lugar a numerosas resoluciones de la DGRN, que ha seguido una línea interpretativa que trata de guardar un delicado equilibrio entre la aplicación decidida de los nuevos preceptos y una cierta flexibilidad que favorezca la agilidad en el tráfico jurídico.

En definitiva, el lector se va a encontrar con una magna obra, que lleva el sello de calidad de este autor y no defrauda las expectativas. A pesar de que en su conjunto es una obra extensa, ello se debe a la gran cantidad de temas abordados y las numerosas implicaciones prácticas que conllevan cada uno de ellos. Cada asunto tratado se estudia con la debida profundidad, con claridad y correcto orden expositivo, resulta fácil de seguir y los distintos contenidos no resultan densos sino, al contrario, adecuados y directos; logrando proponer, además, acertadas y fundamentadas soluciones jurídicas a problemas prácticos planteados.

Jacobo FENECH RAMOS
Registrador de la Propiedad
Doctorando en la Universidad de Málaga

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]), Sebastián LÓPEZ MAZA (Universidad Autónoma de Madrid), Alma M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN (Universidad Autónoma de Madrid)

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia. II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.–Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

ALPA, G.: «La regola del precedente e i suoi “falsi amici”», *CI*, 2017, núm. 4, pp. 1073-1083.

Artículo dedicado al precedente en los ordenamientos del *Common Law* y en la experiencia jurídica italiana. Se plantean cuestiones diversas, tales como si el precedente forma parte de la *Rule of Law*, si el sistema de precedente puede ser objeto de modificación y, por último, las tensiones actuales en el uso de esta figura. (*Alma R. G.*)

CAMARDI, C.: «Brevi riflessioni sull’argomentazione per principi nel diritto privato», *RDC*, 2017, núm. 5, pp. 1160-1179.

Análisis de los principios del régimen jurídico del Derecho privado en relación con los Principios de Derecho Europeo. (*M. R. D. R.*)

JESTAZ, Ph.: «Définir le droit... ou l’ observer», *RTDC*, 2017, núm. 4, pp. 775-782.

El autor se plantea la posibilidad de explicar el derecho positivo de cualquier país conforme lo hacen Santi Romano y Niklas Luhman, frente a la tendencia actual de centrarse en el derecho propio de uno. Hay demasiadas definiciones propias y eso impide una teoría general del derecho. Hay que ser más empírico. (*R. A. R.*)

MAGRI, G.: «La prescrizione in Europa tra ordine pubblico e tutela del debitore», *RDC*, 2017, núm. 5, pp. 1115-1129.

Análisis de la figura de la prescripción en el Derecho europeo con relación al principio de orden público frente a la autonomía privada. Medios de defensa del deudor. (*M. R. D. R.*)

MARZAL, T.: «La Cour de cassation à 'l'âge de la balance': Analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement», *RTDC*, 2017, núm. 4, pp. 789-810.

Estudio sobre los distintos criterios utilizados por la Corte de casación francesa a la hora de interpretar las normas jurídicas. El criterio de proporcionalidad como criterio asimilado a la equidad y a la libertad. (*R. A. R.*)

RICCIO, A.: «La giurisprudenza fonte del diritto», *CI*, 2017, núm. 3, pp. 857-898.

Artículo que analiza la función de la jurisprudencia en la actualidad, ilustrando dicho análisis con aquellas sentencias de los jueces comunes, del Tribunal Constitucional italiano, del Tribunal de Justicia Europeo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto a las que el autor cree que han ido más allá de la función interpretadora del ordenamiento jurídico, dando paso a una función creadora del derecho. (*Alma R. G.*)

RIEHM, T./BUCHER, N.: «Le recours constitutionnel-vecteur de la constitutionnalisation du droit privé en Allemagne», *RTDC*, 2017, núm. 4, pp. 811-822.

Efectos del recurso de constitucionalidad sobre el concepto de derecho privado material y el método de interpretación judicial. (*R. A. R.*)

DERECHO DE LA PERSONA

ALPA, G.: «L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione», *CI*, 2017, núm. 3, pp. 723-727.

Junto al concepto de identidad física existe la identidad ideal, que en el ordenamiento jurídico italiano recibe la denominación técnica de derecho a la identidad personal. Sin duda tal concepto incide en el derecho a la privacidad, en especial en el ámbito informático, pero también en la temática de los orígenes biológicos, por ejemplo, del hijo adoptivo o del nacido de las técnicas de reproducción asistida (identidad biológica, por tanto). Este artículo se centra en el derecho a la identidad digital en el sentido enunciado por Rodotà, esto es, la transformación de la persona natural en persona digital. Por último, también da cuenta del Reglamento de la Unión Europea de 27 de abril de 2016 n. 2016/679, cuya función es el reforzamiento de la tutela de la persona y de sus datos respecto del mercado, el cual persigue la libre circulación y la apropiación de los datos con fines comerciales. (*Alma R. G.*)

CLARIZIA, R.: «Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento», *DFP*, 2017, núm. 3, pp. 947-964.

Análisis de la nueva legislación italiana sobre disposiciones anticipadas de tratamiento sanitario, esto es, la regulación de las declaraciones realizadas

por una persona física, mayor de edad y con capacidad de entender y querer, a través de las cuales manifiesta su voluntad de consentir ciertos tratamientos que en el futuro se realicen sobre su cuerpo, o determinados tratamientos que deban llevarse a cabo en caso de que se hallare en una situación de imposibilidad de emitir su consentimiento informado y consciente. (*Alma R. G.*)

D'AVACK, L.: «Scienza e ricerca: conflitto di valori tra benefici e rischi», *DFP*, 2017, núm. 4, pp. 1255-1266.

Artículo dedicado a la inevitable subordinación del derecho a los avances tecnológicos, señalando, como ejemplos concretos de ello, los ámbitos de la procreación asistida, la clonación y la genética por selección. A la vez se señala la dificultad ante la que se halla el legislador debido a la insuficiencia por su parte de los conocimientos científicos necesarios y de los sistemas de previsión y valoración del riesgo. (*Alma R. G.*)

GARETTI, S.: «Quando il diritto all'identità culturale dei genitori si scontra con il diritto all'integrità psico-fisica del figlio minorenne: il caso della circoncisione rituale infantile», *DFP*, 2017, núm. 4, pp. 1421-1431.

A raíz de la noticia reciente del fallecimiento de un recién nacido a causa de la infección sufrida al practicarle una circuncisión, el artículo reflexiona acerca de los límites de la licitud de la circuncisión ritual infantil, a la vez que da cuenta de la intervención del legislador en algunos estados europeos al respecto. (*Alma R. G.*)

INGALL-MONTAIGNER, Ph.: «Quelle mention est-il possible de porter en face de la rubrique "sexe" sur les actes d'état civil?», *SJ*, 2017, núm. 25, pp. 1206-1208.

En la mayoría de los derechos de nuestro entorno no es necesario señalar el sexo en determinados documentos. La autora se pregunta que se puede expresar en dicha rúbrica cuando se trata de actos relativos al estado civil. (*R. A. R.*)

MASONI, R.: «Consenso informato, amministrazione di sostegno ed intervento medico-sanitario», *DFP*, 2017, núm. 4, pp. 1308-1321.

La ley de 9 de enero de 2004 n. 6 ha introducido en el ordenamiento italiano la figura de la *amministrazione di sostegno*, que tiene por finalidad la tutela, con la menor injerencia posible en la capacidad de obrar, de las personas privadas, total o parcialmente, de autonomía en el desarrollo de las funciones de su vida cotidiana. Se trata de una intervención meramente de apoyo, de carácter temporal o permanente, en la que se encuentran involucradas tanto entidades privadas como públicas. (*Alma R. G.*)

RUGGIANO, M. E.: «Il gender negli Stati Uniti d'America: nascita ed evoluzione», *DFP*, 2017, núm. 4, pp. 1394-1420.

Artículo que profundiza en el origen y evolución de la denominada ideología de género en Estados Unidos. Señala además el papel desempeñado en este sentido tanto por parte de las organizaciones internacionales como por parte de las administraciones Obama y Trump. (*Alma R. G.*)

SENIGAGLIA, R.: «Reg. UE. 2016/679 e diritto all'oblio nella comunicazione telematica. Identità, informazione e trasparenza nell'ordine della dignità personale.», *NLCC*, 2017, núm. 5, pp. 1023-1061.

Observaciones sobre la regulación del derecho a la intimidad respecto de la protección de datos en internet y supuestos especiales en torno al uso de datos por la Administración Pública. Métodos y técnicas de precaución y seguridad. (*M. R. D. R.*)

VVAA: «La notion de personne», *RD*, 2017, núm. 35, pp. 2041-2048.

Diversos estudios sobre el concepto de persona: sobre los distintos tipos de persona (Vaujagny); el principio y fin del concepto (Turpin); la persona robot (Bensoussan); e intento de síntesis (Dekeuwer-Défossez). (*R. A. R.*)

PERSONA JURÍDICA

BOZZI, L.: «Terzo settore: osservazioni a "prima lettura" su una riforma culturale prima che giuridica», *CI*, 2017, núm. 4, pp. 1253-1280.

El artículo se enmarca en el ámbito de la reciente ley de 6 de junio de 2016 n. 106, relativa a la delegación al Gobierno para la reforma del tercer sector, de la empresa social y para la regulación del servicio social universal, que sin duda es expresiva de una nueva aproximación a dicho tercer sector. El trabajo aborda, entre otros aspectos, la reforma del código civil en esta materia, la definición del tercer sector (a partir de la insuficiencia de la ausencia de ánimo de lucro y la centralidad de la actividad), el desarrollo de la actividad económica por parte de las entidades pertenecientes al tercer sector y la relación de tal sector con el estado de bienestar. (*Alma R. G.*)

LIOTTA, A.: «Agevolazioni fiscali in favore degli enti ecclesiastici e aiuti di stato», *DFP*, 2017, núm. 3, pp. 1127-1145.

El artículo 20 del texto constitucional italiano impide al legislador ordinario imponer especiales limitaciones legales o especiales gravámenes fiscales a los entes eclesiásticos. El artículo hace una revisión crítica sobre el fundamento del citado precepto, esto es, la naturaleza no mercantil de dichas entidades en cuanto prevalecen en ellas las actividades institucionales de inspiración idealística. (*Alma R. G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ALPA, G.: «*Ars interpretandi* e responsabilità sanitaria nella nuova legge Bianco-Gelli», *CI*, 2017, núm. 3, pp. 728-733.

El artículo analiza de forma crítica la Ley de 6 de marzo de 2017 n. 24, con entrada en vigor el 1 de abril, que incluye disposiciones en materia de seguridad de los cuidados y de la persona asistida y de responsabilidad de los profesionales sanitarios. Además de dar cuenta de la compleja tramitación

parlamentaria, el autor señala que la nueva legislación ha aunado gran consenso por parte de aquellos que sostenían que el vigente sistema de responsabilidad médica penalizaba en exceso a los profesionales y también por la caída de la actual perspectiva ofrecida por la responsabilidad civil, que prevé la aplicación del artículo 2043 del código civil y grava al paciente, por tanto, con la carga de la prueba de la responsabilidad del médico. (*Alma R. G.*)

ALPA, G.: «Le funzioni della responsabilità civile e i danni “punitivi”: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione», *CI*, 2017, núm. 4, pp. 1084-1106.

El debate sobre las funciones preventiva y punitiva de la responsabilidad civil se ha abierto en el ordenamiento italiano a raíz de la reciente sentencia de la Corte de Casación de 5 de julio de 2017 n. 16601, que resuelve un caso singular de solicitud de reconocimiento en el citado ordenamiento de una sentencia extranjera que condena al pago de daños punitivos. Dicho debate se centra en varios aspectos, por una parte, si los jueces pueden introducir este tipo de daños al margen del legislador y en virtud de las circunstancias del caso. Por otra parte, si la cantidad en concepto de daños punitivos ha de entregarse a la víctima del perjuicio (total o parcialmente) o a un fondo de resarcimiento de las víctimas. (*Alma R. G.*)

BENATTI, F.: «Note sui danni punitivi in Italia: problema e prospettive», *CI*, 2017, núm. 4, pp. 1129-1141.

Artículo que se pronuncia sobre la posible apertura del ordenamiento italiano a la figura de los daños punitivos, entendiéndolo, a juicio de su autora, que no deben admitirse por vía jurisprudencial al margen del legislador. Las reflexiones acerca de este tema deberían centrarse en la oportunidad de adoptar en Italia tal figura y, en caso de admitirse, bajo qué modalidad y con qué límites. Da cuenta, por último, de la introducción de una multa civil sobre el modelo de los daños punitivos en el artículo 1266-1 del Proyecto francés de Reforma de Responsabilidad Civil, presentado por el Ministro de Justicia en marzo de 2017. (*Alma R. G.*)

BORGHETTI, JS: «La responsabilité des contractants à l'égard des tiers dans le projet de réforme de la responsabilité civile», *RD*, 2017, núm. 32, pp. 1846-1849.

Estudio a propósito del proyecto de reforma de responsabilidad civil francés: la responsabilidad contractual de las partes respecto de daños a terceros. (*R. A. R.*)

BRUTTI, N.: «Oltre i *punitive damages*: rilievi su una funzione “espressiva” del rimedio», *CI*, 2017, núm. 3, pp. 840-856.

El ordenamiento italiano, basado en un principio de atipicidad del ilícito civil, ha mantenido durante largo tiempo un modelo de restricción en materia de resarcimiento de los daños no patrimoniales derivado del artículo 2059 del Código Civil. Tal regulación, sin embargo, ha sufrido alguna fisura a raíz de la lectura constitucionalizada del citado precepto por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Ello ha conducido directamente, según el presente trabajo, a abrir a nuevas funciones de la responsabilidad civil más allá de la compen-

satoria. Ha surgido, pues, la idea de otorgar al resarcimiento una función punitiva y preventiva, con particular atención a los intereses colectivos. El trabajo se centra en las múltiples funciones que puede cumplir en este sentido la indemnización del daño no patrimonial. (*Alma R. G.*)

CARTWRIGHT, J.: «Il diritto inglese dei contratti. Una presentazione per il *civil lawyer*», *CI*, 2017, núm. 3, pp. 819-839.

El artículo persigue proporcionar una perspectiva general del derecho contractual en el ordenamiento inglés. Se centra, en especial, en aquellos aspectos que reflejan una significativa diferencia, teórica y/o práctica, entre el derecho inglés y los sistemas continentales del *Civil Law*: la extensión detallada del contrato, los contratos como relaciones de intercambio (doctrina de la *consideration*), criterios objetivos para la formación y la interpretación del contrato, los derechos de terceros, ausencia de una teoría general de la buena fe (ya sea durante los tratos preliminares, ya sea durante la ejecución contractual), control sobre el contenido sustantivo del contrato (equidad) y remedios por el incumplimiento. (*Alma R. G.*)

CHÈNÉDE, F.: «Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats: À propos de quelques observations de la Direction des affaires civiles et du Sceau et de leurs suites», *RD*, 2017, núm. 38, pp. 2214-2223.

Estudio sobre la nueva regulación francesa en materia de contratos, en los negocios de servicios y mandatos. (*R. A. R.*)

COLOMBA, P. M.: «Il controllo di meritevolezza nelle clausole *claims made*», *CI*, 2017, núm. 3, pp. 746-755.

A partir de la sentencia de la Corte de Casación de 6 de mayo de 2016 n. 9140, el artículo profundiza en los efectos jurídicos de las cláusulas *claims made* insertas en un contrato de seguro de responsabilidad civil, que se caracterizan por el hecho de que la cobertura del seguro está condicionada a la circunstancia de que el siniestro sea comunicado en el periodo de vigencia de la póliza. También se analizan las citadas cláusulas a la luz del principio de buena fe y del abuso del derecho y a la luz del control de abusividad. (*Alma R. G.*)

DANIS-FATOME, A./VINEY, G.: «La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre», *RD*, 2017, núm. 28, pp. 1610-1618.

La nueva conceptualización de la responsabilidad civil en materia empresarial. La responsabilidad de la sociedad matriz en caso de fallo en el deber de vigilancia. (*R. A. R.*)

DELLACASA, M.: «*Punitive damages*, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana», *CI*, 2017, núm. 4, pp. 1142-1186.

El autor del presente trabajo entiende que un posible reconocimiento de sentencias extranjeras que condenen a los ciudadanos italianos al pago de daños punitivos posee una relevancia limitada si se parte de la escasa fre-

cuencia de la interposición de demandas de *exequatur* con este contenido concreto. Pero, a la vez, la comparación con un ordenamiento extranjero que admite la figura de los daños punitivos justifica plenamente la oportunidad de plantearse, a nivel doctrinal, la admisión de tal figura en el ámbito de la responsabilidad civil. (Alma R. G.)

DE MARINIS, G. B.: «Alea unilaterale e sindacato di meritevolezza negli *interest rates swap* (IRS)», *CI*, 2017, núm. 3, pp. 899-920.

El alea, en sentido jurídico, asume una peculiar fisonomía no solo en las hipótesis negociales típicamente reconducidas al esquema del contrato aleatorio, sino también en algunos contratos financieros, incidiendo en la causa de los mismos. El artículo se centra en los contratos derivados financieros dentro del sistema de los contratos aleatorios y, en particular, en los contratos de *interest rates swap*. (Alma R. G.)

DE NICOLA, L Y OTROS: «La responsabilità civile in ambito sanitario», *NLCC*, 2017, núm. 4, pp. 740-787.

Reflexión sobre la regulación de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario, con especial referencia a la prueba de la relación de causalidad y daño respecto de la estructura sanitaria y los profesionales sanitarios. (M. R. D. R.)

— «Le assicurazioni di responsabilità civile in ambito sanitario», *NLCC*, 2017, núm. 4, pp. 788-811.

Análisis de la obligación de contratar seguros de responsabilidad civil por parte de las estructuras sanitarias y los profesionales sanitarios. Tipos de pólizas y fondo de garantía por los daños derivados de la práctica sanitaria. (M. R. D. R.)

FACCIOLI, M.: «Il medico che commette un errore ha l'obbligo di comunicarlo al paziente? Fra *nemo tenetur se detegere* e doveri d'informazione *ex fide bona*: spunti di riflessione dall'ordinamento tedesco», *CI*, 2017, núm. 3, pp. 956-987.

La doctrina y la jurisprudencia italianas no se han pronunciado acerca de si el médico tiene un deber de comunicar al paciente el error cometido en el curso de la ejecución de un determinado tratamiento de diagnóstico o terapéutico y tampoco sobre el hecho de que, de existir tal deber, cuáles serían las consecuencias que derivan del incumplimiento del mismo. El problema sí ha sido objeto de estudio en el ordenamiento alemán. La discusión acerca de la existencia de tal deber en este último sistema se inicia en la década de los ochenta del siglo xx, y de modo reciente se ha reabierto a través de la introducción, por obra de la *Patientenrechtgesetz* (*Gesetz Patientinnen und Patienten*) de 20 de febrero de 2013, de los nuevos párrafos 630a-630h BGB, que contienen una detallada regulación del contrato de asistencia sanitaria. En concreto, en el párrafo 630c Abs. 2 BGB viene previsto una *Fehleroffenbarungs-pflicht* del médico ante la demanda de un paciente o ante la necesidad de evitar un daño a la salud de este último. (Alma R. G.)

FIGARELLI, B.: «Revocazione della donazione per ingratitudine e ingiuria “indiretta”», *DFP*, 2017, núm. 4, pp. 1272-1283.

Con ocasión y por efecto de muchas controversias surgidas en el ámbito de las relaciones familiares, ciertas instituciones del Código Civil escasamente aplicadas en los últimos años han pasado a ocupar un primer plano en el momento actual. Es el caso de la figura de la revocación de la donación por ingratitud, regulada en los artículos 801, 802, 807 y 808 del citado código. Este artículo profundiza en la injuria como causa de la revocación de la donación por ingratitud, deteniéndose tanto en la gravedad de la lesión como en la tutela del patrimonio moral del donante. (*Alma R. G.*)

FRANZONI, M.: «Quale danno punitivo?», *CI*, 2017, núm. 4, pp. 1107-1121.

A raíz de la polémica surgida en el ordenamiento italiano con motivo de la reciente sentencia de la Corte de Casación de 5 de julio de 2017 n. 16601, en la que se reclama el reconocimiento en el citado ordenamiento de una sentencia extranjera que condena al pago de daños punitivos, este artículo analiza el concepto de orden público internacional en relación con la figura del daño punitivo en Italia y las funciones tanto del resarcimiento como de la imposición de una pena pecuniaria como castigo. (*Alma R. G.*)

FREDERICK WILMOT-SMITH: «Should the Payee Pay?», *Oxford J. Legal Stud.*, 2017, vol. 37, núm. 4, p. 884-861.

El autor se cuestiona si efectivamente el beneficiario de un pago equivocado debe restituir el dinero recibido. Analizando los pagos erróneos y el enriquecimiento injustificado, el escrito se plantea si efectivamente toca al destinatario del pago dar solución a un problema de otro sujeto, el obligado del pago. (*A. F.*)

GAZZARA, M.: «Note a margine della nuova disciplina in tema di polizze professionali per gli avvocati», *CI*, 2017, núm. 3, pp. 988-1016.

Artículo relativo a la normativa reguladora de la obligación de los profesionales de concertar pólizas que cubran la responsabilidad civil por los daños causados en el ejercicio de su profesión. En particular, se cuestiona acerca de los límites y las críticas de la intervención legislativa, del objeto concreto del seguro (los siniestros causados con culpa grave y los causados con culpa o dolo de los colaboradores y dependientes), las modalidades del seguro y los sujetos destinatarios de la obligación de concertar el seguro. (*Alma R. G.*)

GIANOLA, A.: «La donazione di bene altrui (e futuro)», *RDC*, 2017, núm. 6, pp. 1596-1620.

Revisión del artículo 771 cc, en relación a la regulación de bienes futuros, en la legislación francesa, alemana e italiana desde la perspectiva de evolución desde el Derecho Romano. (*M. R. D. R.*)

HEUZÉ, V.: «Qu'est-ce dons qu'une "action directe" d'une "victime" selon le droit de l'union européenne?», *SJ*, 2017, núm. 26, pp. 1259-1261.

Concepto y significado de la acción directa de las víctimas según la Unión Europea. Semejanzas con el derecho interno. (*R. A. R.*)

JUEN, E.: «Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français: Présentation», *GP*, 2017, vol. 137, núm. 3, pp. 565-585.

En plena reforma de la responsabilidad civil se presenta la cuestión de introducir una sanción civil punitiva. En el último proyecto se ha propuesto una multa y daños punitivos ante las faltas lucrativas. Se discute la naturaleza y caracteres del hecho que merece sanción y también hay que determinar qué pena. El autor se plantea la proporcionalidad de los criterios. (*R. A. R.*)

LAHE, R.: «Mandat et confiance», *RTDC*, 2017, núm. 3, pp. 541-563.

La confianza en el contrato de mandato dentro de los negocios. Evolución de la confianza y consideración doble de la confianza: en sentido subjetivo como costumbre o afecto y en sentido objetivo como razón económica o institucional. En ambos casos se preserva el régimen general del mandato. (*R. A. R.*)

LASSERRE-CAPDEVILLE, J.: «L'obligation d'explication du banquier prêteur en matière de crédits aux consommateurs: une nouvelle source de contentieux», *GP*, 2017, vol. 137, núm. 5, pp. 2581-2584.

El deber de información al consumidor es uno de los principios básicos actuales en materia de consumo. Los problemas de los consumidores con los bancos en materia de créditos ha llevado a resaltar con mayor fuerza este principio y ha abierto una posibilidad de reclamación en casos de abuso. (*R. A. R.*)

MAGNANI, A.: «La “risoluzione per mutuo dissenso” totale e parziale di donazione di immobili trascritta da meno di vent'anni», *CI*, 2017, núm. 4, pp. 1308-1341.

El artículo profundiza en la figura de la resolución por mutuo disenso de la donación inmobiliaria como uno de los remedios existentes ante el problema de la escasa circulación de los bienes inmuebles procedentes de donaciones. (*Alma R. G.*)

MARK A. GEISTFELD: «A Roadmap for Autonomous Vehicles: State Tort Liability, Automobile Insurance, and Federal Safety Regulation», *CLR*, 2017, vol. 105, núm. 6, pp. 1611-1694.

El autor entra en el interesante análisis del futuro escenario de la responsabilidad civil por daños provocados por coches sin conductor. Se considera que el fabricante cumpliría con su obligación extracontractual de programación o diseño razonablemente seguro del sistema operativo, si los datos de pruebas previas muestran que, al menos, se cumple con el doble de seguridad que los vehículos convencionales. Para evitar responsabilidad por el choque de un vehículo de este tipo, el fabricante también debe advertir a los consumidores sobre los riesgos inherentes a esta tecnología. Se analizan las repercusiones en las compañías aseguradoras de automóviles y aquellas que inciden sobre la prima del vehículo y la exclusión de la responsabilidad del fabricante, quien debería cumplir con las pruebas previas a la comercialización y con la entrega de información adecuada sobre el riesgo de colisión. En este sentido, será útil examinar también la eventual intervención de la legislación nacional, toda vez que la tipología de responsabilidades podría mutar,

alterando el actual sistema de responsabilidad civil del conductor y del propietario del vehículo, entremezclándose con la del productor. (A. F.)

MOURY, J.: «Réflexions sur l'application dans le temps de l'article 1843-4 du code civil», *RD*, 2017, núm. 33, pp. 1992-1995.

Fijación del precio en los casos de cesión de participaciones sociales. Diversas modalidades. (R. A. R.)

NOGUÉRO, D.: «Assistance du curatellaire pour la modification fu bénéficiaire du contrat d'assurance-vie y compris par testament», *SJ*, 2017, núm. 26, pp. 1254-1258.

Modificación del beneficiario de un seguro de vida en testamento. Necesidad de asistencia de curador y sus consecuencias. (R. A. R.)

OCCORSIO, V.: «L'evizione di beni apportati a fondi comuni d'investimento: annullamento delle quote e altri rimedi», *CI*, 2017, núm. 3, pp. 1049-1070.

El aumento creciente de los fondos comunes de inversión ha hecho surgir algunos problemas relativos a la aplicación de los tradicionales remedios contractuales. Este artículo intenta profundizar en uno de tales remedios, el de la evicción en caso de aportación de bienes a fondos comunes de inversión. Las cuestiones de mayor relevancia son el tratamiento de las cuotas que vengan emitidas a favor del aportante y las posibles fórmulas para garantizar al fondo el reintegro del valor de la aportación. (Alma R. G.)

ORLANDO, G.: «La donazione di bene putativamente proprio e la donazione di bene in comunione ereditaria», *RDC*, 2017, núm. 6, pp. 1503-1532.

Análisis de los efectos de las donaciones de bienes putativos de buena fe respecto de los terceros: perfiles subjetivos y objetivos de la causa donandi, error en el dominio y falta de facultad de disposición. Especial referencia a donaciones de bienes en comunidad hereditaria antes de la partición y adjudicación. (M. R. D. R.)

PAISANT, G.: «Seules les actions des professionnels relatives aux bienes ou service qu'ils fournissent contractuellement aux consommateurs relèvent de la prescription biennale du Code de la consommation», *SJ*, 2017, núm. 29, pp. 1408-1409.

Aplicación del plazo de prescripción de dos años a las acciones de servicios profesionales relativas a bienes o servicios acordados con los consumidores contractualmente. (R. A. R.)

— «La distinction entre le délai de garantie et le délai de prescription dans la vente de biens de consommation», *SJ*, 2017, núm. 38, pp. 1640-1643.

Venta de bienes al consumo. El plazo de garantía tras la adquisición por el producto es diferente al plazo de prescripción para exigir devolución en caso de adquisición. (R. A. R.)

PALAZZO, A.: «Donazioni e liberalità tra novità normative e stasi giurisprudenziale», *RDC*, 2017, núm. 5, pp. 1115-1129.

Análisis de la figura de la donación, y reflexión sobre el tema de la causa y objeto a propósito de la Ordonnance n. 2016-131 francesa. (*M. R. D. R.*)

PASQUILI, R.: «La Direttiva 2015/2302/UE. Contenuto e forma del contratto di viaggio», *RDC*, 2017, núm. 6, pp. 1621-1638.

Revisión del Contrato de Viaje desde la perspectiva de la Directiva Europea 2015/2302: transparencia y certeza jurídica, vinculación de la información precontractual, autonomía negocial. (*M. R. D. R.*)

PEPE, A.: «Inadempimento e compensazione pecuniaria nel trasporto aereo», *RDC*, 2017, núm. 6, pp. 1639-1668.

Disciplina europea y tutela de los pasajeros aéreos desde la elevación del nivel de protección por el Reglamento CE 261/2004: especial referencia a los incumplimientos por overbooking retrasos prolongados y cancelaciones de vuelo. (*M. R. D. R.*)

PÉRINET-MARQUET, H.: «Sous-traitance interdite et opposabilité de l'invalidité du contrat par les tiers», *SJ*, 2017, núm. 27, pp. 1306-1309.

Prohibición de subcontratación y sus consecuencias. Oponibilidad de la nulidad del contrato frente a los terceros ¿Es posible? (*R. A. R.*)

PETRELLI, P.: «Verso i danni punitivi?», *CI*, 2017, núm. 4, pp. 1187-1229.

La reciente sentencia de la Corte de Casación de 5 de julio de 2017 n. 16601, en la que se reclama el reconocimiento en el citado ordenamiento de una sentencia extranjera que condena al pago de daños punitivos, ofrece la oportunidad de analizar la materia de los daños punitivos y, en general, conduce a plantearse si del conjunto de las disposiciones legislativas y de las decisiones judiciales, dictadas en contextos muy diferentes, deriva la admisión, junto a la tradicional función resarcitoria, de las funciones sancionadora y preventiva. También profundiza el presente artículo en los *punitive damages* en la experiencia estadounidense. (*Alma R. G.*)

POUMARÈDE, M.: «La clause de forcé majeure dans les contrats de construction», *RDI*, 2017, núm. 10, pp. 456-465.

Estudio a propósito de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por fuerza mayor en los contratos de obra. Supuestos. (*R. A. R.*)

QIAO LIU and XIANG REN: «CISG in Chinese Courts: The Issue of Applicability», *Am. J. Comp. L.*, 2017, vol. 65, núm. 4, pp. 873-918.

Los autores analizan con una visión crítica más de 150 pronunciamientos chinos sobre la aplicabilidad de la Convención de Viena e intentan sistematizarlos. Aunque copiosa, dicha jurisprudencia no siempre es clara y en ocasiones no se ajusta a la jurisprudencia extranjera que se ha pronunciado sobre el mismo tema. En este sentido, se concluye destacando la incapacidad general de los jueces chinos para interactuar con la literatura internacional. (*A. F.*)

RONALD J. SCALISE JR.: «Some Fundamentals of Trusts: Ownership or Equity in Louisiana?», *Tul. L. Rev.*, 2017, vol. 92, núm. 1, pp. 53-126.

Destacado análisis del *trust* no sólo desde el punto de vista de la codificación de Louisiana, sino que a partir de importantes referencias al derecho norteamericano y a la contraposición que puede darse en sistema del *civil law*, como el alemán, el francés y el romano. En particular, el artículo desentraña la cuestión sobre el examen de los varios derechos reales que poseen las partes involucradas en el *trust*. (A. F.)

RYAN CALO and ALEX ROSENBLAT: «Uber, Information and Power», *Colum. L. Rev.*, 2017, vol. 117, núm. 6, pp. 1623-1690.

Desde una perspectiva multidisciplinar, el artículo propone una respuesta significativa a las relaciones entre trabajo y tecnología a través de la actualización de la ley de protección del consumidor. A partir del planteamiento de un jurista y un etnógrafo se analizan las consecuencias de los nuevos modelos de economía colaborativa en que algunos, para maximizar sus ganancias, pueden aprovecharse del acceso a la información y experiencias de los usuarios para inducir a error, coaccionar o desestabilizar a sus participantes. (A. F.)

SYMEON C. SYMEONIDES: «The Third Conflicts Restatement's First Draft on Tort Conflicts», *Tul. L. Rev.*, 2017, vol. 92, núm. 1, pp. 1-52.

Desde su anuncio en noviembre de 2014 el *American Law Institute* está trabajando en la sustitución del *Second Restatement* relativo a los conflictos de leyes con un futuro tercer texto, después del primero del año 1934 y el actual del año 1971. El autor analiza con tono favorable el borrador de este *Third Restatement of Conflict of Laws* en la parte relativa al Derecho de Daños. (A. F.)

SOLÈNE ROWAN: «Cost of Cure Damages and the Relevance of the Injured Promise's Intention to Cure», *Oxford J. Legal Stud.*, 2017, vol. 76, núm. 3, pp. 616-641.

La autora constata que, si bien parte de los tribunales valora la forma en que el perjudicado quiere usar los importes para reparar las lesiones al momento de otorgarlos, no existe una revisión posterior que constate que la indemnización se usó para dichos efectos. Como consecuencia de este vacío, la intención subjetiva del lesionado comprometido en la evaluación de los daños puede colisionar con otros aspectos a lo largo del proceso indemnizatorio. Para solucionar esto se plantean dos opciones: dejar de tenerlo en cuenta o, como alternativa, ampliar la jurisdicción del tribunal para asegurarse de que la víctima aplica lo otorgado efectivamente en curar la lesión. Esta segunda opción evitaría la incertidumbre probatoria que podría derivarse de acreditar la intención del lesionado, lográndose así también la concesión de una compensación justa. (A. F.)

STACY-ANN ELVY: «Paying for Privacy and the Personal Data Economy», *Colum. L. Rev.*, 2017, vol. 117, núm. 6, pp. 1369-1459.

En el contexto de una inminente consolidación del *Big Data* la autora profundiza sobre la creación de dos modelos. Por un lado, se evidencia la posibilidad para los consumidores de generar una «economía de datos personales», puesto

que en el ámbito norteamericano ya hay empresas que compran datos directamente a particulares. A este modelo, se contraponen aquellos en que los consumidores «pagan por su privacidad», para evitar que sus datos sean recolectados y extraídos con fines publicitarios. Se analizan críticamente estos dos modelos, sosteniendo que pueden engendrar o empeorar un acceso desigual a la privacidad, permitiendo un comportamiento depredador y discriminatorio. (A. F.)

TUCCI, A.: «Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole», *CI*, 2017, núm. 3, pp. 921-955.

El artículo se centra en el control de la autonomía privada en la jurisprudencia reciente y, en particular, en los contratos de servicios de inversión. (Alma R. G.)

VERNE, J.: «La délégation de pouvoirs en droit des sociétés: aspects de droit civil après la réforme du droit commun des contrats», *RD*, 2017, núm. 29, pp. 1662-1668.

La nueva reforma del derecho de sociedades y la delegación de poderes en derecho francés. Sus consecuencias en el ámbito civil. (R. A. R.)

VINEY, G.: «Revirement de la Cour de cassation sur le preuve de défaut nécessaire à la mise en oeuvre de la responsabilité du fabricant d'un produit de santé», *SJ*, 2017, núm.47, pp. 2100-2103.

Estudio jurisprudencial sobre la responsabilidad del fabricante cuando se trata de productos relativos a la salud y la prueba de defecto necesario. (R. A. R.)

VVAA: «Actes de colloque: Responsabilité civile, contrats spéciaux et sûretés: l'impact sur les réformes à venir sur le droit immobilier et de la construction», *RDI*, 2017, núm. 12.

Estudio del anteproyecto de ley de responsabilidad y el impacto en la materia: en la compraventa inmobiliaria y en la posible responsabilidad civil de las partes. (R. A. R.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

BENSAMOUN, A.: «Le value gap: une adaptation du droit d'auteur au marché unique numérique», *RIDA*, núm. 254, octubre 2017, pp. 5-11.

El artículo analiza la adaptación que va a sufrir el derecho de autor al entorno digital en los próximos años. La autora pone de manifiesto los problemas que se han generado con ocasión de la Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico y servicios de la sociedad de la información. Dicha norma contiene un régimen de exención de responsabilidad para los prestadores de servicios, que sólo serán responsables si tenían conocimiento efectivo de la infracción cometida por los usuarios, algo que se producirá únicamente en determinadas circunstancias muy concretas. En base a esto, se crearon plataformas de contenidos generados por usuarios (como *Youtube*), que ponen en peligro los derechos de autor, pero que no están sujetos a auto-

rización por este sistema de exención de responsabilidad. Además, estos servicios generan un lucro derivado de la publicidad que muestran. Explica la autora que esta situación crea una distorsión de la competencia con aquellas plataformas de distribución digital de obras que exigen el pago de una remuneración (como *Spotify*). De ahí la propuesta de Directiva sobre derecho de autor en el mercado digital, de 14 de septiembre de 2016. Bensamoun señala que esta propuesta trata de redefinir el régimen de responsabilidad anterior, exigiendo dos cosas básicas: 1) un papel más activo de los prestadores de servicios; 2) más cooperación entre los prestadores de servicios y los titulares de derechos de propiedad intelectual. (S. L. M.)

BESSON, V./LAGARDE, M./ y PAPAIZ, C.: «Dévolement de la notion d'originalité en droit d'auteur l'avènement d'un flou artistique», *RIDA*, núm. 250, octubre 2016, pp. 2-163.

El objeto de estudio de este artículo es uno de los requisitos más importantes y más ambiguos para que una obra tenga protección por el derecho de autor: la originalidad. Tras una introducción donde las autoras presentan los términos generales del debate (cómo debe ser interpretado ese concepto), el artículo se divide en tres partes. En la primera, se hace un análisis del concepto clásico, según el cual la originalidad es la huella de la personalidad del autor en la obra. Se hace un recorrido histórico del mismo, haciendo hincapié en la ausencia de un concepto legal y en el hecho de que hayan sido doctrina y jurisprudencia quienes lo hayan elaborado. Igualmente, se pone de manifiesto cómo el arte ha influido en la conformación del término. Dentro de este primer bloque, las autoras tratan de distinguir la originalidad de otros conceptos conexos, como «novedad», «banalidad» o «inventiva». La segunda parte del estudio se centra en la modernización del término, entrando a describir la aplicación de la originalidad en el ámbito del derecho de autor francés y, en especial, en ciertos tipos de obras, tales como los programas de ordenador, las bases de datos, las fotografías o las obras de arte conceptual. En este bloque también se hace referencia a la influencia que ha tenido el Derecho de la Unión Europea en esta materia y a cómo el Tribunal de Justicia ha creado un concepto autónomo de originalidad a raíz del caso *Infopaq* (sentencia de 16 de julio de 2009), aplicable a todos los Estados miembros. Las autoras se cuestionan el margen de interpretación que les queda a los jueces nacionales y plantean los interrogantes que, a pesar de todo, continúan existiendo en torno a esta figura. Finalmente, en el último bloque del artículo, se analizan las perspectivas de futuro en relación a la originalidad y subrayan la necesidad de volver a estudiar los principios fundamentales de derecho de autor, apostando por una nueva definición del término. (S. L. M.)

COLTELLACCI, V.: «“Secondary ticketing” e violazione del diritto patrimoniale d'autore nel caso *Coldplay*», *Dir. Aut.*, 2017, núm. 1, pp. 48-55.

Los dos conciertos que llevarán a cabo los *Coldplay* en Milán el próximo verano, cuyas entradas se pusieron a la venta a través de los distribuidores oficiales *Ticketone* y *Best Union*, han levantado muchas protestas contra el denominado fenómeno *secondary ticketing*, en cuanto gran parte de las entradas, agotadas ya en los canales de venta oficiales, han sido puestas en venta a precios más elevados en las plataformas *online* del mercado secundario. La ordenanza objeto de comentario en el presente artículo, dictada por el Tribunal de Roma el 30 de noviembre de 2016, si bien en sede de un juicio caute-

lar, afronta por primera vez en Italia el tema de la legalidad, desde la perspectiva del derecho de autor, de la actividad de la reventa. Tal ordenanza concluye que tal reventa es ilegal por vulnerar el derecho patrimonial del autor cuando se desarrolla en determinadas condiciones, esto es, cuando se lleva a cabo en plataformas de comercio electrónico de modo profesional y organizado. Por el contrario, son válidas las reventas realizadas de forma individual y esporádica por el consumidor final que ha comprado su entrada en el mercado primario. (*Alma R. G.*)

CONTALDO, A./PELUSO, F.: «La disciplina del cinema e dell'audiovisivo anche in relazione alle novità apportate dalla L. 14 novembre 2016, n. 220: cenni sistematici e prime impressioni», *Dir. Aut.*, 2017, núm. 2, pp. 191-212.

Artículo dedicado al análisis de la nueva ley de 14 de noviembre de 2016 sobre el régimen jurídico del cine y del espectáculo audiovisual, cuyo propósito es la revitalización de este sector, considerado a día de hoy como estratégico no solo desde el punto de vista cultural y social, sino también económico. Entre sus objetivos concretos cabe citar la digitalización del patrimonio cinematográfico y la constitución tanto de un fondo de garantía para las pequeñas y medianas empresas como de un registro público de las obras cinematográficas. (*Alma R. G.*)

CONTALDO, A./PELUSO, F.: «La tutela del diritto d'autore nel settore audiovisivo alla luce delle peculiarità del fine di lucro nel *file sharing* e della responsabilità degli ISP», *Dir. Aut.*, 2017, núm. 2, pp. 289-309.

Comentario a una sentencia que permite dar cuenta de una materia de absoluta relevancia actual que posee repercusiones sobre la producción, la distribución y el ejercicio del sector cinematográfico. La progresiva difusión de las tecnologías informáticas dirigidas a permitir la transmisión en la web, a través de los canales *streaming* (con frecuencia ilegales), de películas u otras producciones afines, ha llevado consigo, por una parte, una reducción de los ingresos tanto para las salas cinematográficas como para las empresas de producción y distribución de este sector; por otra parte, ha hecho surgir una confrontación entre la libertad de las redes informáticas y la protección del derecho de autor. La sentencia comentada ha sido calificada como baluarte de la defensa de la citada libertad. (*Alma R. G.*)

DEBLANC, M.-O.: «De la notion de parasitisme et d'agissements parasitaires en matière artistique», *RIDA*, núm. 254, octubre 2017, pp. 13-79.

El autor estudia en este artículo lo que él denomina «parasitismo» en el campo de las obras de arte contemporáneo. Sobre todo, en prácticas que han ido surgiendo, en los últimos tiempos, en el arte conceptual (obras derivadas, obras reelaboradas o mezclas de distintas obras). Pone de manifiesto la gran cantidad de litigios que se producen en este ámbito, donde los artistas utilizan obras preexistentes de autores icónicos como inspiración o directamente las copian modificando algunos de sus elementos. A tales efectos, en la primera parte de este estudio se analizan los conceptos de «parasitismo» e «infracción». Explica el autor que estas nuevas formas de expresión desafían los principios legales del derecho de autor, sobre todo porque suponen el copiado no autorizado de contenidos ajenos. El autor profundiza en los bloques II y III en los hechos que han potenciado esta tendencia artística: a) el principio en que se

basa la propiedad intelectual de que las ideas y los conceptos son de uso libre; b) la libre inspiración de los artistas; c) la tendencia cada vez más extendida de los jueces de permitir el uso de obras ajenas, en base al principio del justo equilibrio que debe haber entre los derechos de los autores y los derechos de los usuarios de obras, a la libertad de expresión y a la protección del patrimonio cultural común. Esto menoscaba el monopolio de explotación y los derechos exclusivos de los autores, sobre todo el derecho de transformación de las obras. El autor acaba, en el bloque IV, proponiendo soluciones que sirvan para solventar estos problemas y que tengan, de algún modo, reflejo en la Ley. (S. L. M.)

DESURMONT, T.: «Les dispositions de la Loi relative à la “liberté de la création, à l’architecture et au patrimoine” concernant la rémunération pour copie privée», *RIDA*, núm. 251, enero 2017, pp. 4-87.

En este artículo se estudia la compensación por copia privada, esto es, el derecho de mera remuneración que poseen los titulares de propiedad intelectual como consecuencia de la autorización que concede el legislador a los usuarios de obras para poder copiarlas y usarlas en un ámbito privado, sin necesidad de contar con la autorización de los derechohabientes. El autor hace un análisis, en profundidad, de la reforma del Código francés de Propiedad Intelectual por la Ley de 7 de julio de 2016, relativa a la libertad de creación, a la arquitectura y al patrimonio. Se explica cómo el legislador, tras los numerosos conflictos judiciales en relación a esta figura, ha tratado de regular los numerosos interrogantes que plantea la copia privada. El artículo se divide en dos bloques: 1) la delimitación del límite de copia privada; 2) la implementación del sistema de compensación derivado de dicho límite. Respecto al primero, explica el autor la principal novedad de la reforma, que es la posibilidad de aplicar el límite a los servicios de grabación a distancia de programas de radio y televisión (NPVR o NDVR). En definitiva, el legislador ha eliminado la exigencia de que sea quien hace la copia el destinatario de la misma, incluyendo la posibilidad de que sea un tercero quien la lleve a cabo. En el segundo bloque, el autor se refiere al sistema de compensación y, en particular, al procedimiento para reembolsar los soportes exportados, la organización y funcionamiento de la Comisión de la Copia Privada, y la recaudación y reparto de la compensación. El autor concluye alabando que el legislador haya tratado de adaptar el límite a las nuevas tecnologías, al entender que es más beneficioso no sólo para los usuarios de obras, sino también para los propios derechohabientes. (S. L. M.)

DI MICO, P.: «Le violazioni dei diritti di proprietà intellettuale mediante reti locali senza fili: la giurisprudenza comunitaria pone alcuni punti fermi», *Dir. Aut.*, 2017, núm. 1, pp. 1-28.

La jurisprudencia y la doctrina se han encontrado con una evolución tecnológica muy rápida, acompañada de un creciente desarrollo del nivel de alfabetización informática de la población, cada vez más capacitada para llevar a cabo violaciones de la propiedad intelectual en el ámbito digital. La jurisprudencia, tanto a nivel nacional como comunitario, está contribuyendo con sus decisiones a frenar o, al menos limitar, las diversas vulneraciones. El presente artículo tiene por objeto el examen de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de septiembre de 2016 causa C-484/14, que ha tratado de establecer unas afirmaciones sólidas y firmes frente a la violación del derecho de autor mediante el uso de las redes wi-fi. (Alma R. G.)

EL SAYEGH, D.: «La musique à l'épreuve de la Loi «Création et Patrimoine» du 7 juillet 2016», *RIDA*, núm. 251, enero 2017, pp. 88-205.

El autor de este artículo analiza la reforma planteada por la Ley n.º 2016-925, de 7 de julio de 2016, en el sector musical. Apunta que son tres los problemas que tratan de resolverse a través de esta nueva regulación. A saber: a) las relaciones de negociación y la ejecución de los contratos entre artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y servicios de música en línea; b) la creación de distintos organismos para proteger a los artistas; c) la redefinición del alcance de la licencia legal del artículo L. 214-1 del Código francés de Propiedad Intelectual. La primera parte del artículo, centrada en las medidas que tienen que ver con los contratos musicales, se divide, a su vez, en dos: 1) los contratos entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas; 2) los contratos entre los productores de fonogramas y los editores de servicios en línea. Respecto a los primeros, se distingue entre las disposiciones que extienden la protección de los autores otorgada por el Código francés a los artistas, y las disposiciones propias de los artistas de música grabada. Explica el autor de este estudio que estas últimas tratan de perseguir dos fines. Por un lado, mejorar la protección de los artistas en sus relaciones contractuales con los productores. Y, por otro lado, garantizarles una justa remuneración. En cuanto al segundo tipo de contratos, apunta el autor que el objetivo perseguido por el legislador es preservar las relaciones equilibradas entre ambas partes. La segunda parte del estudio se centra en los organismos incorporados por la reforma dedicados a los autores del sector musical. Se crean dos: a) el observatorio de la economía del sector musical; b) el mediador de la música, como un mecanismo alternativo de solución de conflictos y de propuesta de cualquier medida susceptible de favorecer la adopción de códigos de buenas prácticas en este sector. Finalmente, la tercera parte se centra en explicar la excepción a los derechos exclusivos de productores de fonogramas y de artistas cuando se usan fonogramas comerciales para fines de radiodifusión y distribución por cable, a cambio de una compensación equitativa a favor de ambos derechohabientes. El autor acaba haciendo una crítica a esta reforma. Si bien entiende que es un paso importante para adaptar este sector a las nuevas tecnologías, sin embargo, considera que la forma en que se regulan las relaciones contractuales entre los distintos actores sigue anclada en el pasado, pues no se tiene en cuenta que muchos artistas intérpretes o ejecutantes son, a la vez, productores-editores-empresarios. (*S. L. M.*)

GOTZEN, F.: «Comment mieux harmoniser ou unifier le droit d'auteur dans l'Union Européenne?», *RIDA*, núm. 252, abril 2017, pp. 4-43.

En los distintos apartados de este artículo, el autor se plantea cuál es la técnica legislativa más adecuada para proteger el derecho de autor. Comienza analizando las bondades de un código sobre esta materia, al estilo del propuesto por un grupo de profesores, el llamado proyecto *Wittem*. Se muestra partidario de esta forma de regular el derecho de autor: en un cuerpo único que sea aplicable en todos los Estados miembros. En segundo lugar, estudia la posibilidad de recoger todo el derecho de autor en un reglamento general. En tercer lugar, propone establecer reglamentos específicos sobre las distintas materias del derecho de autor, con el fin de conseguir resultados parciales en sectores más limitados. La técnica del reglamento, a juicio del autor, resulta muy adecuada por ser una norma de aplicación directa y uniforme en

todos los Estados. La técnica más cuestionada es la llevada a cabo a través de directivas, al tratarse de normas que dependen luego de un proceso de transposición y que dejan a los Estados un amplio margen para incorporar el Derecho a sus ordenamientos nacionales. Y el autor pone como ejemplo el artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE, que incluye un listado de excepciones y límites al derecho de autor de transposición voluntaria para los Estados miembros (salvo la prevista en el artículo 5.1). Por tanto, el espíritu armonizador de dicha norma queda cuestionado por este listado facultativo de límites. Respecto a este ámbito, el autor propone excepciones obligatorias, como en el caso de los programas de ordenador, pues sólo así se evitan las diferencias entre las legislaciones nacionales. Y apunta que ese parece ser el camino que seguirá la Comisión a través de la Propuesta de Directiva sobre el derecho de autor en el mercado digital. Dicho lo anterior, el autor concluye que, con independencia de cuál sea la técnica legislativa utilizada para regular el derecho de autor, el legislador debe trabajar con el objetivo en mente de conseguir un elevado nivel de protección para los autores, asegurándoles una adecuada remuneración equitativa. (S. L. M.)

GROFFE, J.: «Droit moral et liberté de création», *RIDA*, núm. 253, julio 2017, pp. 5-43.

La autora hace en este artículo un estudio de la relación entre el derecho moral de los autores y la libertad creativa. Explica, al comienzo del estudio, que el derecho moral representa el lado no económico del derecho de autor, mientras que la libertad creativa constituye un derecho fundamental que corresponde a todas las personas. El artículo está dividido en dos grandes bloques. En el primero, la autora critica la relación de equilibrio que los tribunales están llevando a cabo. A su juicio, dejar al juez que haga el balance de intereses a la hora de interpretar la relación entre el derecho moral y la libertad creativa conlleva la imposibilidad de anticipar la decisión del juez, lo que deriva en una no deseada inseguridad jurídica. Para demostrarlo, la autora hace un recorrido por las sentencias francesas que han tratado esta cuestión. En el segundo bloque, se muestra optimista con la posibilidad de cambiar la concepción de este equilibrio. Según la autora, la clave está en cambiar la naturaleza del derecho moral tras la muerte del autor para conseguir un equilibrio más razonable. En ese momento, apunta la autora que el rol de los herederos es fundamental para que defiendan la autoría y la integridad de la obra. (S. L. M.)

LAPORTE, Ch.: «Sur le délai de péremption du commandement de saisie immobilière», *SJ*, 2017, núm. 43, pp. 1932-1935.

Mandamiento judicial de embargo de inmueble y plazo de ejecución. Problemas. (R. A. R.)

LONGHINI, E.: «*Break Media* e *Live TV*, casi emblematici sulla responsabilità dell'*hosting provider* e dei fornitori di connettività», *Dir. Aut.*, 2017, núm. 2, pp. 272-284.

Análisis de dos decisiones judiciales de relevancia sobre la responsabilidad de los intermediarios: *Break Media*, relativa a la responsabilidad del *hosting provider* y *Live TV*, acerca de la responsabilidad de los proveedores de conectividad. Ambas decisiones se sitúan en un momento histórico importante, en concreto, en el ámbito de las reformas de la Directiva sobre *Copyright*

y la declaración de los gobiernos francés e italiano, emitida en París el 2 de mayo de 2017, al manifestar su compromiso en la defensa del derecho de autor en el ámbito digital para la tutela de la libertad, la diversidad cultural y la no discriminación. (*Alma R. G.*)

PELLEGRINI, F.: «L'originalité des oeuvres logicielles», *RIDA*, núm. 252, abril 2017, pp. 44-105.

Uno de los requisitos más importantes para que una creación sea protegida como obra por el derecho de autor es el relativo a la originalidad. El autor estudia en este artículo la aplicación de esta condición a las obras en general (primera parte) y a los programas de ordenador en particular (segunda parte). Expone que utilizar el criterio de la originalidad no es apropiado para conceder protección a los programas de ordenador y explica cómo ha sido utilizado inapropiadamente por los jueces, partiendo de la sentencia del TGI de Lille de 26 de mayo de 2016. En la primera parte, Pellegrini señala que la originalidad debe ser entendida como el reflejo de la personalidad del autor en la obra. Además, apunta que, a la hora de analizar la concurrencia de este requisito, no hay que tener en cuenta la novedad, ni el mérito o calidad de la obra. Pero sí hay que valorar el acervo cultural común, constituido por los arquetipos de los distintos tipos de obras. Pellegrini también analiza la presunción de originalidad: en ausencia de prueba, la originalidad debe presumirse, lo que significa que no es el autor quien debe probar que la obra es original, sino los terceros que la discutan. En la segunda parte del artículo, el autor se centra en los programas de ordenador. Estudia por qué el legislador eligió el derecho de autor como sistema para darles protección, en lugar de las patentes o un derecho *sui generis*. Además, desarrolla ampliamente cómo el derecho de autor se ha adaptado a los programas de ordenador, cómo se les aplica el requisito de la originalidad, la presunción de originalidad y el fondo común en este ámbito. El autor acaba explicando la necesidad de analizar el código fuente para determinar si hay o no plagio entre programas de ordenador. (*S. L. M.*)

PISANI, F. M.: «L'usucapione e la comunione legale dei coniugi», *DFP*, 2017, núm. 3, pp. 711-727.

En el caso de la sentencia de la Corte de Casación de 11 de agosto de 2016 n. 17033, objeto del presente comentario, uno de los cónyuges, casado bajo el régimen de comunión legal de bienes y con ocasión de la disolución de tal régimen, reclama su cuota de copropiedad sobre un conjunto de bienes inmuebles propiedad del otro cónyuge, en cuanto tales bienes habían sido adquiridos por usucapación de este último iniciada antes de la constitución del régimen de comunidad pero consolidada durante el matrimonio. La Corte de Casación confirma la sentencia recurrida, que reconoce el derecho del cónyuge demandante a la copropiedad de los bienes usucapidos, incluso aunque solo la parte final del transcurso del tiempo para la consumación de la usucapación haya recaído bajo el régimen de comunidad. (*Alma R. G.*)

REVET, Th.: «Le corps humain est-il une chose appropriée?», *RTDC*, 2017, núm. 3, pp. 587-592.

Estudio sobre la posible consideración del cuerpo humano como cosa susceptible de apropiación, y, por tanto, como objeto de propiedad. (*R. A. R.*)

TORREMANS, P.: «The *Duran Duran* case in private international law: copyright, copyright contracts and the question whether Section 203 US Copyright Act involves a form of reversionary copyright», *RIDA*, núm. 254, octubre 2017, pp. 81-109.

El autor trata de distinguir claramente las cuestiones que tienen que ver con el derecho de autor (la originalidad de una obra, el alcance de los derechos de exclusiva, su duración o la autoría) y las cuestiones que son más de Derecho contractual, como ocurre una vez que dichos derechos se ceden a terceros. Y pone de manifiesto cómo los cesionarios se consideran titulares exclusivos de los derechos que se les atribuyen, especialmente cuando la transmisión adopta la forma de licencia mundial por la completa duración del derecho. Para ilustrar este problema, el autor desarrolla en este estudio un análisis del caso «*Duran Duran*», *Gloucester Place Music Ltd. vs. Simon Le Bon y otros*, en relación con la Sección 203 de la ley americana sobre derecho de autor, que permite la rescisión de un contrato de transmisión de derechos de autor bajo ciertas condiciones. En este proceso, los miembros del grupo de música y sus empresas habían firmado acuerdos de distribución de la música, cediéndoles derechos de autor a Gloucester Place. Dichos acuerdos contenían una cláusula por la cual la ley aplicable sería la ley inglesa. Los demandados habían emitido varios avisos, al amparo de la Sección 203 de la ley americana, para recuperar los derechos de autor y rescindir las licencias, oponiéndose Gloucester Place al entender que eso constituía un incumplimiento del contrato. El artículo analiza las razones por las cuales el juez falló a favor de la cesionaria y el autor se cuestiona si dicha disposición es una norma de carácter imperativo o si las partes del contrato pueden establecer el plazo de duración de la cesión que deseen. Concluye finalmente señalando la necesidad de una norma de Derecho internacional privado que permita la aplicación de normas imperativas de Estados con quienes la situación de la cesión tenga una relación estrecha. (*S. L. M.*)

DERECHO DE FAMILIA

ASTONE, A.: «Assegno post-matrimoniale ed autoresponsabilità degli ex coniugi», *DFP*, 2017, núm. 4, pp. 1207-1226.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 10 de mayo de 2017 n. 11504, en la que dicho tribunal, aunque adopta como punto de partida que el derecho a la compensación tras la ruptura matrimonial posee como fundamento constitucional el deber inderogable de solidaridad económica ex artículo 2 de la Constitución, a la vez sostiene que se trata de un derecho condicionado a la ausencia, en el cónyuge que lo reclama, de medios económicos adecuados para su mantenimiento o a la imposibilidad de procurarse tales medios por razones objetivas. (*Alma R. G.*)

BALLARANI, G.: «Modifiche all'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184 e altre disposizioni in materia di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita (ddl n. 1978)», *DFP*, 2017, núm. 3, pp. 965-975.

El artículo 28 de la ley de 4 de mayo de 1983 prevé, de forma excepcional frente al resto de casos regulados en el mismo, la prohibición de acceso a la

información sobre sus orígenes al adoptado cuando se ha producido un parto anónimo y la madre así lo ha querido. Tal excepción se justificaba, según señaló la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 16 de noviembre de 2005, en el deseo de impedir ciertas decisiones irreparables, como la interrupción voluntaria del embarazo o el abandono material del recién nacido por parte de la madre. El presente artículo da cuenta, sin embargo, de la revisión crítica que se ha hecho con posterioridad de la citada regulación del artículo 28 tanto por parte del propio Tribunal Constitucional como por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (*Alma R. G.*)

BILOTTI, E.: «Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni», *DFP*, 2017, núm. 3, pp. 873-940.

A raíz de la aprobación de la Ley de 20 de mayo de 2016 n. 76 relativa a las uniones civiles entre personas del mismo sexo, el presente artículo se plantea, más allá del supuesto de la *stepchild adoption* entre estas parejas, la hipótesis de si pueden adoptar de modo conjunto a menores abandonados. (*Alma R. G.*)

BRÉMOND, V.: «Droit patrimonial de la famille», *RD*, 2017, núm. 36, pp. 2119-2129.

Estudio sobre el aspecto patrimonial de la familia: regímenes económicos y obligaciones patrimoniales entre sus componentes. (*R. A. R.*)

CAGGIA, F.: «Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi», *RDC*, 2017, núm. 6, pp. 1572-1595.

Reflexiones sobre la evolución del Derecho de Familia en temas como filiación, uniones de hecho, matrimonio homosexual, pluralismo de modelos familiares. (*M. R. D. R.*)

CALVO MARTÍNEZ, J.: «La cura dei figli minori in seguito alla rottura matrimoniale dei genitori nel diritto spagnolo: la guarda y custodia», *DFP*, 2017, núm. 4, pp. 1347-1370.

Artículo que profundiza en el concepto y régimen jurídico de la guarda y custodia en el ordenamiento español, en particular, se centra en las modalidades posibles de determinación de tal régimen: consensual y judicial. (*Alma R. G.*)

CANONICO, M.: «La Cassazione conferma: processo canonico di nullità matrimoniale e giudizio civile di divorzio sono procedimenti indipendenti ed autonomi», *DFP*, 2017, núm. 3, pp. 743-757.

A raíz de la ordenanza de la Corte de Casación de 14 de diciembre de 2016, que se enmarca en un incidente procesal en el que se plantea la pendencia simultánea del proceso eclesiástico para la declaración de nulidad del matrimonio y el procedimiento judicial civil de divorcio, se analiza en el artículo el carácter autónomo e independiente de ambos procesos. La nulidad canónica reconocida en sede estatal, en cuanto comporta la invalidez originaria del matrimonio, hace decaer con eficacia retroactiva el status de cónyuge eliminando el presupuesto mismo del pronunciamiento del divorcio. De ahí que el pronunciamiento eclesiástico de invalidez del vínculo, en caso de

reconocerse en sede civil, impediría al juez estatal lograr el pronunciamiento de cesación de los efectos civiles del matrimonio. Ello se traduciría en la posible pérdida, por parte del cónyuge beneficiario, de la pensión de divorcio eventualmente establecida a su favor. La ordenanza citada mantiene finalmente que ambos procedimientos, el canónico de nulidad y el civil de divorcio, son independientes entre sí. (*Alma R. G.*)

CLIFFORD ROSKY: «Anti-gay Curriculum Laws», *Colum. L. Rev.*, 2017, vol. 117, núm. 6, pp. 1461-1541.

Si bien en ámbito norte americano hay una abertura hacia los fenómenos LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y personas transgéneros), como muestran por ejemplo las sentencias *Romer v. Evans*, *Lawrence v. Texas*, *Windsor v. Estados Unidos* y *Obergefell v. Hodges*, el autor demuestra todavía la existencia de toda una normativa que mira a la finalidad contraria. En este sentido se realiza su mapatura, sistematización y breve análisis. (*A. F.*)

GARETTI, S.: «Quando il diritto all'identità culturale dei genitori si scontra con il diritto all'integrità psico-fisica del figlio minore: il caso della circoncisione rituale infantile», *DFP*, 2017, núm. 4, pp. 1421-1431.

A raíz de la noticia reciente del fallecimiento de un recién nacido a causa de la infección sufrida al practicarle una circuncisión, el artículo reflexiona acerca de los límites de la licitud de la circuncisión ritual infantil, a la vez que da cuenta de la intervención del legislador en algunos estados europeos al respecto. (*Alma R. G.*)

JUSTON, M.: «La coparentalité: vers une nouvelle relation parentale dans l'intérêt de l'enfant», *GP*, 2017, vol. 137, núm. 4, pp. 2163-2170.

La tendencia a la coparentalidad como una forma de ejercicio de los derechos y obligaciones conjunta de los padres en favor del interés del menor. (*R. A. R.*)

MASONI, R.: «Il matrimonio del disabile psichico soggetto ad amministrazione di sostegno», *DFP*, 2017, núm. 3, pp. 842-851.

A raíz del decreto del Tribunal de Módena de 14 de febrero de 2017, el presente comentario aborda la problemática relativa a si el curador de una persona discapacitada está legitimado activamente para oponerse a la celebración del matrimonio de ésta última en atención a la preservación de sus intereses personales y patrimoniales. (*Alma R. G.*)

MERELLO, M. S.: «“Affectio familiaris” ed opponibilità del “diritto” al godimento della casa familiare», *DFP*, 2017, núm. 4, pp. 1371-1393.

En el ordenamiento jurídico italiano, en el marco de las crisis matrimoniales, a partir de 1975 se acoge, primero en el Código Civil y luego en la ley reguladora del divorcio, el derecho a la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio de los hijos menores o al cónyuge que convive con hijos mayores de edad no autosuficientes desde el punto de vista económico. Con el tiempo tal medida ha ido acompañada de la posibilidad de proceder a la inscripción del procedimiento judicial de atribución del uso de la

vivienda familiar. El artículo se centra, en particular, en el análisis de una significativa jurisprudencia al respecto. (*Alma R. G.*)

PICARO, R.: «Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel constesto globale non armonizzato», *RDC*, 2017, núm. 5, pp. 1262-1292.

Crisis de identidad de las instituciones europeas y actividad de los tribunales en el tema de la gestación subrogada: entre el principio de interés público de los Estados y el principio del interés del menor nacido con esta técnica. (*M. R. D. R.*)

PISANI, F. M.: «L'usucapione e la comunione legale dei coniugi», *DFP*, 2017, núm. 3, pp. 711-727.

En el caso de la sentencia de la Corte de Casación de 11 de agosto de 2016 n. 17033, objeto del presente comentario, uno de los cónyuges, casado bajo el régimen de comunión legal de bienes y con ocasión de la disolución de tal régimen, reclama su cuota de copropiedad sobre un conjunto de bienes inmuebles propiedad del otro cónyuge, en cuanto tales inmuebles habían sido adquiridos por usucapación de éste último iniciada antes de la constitución del régimen de comunidad pero consolidada durante el matrimonio. La Corte de Casación confirma la sentencia recurrida, que reconoce el derecho del cónyuge demandante a la copropiedad de los bienes usucapidos, incluso aunque solo la parte final del transcurso del tiempo para la consumación de la usucapación haya recaído bajo el régimen de comunidad. (*Alma R. G.*)

RECEVEUR, B.: «La rupture du concubinage et la société civile immobilière», *GP*, 2017, vol. 137, núm. 5, pp. 2574-2580.

La unión de hecho en Francia o la relación de concubinato genera entre la pareja una sociedad civil a efectos patrimoniales, con relación a la vivienda familiar. Cuando llega la ruptura esa sociedad civil también desaparece y hay que liquidarla. (*R. A. R.*)

RINALDO, M.: «Unioni civili e convivenze nell'era della codificazione delle "nuove" famiglie», *DFP*, 2017, núm. 3, pp. 976-1001.

Búsqueda del significado constitucional de la familia, en particular, a raíz de la adopción de los nuevos modelos de familia en la Ley de 20 de mayo de 2016 n. 76. El artículo se centra también en el análisis de las similitudes y diferencias existentes entre el matrimonio y las uniones civiles, especialmente en el proceso de ruptura de la relación y en el deber de fidelidad. (*Alma R. G.*)

SAVI, G.: «La rilevanza del "tenore di vita" nel regolamento delle crisi del rapporto coniugale», *DFP*, 2017, núm. 3, pp. 793-826.

A raíz de la sentencia de la Corte de Casación de 16 de mayo de 2017 n. 12196, el artículo profundiza en el debatido tema en Italia de si la finalidad perseguida por la pensión de mantenimiento tras el divorcio, reflejo de la solidaridad postconyugal, ha de consistir en garantizar el nivel de vida que tenía el cónyuge beneficiario de la misma durante la vida matrimonial. (*Alma R. G.*)

SCALISI, V.: «Maternità surrogata. Come far cosa con regola», *RDC*, 2017, núm. 5, pp. 1097-1114.

Reflexiones sobre la necesidad y urgencia de afrontar en la actualidad el tema de la gestación subrogada, desde los diferentes principios en conflicto: interés del menor, filiación, integridad personal e inscripción de los nacidos por esta técnica en el extranjero. (*M. R. D. R.*)

SPADAFORA, A.: «Lo status coniugale e gli status paraconiugale tra legge e autonomia privata», *DFP*, 2017, núm. 3, pp. 1092-1126.

Artículo que profundiza en el cada vez mayor alejamiento del intervencionismo estatal en la gestión de la ruptura familiar y en el juego creciente de la autonomía de la voluntad de las partes en la ruptura del vínculo conyugal y en la regulación de sus efectos, haciendo el autor a la vez una crítica del persistente paternalismo por parte de los jueces en esta materia. (*Alma R. G.*)

VIVIRITO PELLEGRINO, M.: «Diritto dei minori alle relazioni familiari e sistema rimediabile tipico», *DFP*, 2017, núm. 4, pp. 1322-1346.

Artículo que profundiza en el reconocimiento, incluido en el vigente artículo 317-bis del Código Civil, del derecho de los abuelos a mantener relaciones significativas con los nietos menores de edad, aunque la calificación de tal prerrogativa en términos de «derecho» puede generar, según el autor del trabajo, cierta desarmonía en un sistema donde la posición de los progenitores goza de preferencia. Se trata de concretar y aclarar el concreto ámbito de tutela de tal derecho y de indagar en los remedios existentes ante la negativa al mantenimiento de la relación familiar entre abuelos y nietos, a la vez de advertir del peligro del resarcimiento del daño causado por ilícito civil entre familiares. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE SUCESIONES

CIAN, G.: «Sui vizi del volere nella dichiarazione testamentaria», *RDC*, 2017, núm. 5, pp. 1206-1237.

Reflexiones sobre los vicios del consentimiento en las declaraciones mortis causa: dolo, error, violencia. Comparativa del artículo 624 del Codice Civile y el 2078 BGB. (*M. R. D. R.*)

GIROLAMI, M.: «Libertà testamentaria e captazione nel pensiero di Alberto Trabucchi», *RDC*, 2017, núm. 5, pp. 1180-1205.

Análisis del vicio del dolo en los testamentos, desde la perspectiva de la normativa del código y la tendencia interpretativa de la doctrina más reciente sobre libertad y espontaneidad en la expresión de la voluntad *mortis causa*. (*M. R. D. R.*)

LAGHI, P.: «Famiglie “ricomposte” e successione necessaria: problematiche attuali, soluzioni negoziali e prospettive de *iure condendo*», *CI*, 2017, núm. 4, pp. 1342-1394.

Artículo que sugiere adecuar la disciplina normativa relativa a la sucesión necesaria a las transformaciones sufridas por la estructura familiar, en particular a las familias reconstituidas. (*Alma R. G.*)

ORLANDO, G.: «La donazione di bene putativamente proprio e la donazione di bene in comunione ereditaria», *RDC*, 2017, núm. 6, pp. 1503-1532.

Análisis de los efectos de las donaciones de bienes putativos de buena fe respecto de los terceros: perfiles subjetivos y objetivos de la causa donandi, error en el dominio y falta de facultad de disposición. Especial referencia a donaciones de bienes en comunidad hereditaria antes de la partición y adjudicación. (*M. R. D. R.*)

PASQUIER CIULLA, Ch.: «Le Code monégasque prend la route du Règlement européen sur les successions: un chemin parsemé de différences», *GP*, 2017, vol. 137, núm. 6, pp. 3237-3242.

La autora analiza el estudio de la renovación del derecho sucesorio en Mónaco y la adaptación de su código al Reglamento europeo de sucesiones. Las dificultades de dicha adaptación. (*R. A. R.*)

SEMPRINI, A.: «La progressiva erosione della legittima in natura», *DFP*, 2017, núm. 3, pp. 1054-1091.

Este artículo, a raíz de los cambios tan profundos que ha experimentado el ordenamiento italiano en materia de derecho de familia con la regulación de las uniones civiles, lleva a cabo una reinterpretación del sistema normativo vigente en Italia relativo a las legítimas, analizando, en primer lugar, la *ratio legis* sobre la que se apoya la sucesión necesaria y, en segundo lugar, la reciente tendencia legislativa, doctrinal y jurisprudencial tendente a la superación del principio de la legítima *in natura*. (*Alma R. G.*)

VARIA

JACQUIN, A.: «Pourquoi pas l'arbitrage comme solution aux litiges en matière de baux commerciaux», *GP*, 2017, vol. 137, núm. 6, pp. 3225-3228.

Los problemas que normalmente se presentan entre las partes en el contrato de local de negocio ha llevado al autor a proponer una vía alternativa de conflicto, diferente a la judicial como es el arbitraje. Para ello, se analizan las ventajas de este método. (*R. A. R.*)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

SCHMIDT, D.: «La société et l'entreprise», *RD*, 2017, núm. 41, pp. 2380-2386.

Concepto de sociedad y concepto de empresa. Analogías y diferencias. (*R. A. R.*)

DERECHO CONCURSAL

CAPRARA, A.: «Sull'indipendenza del sindaco-consulente», *CI*, 2017, núm. 3, pp. 756-771.

La temática relativa a la independencia del síndico de una sociedad por acciones, aunque ya había suscitado el interés de la doctrina italiana con carácter previo, ha sido objeto de atención de modo reciente por la Corte de Casación. Así, la sentencia de 28 de marzo de 2013 n. 7902 (Foro it, 2013, I, c. 3534) ha examinado la cuestión del posible perjuicio que puede tener para la independencia del síndico, en un procedimiento concursal de una sociedad por acciones, el hecho de que aquel desarrolle una actividad de asesoramiento para dicha sociedad. (*Alma R. G.*)

ABREVIATURAS

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
GP	Gazette du Palais
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
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
SJ	La Semaine Juridique
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review

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), Francisco SANTANA NAVARRO (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Contrato del abogado con su cliente: Reclamación de honorarios: Prescripción extintiva: *Dies a quo* del plazo prescriptivo.–El 21 noviembre de 2012, el Letrado don Ángel Daniel presentó escrito de petición de procedimiento monitorio por el que reclamaba a Lailera Construcciones SL, el pago de 24.860,18 euros, correspondientes a los honorarios profesio-

nales por razón de los servicios que le había prestado y que consistían en las labores de asesoramiento jurídico desarrolladas en varios procedimientos judiciales, resultando infructuoso por la oposición de la demandada. El 22 de enero de 2013, D. Ángel Daniel interpuso contra Lailera Construcciones demanda de juicio ordinario de reclamación de cantidad en la que solicitaba la condena al pago de aquella suma, más intereses desde la presentación del monitorio e imposición de costas.

Tal y como se recoge en las sentencias de instancia, la deuda reclamada se corresponde con los honorarios referidos a los servicios profesionales prestados por D. Ángel Daniel en tres litigios: a) Procedimiento ordinario 128/2005 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Logroño, con factura pro forma actualizada a fecha 1-9-2012 por 15.943,90 euros. Se promovió demanda frente al acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Ribafrecha sobre la resolución del contrato de distribución y pavimentación del Barrio Vallejuelo. La demanda se desestimó por el Juzgado el 22-9-2006 y la Sala desestimó la apelación el 12-2-2007. La última resolución es una providencia de 26-2-2007. b) Procedimiento ordinario 428/2004 del Juzgado de lo Contencioso núm. 1 de Logroño, con factura actualizada a fecha 1-9-2012 por importe de 7682,00 euros. Se promovió demanda frente al Ayuntamiento de Ribafrecha por las obras realizadas de saneamiento, distribución y pavimentación en la c/ Botición de tal localidad. El Juzgado dictó sentencia desestimatoria el 22-9-2006, y la Sala desestimó la apelación el 12-2-2007. La última resolución es una providencia de 23-2-2007. c) Procedimiento abreviado núm. 478/2010-F del Juzgado de lo Contencioso núm. 1 de Logroño, con factura actualizada por 1234,28 euros. Se promovió demanda frente al Ayuntamiento de Santurde en reclamación de cantidad respecto de obras realizadas en «Remodelación de las piscinas municipales». El Juzgado de lo contencioso núm. 1 de Logroño desestimó la demanda, que ha sido declarada firme por resolución de 23-11-2011.

En el litigio causante del presente recurso de casación la sentencia de primera instancia desestimó la demanda por considerar prescrita la acción ejercitada. Entiende el juzgador que aun cuando es cierto que nos encontramos ante una relación de asesoramiento letrado prolongada en el tiempo, se fundó siempre en encargos puntuales e independientes; los procedimientos no estaban relacionados entre sí y el único nexo era la persona que los encargaba, de modo que los asuntos tenían entidad propia y no estaban vinculados unos a otros. En este contexto, concluye la sentencia, el día de inicio del cómputo del plazo de prescripción se determina por la finalización de la concreta encomienda profesional. En el caso, entiende la sentencia, la labor del actor finalizó en febrero de 2007, fecha de dictado de las sentencias y, en virtud de los correos electrónicos enviados por la parte demandante a la demandada, no se considera acreditada la reclamación hasta julio de 2011.

Interpuesto recurso de apelación la Audiencia Provincial razona que, aun tratándose de un mismo cliente, la cantidad reclamada responde en realidad a tres asuntos totalmente independientes entre sí, lo cual exige atender el cómputo del plazo de tres años que establece el artículo 1967 CC respecto de la última actuación en cada uno de los concretos procedimientos. En particular entiende que la reclamación de honorarios correspondientes al procedimiento abreviado núm. 478/2010 F, no ha prescrito porque la fecha de la última resolución es de 23-11-2011 y la demanda (el escrito de petición del monitorio) se presentó el 21-11-2012. En cambio sostiene que ha prescrito la pretensión de cobro de los dos procedimientos anteriores, sin que, respecto de ellos,

haya acreditado el demandante que se realizaran actos de interrupción de la prescripción conforme al artículo 1973 CC.

El demandante ha interpuesto recurso de casación fundado como motivo único, en la infracción del artículo 1967,1.º CC, argumentando que la resolución del recurso presenta interés casacional porque la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, contenida en las sentencias de 15 noviembre de 1996, 8 de abril de 2003, 14 febrero de 2006 y 13 junio de 2014. En opinión del recurrente, la aplicación al caso de la doctrina jurisprudencial contenida en estas sentencias conduciría a entender que, si no está prescrita la reclamación del procedimiento abreviado, tampoco lo está la reclamación de los dos procedimientos anteriores. Esta conclusión se alcanza porque en el cómputo de la prescripción del artículo 1967.1.º CC no ha de atenderse a la fecha de finalización de cada procedimiento, sino a la actuación global en el conjunto de los asuntos que se han seguido respecto del mismo cliente, que el abogado puede minutar conjuntamente sin escindir los honorarios y su reclamación caso por caso.

La cuestión jurídica que se plantea es, en definitiva, la determinación del inicio del plazo de la prescripción trienal que para los abogados fija el artículo 1967.1.º CC.

Interpretación del artículo 1967 CC.—Como excepción a la regla general de que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones se contará desde el día que pudieron ejercitarse (art. 1969 CC), el último párrafo del artículo 1967 establece que el tiempo para la prescripción de acciones a que se refiere el artículo se contará desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios. El tenor literal de este párrafo (que expresamente se refiere a las acciones de «los tres párrafos anteriores», cuando hay cuatro párrafos, lo que permitiría concluir que la regla no es aplicable al primero, referido precisamente a los honorarios correspondientes a servicios jurídicos) dio lugar tras la promulgación del Código civil a una polémica acerca del ámbito de aplicación de la regla contenida en este precepto sobre el inicio del plazo de prescripción trienal. Atendiendo a la razón de ser de la regla y a los antecedentes legislativos del precepto, la polémica ha sido zanjada jurisprudencialmente de modo unánime en el sentido de considerar aplicable el último párrafo del artículo 1967 Código civil, también al núm. 1.º del artículo 1967, referido a las profesiones jurídicas, cuestión que no es objeto de discusión en este recurso. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Sala, tanto en primera como en segunda instancia —y ahora por las partes en el recurso de casación— se da por supuesto que el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de tres años a que está sometida la pretensión de pago de los servicios origen del proceso es el día en que dejaron de prestarse. Existe discrepancia, sin embargo, acerca de la interpretación de la regla especial que contiene el párrafo final del artículo 1967 CC. En particular, si debe entenderse que la expresión «dejaron de prestarse los respectivos servicios» se refiere de manera separada e individual a cada uno de los servicios prestados (como interpreta la Audiencia Provincial) o de manera conjunta y global para cuando deja de prestarse por el Abogado todo servicio al cliente (como entiende el recurrente, según alega). La sentencia recurrida, ante la evidencia de que el demandante reclama una cantidad que es el resultado de sumar las minutas de tres litigios diferentes, lo que no se discute, interpreta que el cómputo del plazo de tres años debe realizarse de manera separada para cada una de las pretensiones de cobro y, en consecuencia, para cada una de ellas atiende al momento de la última actuación en cada uno de los procedimientos judiciales seguidos. Frente a esta

interpretación, el recurrente sostiene que, en el caso, al no haber prescrito la pretensión de cobro correspondiente al último de los procedimientos dirigido por el letrado, tampoco lo habrían hecho las pretensiones de cobro correspondientes a los otros dos procedimientos. Pero no se discute por el recurrente la valoración realizada por la sentencia recurrida de que se trata de procedimientos diferentes.

En apoyo de su tesis invoca las SSTs de esta Sala de 15 de noviembre de 1996, 8 de abril de 1997, 16 de abril de 2003, 14 de febrero de 2006 y 13 de junio 2014, que se refieren a la interpretación del cómputo de la prescripción extintiva para reclamar los honorarios de los servicios profesionales de los abogados. A su vez, la demandada recurrida, al negar la infracción del artículo 1967.1 CC, invoca también las sentencias de 2003 y 2006 mencionadas por la recurrente, de las que extrae una interpretación diferente a la del recurrente. Resulta necesario precisar el alcance y sentido de esta jurisprudencia, puesto que la misma no está integrada por frases sueltas que puedan desconectarse del problema jurídico a resolver. Las sentencias que ponen fin a un recurso de casación se pronuncian sobre un recurso interpuesto contra una sentencia que resuelve un pleito del que hay que conocer los antecedentes y el fallo para poder valorar el verdadero sentido de la interpretación que sostienen y su posible aplicación a otros casos.

a) En la sentencia 944/1996, de 15 de noviembre, la afirmación de que hay que atender al conjunto de la actuación del abogado con el cliente a efectos de fijar el término inicial del plazo de prescripción, se vierte en un caso en el que las diversas actuaciones no constituyen actividades independientes, sino parte integrantes de una actuación global dirigida a un fin, en el caso una pretensión arrendaticia.

b) En la sentencia de 8 de abril de 1997, rec. 1265/1993, se trataba del servicio único contratado por el Abogado (defensa en el pleito de mayor cuantía instado por la mujer del defendido tras la separación matrimonial), cualesquiera que fueren los procedimientos a que dieran lugar, de modo que la relación profesional ha sido continua hasta la extinción del poder. Pese a lo cual establece una división de actuaciones, que no fundamenta, ni alega ninguna causa de la que surja inevitablemente. Se observa que esta sentencia afirma que la aplicación a los Abogados del último párrafo del artículo 1967 CC «es la que encaja con la naturaleza y forma de prestación de sus servicios, pues la común experiencia indica que habitualmente el Abogado no reclama el importe de sus honorarios hasta que el asunto que se le encomendó no esté finalizado definitivamente, salvo extinción anterior de su relación profesional con el cliente, o por negativa de éste a seguir con el procedimiento. Es un uso notorio de la profesión que se ejerce en régimen liberal, no como consecuencia de relación laboral que tiene otro régimen distinto.

c) En el caso resuelto por la STS 405/2003, de 16 de abril, el objeto del contrato era el asesoramiento jurídico para la obtención y génesis de la concesión administrativa para la construcción y explotación de un nuevo centro comercial. El encargo y la relación, por tanto, no finalizaban con la obtención de la concesión.

d) La sentencia 96/2006, de 14 de febrero, declara –aunque lo omite el recurso–: «La Audiencia Provincial considera que el *dies a quo* que determina el inicio de la prescripción es el de la fecha del contrato de transacción, momento en el que el Abogado reclamante dejó de prestar sus servicios con relación al concreto pleito, puesto que con el mismo y mediante la transacción, acabó la ejecución de la sentencia que condenaba a la demandada». Así

se confirma la sentencia de la Audiencia Provincial que, aplicando el último párrafo del artículo 1967 CC, consideró que el *dies a quo* era el momento en que se concluyó una transacción en la que intervino el Abogado, en relación con el único y concreto pleito que pretendía cobrar, y en la que también se incluían previsiones sobre el pago de sus honorarios, tratándose de un supuesto sustancialmente diferente al que da lugar el presente recurso de casación, en el que se reclama el pago de la dirección de tres asuntos distintos.

e) La sentencia 338/2014, de 13 de junio, que el recurrente califica de fundamental en apoyo de su tesis, dice, en efecto, que: «El ejercicio de la profesión de Abogado no implica que cada asunto del que presta sus servicios profesionales deba ser reclamado su precio, antes de la prescripción trienal conforme al artículo 1967.1 CC. No se trata de prescripción de cada asunto, sino prescripción de todos ellos, que forman el servicio profesional conjunto; ni siquiera se exige que vayan interrelacionados. Se computa desde que el Abogado reclamante dejó de prestar sus servicios, o si el letrado reclamante siguió prestando los servicios, sería anormal que el Abogado reclamase el pago por cada una de tantas actuaciones judiciales como realice en un pleito en defensa de su cliente. La cuestión que se presenta en este caso es si precisamente hubo –y se haya probado– la continuidad de los servicios profesionales. El *dies a quo* es el día en que finalizan los servicios profesionales del Abogado, considerados globalmente».

Ahora bien, estas afirmaciones no son decisivas para la resolución del recurso de casación interpuesto por el Abogado, que se desestima, porque el tema del recurso era otro, el de la continuidad de los servicios; el Abogado insistía que otro letrado en determinada fecha le pidió la venia y que este era el *dies a quo*; frente a ello la sentencia declaró probado que con anterioridad a la fecha que fijaba el Abogado no tuvo ninguna intervención que pudiera interrumpir la prescripción. Por esta razón se desestimó el recurso de casación y se confirmó el fallo de la sentencia recurrida, aunque se aprovechara para afirmar que la Sala no comparte el argumento de que «cada asunto debe reclamarse en forma independiente» y la continuidad de los servicios debe ser «con relación al concreto pleito».

Hay otras sentencias de esta Sala que no citan ni recurrente ni recurrido en sus respectivos escritos de recurso u oposición y que se ocupan también de la determinación del inicio del plazo de la prescripción trienal del artículo 1967 CC:

f) La sentencia 77/1990, de 12 febrero, entiende que no hay infracción por inaplicación del artículo 1967 CC, cuando la «multitud de trabajos profesionales que se ha descrito y transcrito en su pormenor implica la realización ‘de continuados trabajos’ por parte del actor al servicio de los codemandados», de modo que «no es posible aplicar el módulo restrictivo del lapso prescriptorio a una etapa o porción de los mismos, cuando, por su misma índole supone que en momento alguno relevante se dejó de aportar el quehacer intelectual del demandante en el logro del objetivo económico de la prestación concertada». Resulta relevante que la sentencia de instancia considera probado que «no cabe contemplar cada una de dichas actividades como inconexas, sino como una totalidad orgánica; unidad determinada por la consideración finalística de la obtención de un resultado, que se tradujo en la dirección técnico-jurídica en todas las cuestiones relativas al concreto asunto cometido a dicho señor Letrado demandante».

g) En la sentencia 241/1994, de 3 de marzo, la Sala estimó el recurso de casación contra la sentencia que atendió a la redacción del escrito de pre-

sentación del recurso como término inicial del cómputo del plazo prescriptivo. Este criterio no se considera aceptable en atención a que: «Cada uno de los procedimientos económico-administrativos en que se devengaron los honorarios reclamados constituye un conjunto de actuaciones no separables sin que debe considerarse agotada la actividad del letrado por la presentación de la reclamación y, así, las distintas resoluciones que pusieron fin a los respectivos procedimientos hacen referencia al trámite de alegaciones y el letrado, al ostentar también la representación de su cliente, hubo de prestar sus servicios a éste durante todo el tiempo de duración de dichos procedimientos administrativos; la aplicación de la regla general del artículo 1969 permite afirmar que debiendo considerarse el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones «desde el día en que pudieron ejercitarse», en este caso ha de serlo desde la finalización de los procedimientos, pues no tendría sentido partir de que los honorarios por cada intervención del letrado defensor y representante de su cliente debieran ser reclamados independientemente».

h) La sentencia 542/1998, de 30 de mayo, en un caso en que el abogado ejercita acción de reclamación de mensualidades debidas y resolución por incumplimiento del contrato de asesoramientos técnico jurídicos y defensa de los litigios que se encomienden durante quince años, declara que «la iniciación del cómputo de la prescripción trienal empieza a contarse a partir de la dejación total de la prestación de servicios en forma definitiva», que en el caso había que referir al momento en que se interrumpió el pago de los honorarios fijos convenidos. No hay infracción del artículo 1967.1 CC porque el «precepto opera cuando se trata de honorarios devengados por prestaciones concertadas como autónomas e individualizadas, que generan minutas singulares en razón a cada cometido encargado y no en los supuestos en los que el Abogado se integra en la empresa, al estar remunerado con retribuciones periódicas constantes y quedar obligado por un contrato de ejecución permanente y sucesiva».

i) La sentencia 972/2011, de 10 enero de 2012 (asumiendo funciones de instancia tras estimar el recurso extraordinario por infracción procesal), confirma la de primera instancia, en la que se desestimó la demanda del Abogado que reclamaba el pago de los honorarios, porque, de acuerdo con el artículo 1967 CC, el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de tres años es el día en que dejaron de prestarse los respectivos servicios, lo que para cada uno de los dos trabajos que realizó el demandante tuvo lugar respectivamente antes de su presentación en los ayuntamientos. Se rechaza la alegación del recurrente en el sentido de que el trabajo encomendado era complejo y no finalizó hasta la conclusión de las distintas fases que lo componían porque no se aportó justificación alguna que permitiera afirmar que la relación de servicios con la demandante no había terminado cuando se terminaron los trabajos presentados.

j) La sentencia 62/2016, de 12 de febrero, estima el recurso de casación que denunciaba la infracción del artículo 1967 CC porque, dice la sentencia, «tanto la norma citada del Código civil como la jurisprudencia consideran – en contra de la argumentación de la sentencia de la Audiencia Provincial– que la prescripción no se computa por cada servicio profesional, sino por el conjunto de servicios hasta llegar al final, en el presente caso, la casación ante esta Sala». En el caso se reclama el pago de la cantidad que resulta de sumar los importes desglosados de varias actuaciones que son correlativas respecto del mismo asunto (procedimiento ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia, apelación ante la Audiencia Provincial y oposición al recurso de casación). La sentencia recurrida considera que la reclamación de honorarios había prescrito para los honorarios de primera y segunda instancia, pero

no los originados por la oposición al recurso de casación. En este contexto fáctico se produce el pronunciamiento de esta Sala de que la prescripción no se computa por cada servicio profesional, sino por el conjunto de servicios hasta llegar al final; en el caso, la casación ante esta Sala.

k) Más recientemente, la sentencia 75/2017, de 8 de febrero, en un supuesto de prestación de servicios profesionales, de un arquitecto que pretendía reconducir el momento en que cesaron los servicios prestados al fin de una supuesta relación única, desestima el motivo que alegaba infracción del artículo 1967 CC porque la sentencia recurrida declara probado que al arquitecto se le contrató para diversos trabajos, distintos e individualizados, sin nexo entre los mismos. Como añade esta sentencia la jurisprudencia que se cita en el recurso (SSTS de 15 de noviembre de 1996, 8 de abril de 1997, 24 de septiembre de 1998, 16 de abril de 2003, y 13 de junio de 2014), no justifica la estimación del motivo porque «está referida al pago de servicios profesionales por Abogados en razón a hechos muy concretos como la existencia de una prestación continuada de los servicios; a un trabajo global y a una unidad de actuaciones profesionales a lo largo de un tiempo. Es decir, a una jurisprudencia que está en función de unos hechos distintos de los que la sentencia ha tenido en cuenta en este caso».

En definitiva, a efectos de determinar el *dies a quo* del plazo de prescripción trienal de la pretensión de cobro de honorarios profesionales prevista en el artículo 1967 CC, la doctrina de la Sala es la de que, cuando se hayan efectuado diversas gestiones o actuaciones en relación con un mismo asunto de un cliente, el momento en que «dejaron de prestarse los respectivos servicios» es el de la terminación del asunto, de modo que no empieza a correr el plazo de prescripción hasta su finalización. En particular, cuando la intervención profesional comprende la dirección y defensa de los intereses del cliente en un litigio, el plazo de prescripción no empieza a correr hasta que no finalizan las actuaciones procesales conectadas con el asunto encomendado, salvo que por voluntad de las partes proceda fragmentar y dividir el cobro de cada una de las actuaciones del profesional, como se tratara de encargos diferentes aunque versen sobre un mismo asunto. Por el contrario, salvo que resulte otra cosa de lo acordado por las partes, cuando el profesional asume la dirección y defensa de los intereses del mismo cliente en varios asuntos, el plazo de prescripción de la acción de cada uno de ellos comienza desde su terminación.

Esta interpretación jurisprudencial resulta coherente con el fundamento de la prescripción, porque no reclamar el pago de los honorarios correspondientes a la prestación de servicios finalizados y no vinculados a otros, en aras de mantener una relación con el cliente que facilite nuevos encargos, contribuye a generar incertidumbre acerca de la subsistencia de los derechos, lo que es contrario a la seguridad jurídica. Además, la no reclamación de los honorarios correspondientes a servicios prestados por asuntos ya finalizados y no conectados con otros, puede propiciar, contra la finalidad del artículo 1967 CC, una acumulación indeseable de las deudas de los clientes frente a los profesionales a los que se refiere el precepto.

En el presente caso, el razonamiento de la Audiencia Provincial es coherente con la doctrina jurisprudencial de la Sala, teniendo en cuenta la base fáctica y la razón decisoria. A la vista de que se trata de tres asuntos totalmente independientes, aunque se refieran a un mismo cliente, la sentencia recurrida aplica correctamente el plazo de prescripción que establece el artículo 1967 CC, al considerar como *dies a quo* para la pretensión de cobro de honorarios la finalización de cada uno de los respectivos litigios (sin que,

por otra parte, de la prueba practicada, quedara acreditado que se hubiera producido la interrupción de la prescripción). (STS de 4 de mayo de 2017; no ha lugar) [Ponente Excm. Sra. Dña. M.^a de los Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.—Minucioso estudio jurisprudencial que sin duda contribuirá a fijar la interpretación del artículo 1967. 1.^a CC al tiempo que, *animus docendi*, muestra el obligado *iter* que requiere cualquier análisis de la siempre delicada función judicial, singularmente al resolver los recursos de casación (G. G. C.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho al honor: Registro de morosos: Daño moral por intromisión ilegítima: No caben indemnizaciones simbólicas: Reducción de la cuantía fijada en la instancia: La escasa cuantía de la deuda no justifica la reducción: Razones que no afloran en la sentencia recurrida.—En este recurso sólo cabe decidir si la indemnización fijada por la sentencia recurrida, que reduce la establecida por la de primera instancia, se ajusta a lo previsto en el artículo 9.3 de la LO 1/1982, respetando la jurisprudencia que considera excepcional la posibilidad de revisión en casación de la cuantía de la indemnización.

Ciertamente es doctrina constante de esta Sala que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños morales en este tipo de procedimientos es competencia de los Tribunales de instancia, cuya decisión al respecto ha de respetarse en casación (así recientemente en SSTs de 22 enero y 10 de febrero de 2014, y 9 de octubre de 2015), salvo que no se hubiera atendido a los criterios que establece el artículo 9.3 de LO 1/1982, o en caso de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción.

El artículo 9.3, en su redacción anterior a la reforma operada por la LO 5/2010, que entró en vigor a partir del 23 de diciembre de 2010 y que es aplicable dada la fecha de los hechos, dispone que «la existencia de perjuicios se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma». Esta Sala ha declarado en STS de 5 de junio de 2014 que dada la presunción *iuris et de iure*, esto es, no susceptible de prueba en contrario, de prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, «a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (sentencias de esta Sala de 19 de octubre de 2000 y 22 de enero de 2014). Se trata, por tanto, «de una valoración estimativa, que en el caso de daños morales derivados de la vulneración de un derecho fundamental del artículo 18.1. CE, ha de atender a los parámetros previstos en el artículo 9.3 de la LO 1/1982, de acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio».

También ha afirmado la Sala que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico, pues al tratarse de derechos protegidos por

la CE como derechos reales y efectivos, con la indemnización solicitada se convierte la garantía jurisdiccional en un acto meramente ritual o simbólico incompatible con el contenido de los artículos 9.1, 1.1 y 53.2 CE y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego (SSTS de 12 de diciembre de 2011 y 4 de diciembre de 2014).

Inclusión de los datos de una persona en un Registro de morosos sin cumplirse los requisitos legales.—En este supuesto sería indemnizable, en primer lugar, la afectación a la dignidad en su aspecto interno o subjetivo, y en el externo u objetivo relativo a la consideración de las demás personas. Para valorar este segundo aspecto, afirma la STS de 18 de febrero de 2015, que ha de tomarse en consideración la divulgación que ha tenido tal dato, pues no es lo mismo que sólo hayan tenido conocimiento los empleados de la empresa acreedora y los de las empresas responsables de los registros de morosos que manejan los correspondientes ficheros, a que el dato haya sido comunicado a un número mayor o menor de asociados al sistema que hayan consultado los registros de morosos. También sería indemnizable el quebranto y la angustia producida por las gestiones más o menos complicadas que haya tenido que realizar el afectado para lograr la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados. Ambos extremos se consideran probados asumiendo los hechos probados de la primera instancia. Siendo ello cierto el interrogante es saber la razón de por qué modera la cuantía fijada en esta última. Debiendo indagar la Sala sobre razones que no afloran en la sentencia recurrida.

En esa labor de indagación no puede aceptarse el argumento de que la inclusión de datos sobre una deuda de pequeña entidad en un Registro de morosos no supone una intromisión ilegítima en el derecho al honor de una transcendencia considerable (y por tanto no puede dar lugar más que a una pequeña indemnización) porque claramente muestra que no responde a un problema de solvencia sino a una actuación incorrecta del acreedor. La inclusión en Registro de morosos por deudas de pequeña cuantía es correcta y congruente con la finalidad de informar sobre la insolvencia del deudor y el incumplimiento de sus obligaciones dinerarias. Y cuando tal inclusión se ha realizado, quienes consultan el Registro pueden suponer legítimamente que el acreedor ha cumplido con las exigencias del principio de calidad los datos, y no lo contrario, que es lo que hace la Audiencia, y que por tanto es cierto que el afectado ha dejado de cumplir sus obligaciones dinerarias. Por tanto, la escasa cuantía de la deuda no disminuye la importancia del daño moral que le causó a la demandante la inclusión en los registros de morosos.

Tampoco cabe tener en cuenta que no conste que la citada inclusión le haya impedido a la recurrente acceder a créditos o servicios. Precisamente la información sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias que se incluye en estos va destinada justamente a las empresas asociadas a dichos ficheros, que no solo les comunican los datos de sus clientes morosos, sino que también los consultan cuando alguien solicita sus servicios para evitar contratar y conceder crédito a quienes no cumplen sus obligaciones dinerarias. Las empresas que consultaron son empresas que facilitan crédito o servicios y suministros, bien porque se trate de entidades financieras, bien porque se trate de entidades que realizan prestaciones periódicas o de duración continuada y que facturan periódicamente sus servicios al cliente (con frecuencia, se facturan los servicios ya prestados, como es el caso de las empresas de telefonía y servicios de internet), por lo que para ellas es importante que se trate de un cliente solvente y cumplidor de sus obligaciones dinerarias. Por ello, estos Registros de morosos son consultados por las empresas asociadas

para denegar financiación, o para denegar la facilitación de suministros u otras prestaciones periódicas o continuadas, a quien no merezca confianza por haber incumplido sus obligaciones dinerarias. Es más, en ciertos casos, estas empresas no deben facilitar crédito si consta que el solicitante está incluido en uno de estos Registros de morosos (es el caso de lo que se ha llamado «crédito responsable», destinado a evitar el sobreendeudamiento de los particulares a que hacen referencia la Ley 16/2011, de 24 junio de Contratos de Crédito al Consumo, el artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios).

Por todo ello, el daño indemnizable sufrido por la demandante se compadece más con el que cuantifica la sentencia de primera instancia que con el que fija la sentencia recurrida puesto que la inclusión de sus datos en los Registros de morosos era apta para afectar negativamente al prestigio e imagen de solvencia de la demandante y para impedirle la obtención de financiación o la contratación de prestaciones periódicas o continuadas. A ello se han de añadir las gestiones que tuvo que realizar la demandante para conseguir la cancelación de sus datos en los Registros de morosos sin que el resultado fuera enteramente satisfactorio, pues sólo obtuvo la cancelación en uno.

En consecuencia, la indemnización fijada en la sentencia recurrida, reduciendo la suma de 7.000 euros a la de 2.000 euros, la indemnización por daño moral, no se ajusta a los criterios establecidos en el artículo 9.3 de la LO 1/1982, ni se compadece con lo mantenido por esta Sala en supuestos similares de escasa deuda, tiempo incluido en los Registros de morosos y divulgación que los mismos han tenido. Una reducción tan notoria como la descrita ha de calificarse de indemnización simbólica, disuasoria para impetrar la tutela de derechos que son fundamentales para la persona. El motivo se estima. (STS de 26 de abril de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.— No cabe duda sobre la responsabilidad derivada de la indebida inclusión de un deudor en un Registro de morosos, incluso aun cuando sea pequeña la cuantía de la deuda registrada. En el presente caso, es legítimo que el perjudicado no se conforme con la indemnización otorgada por la Audiencia Provincial para la indemnización de los daños morales. (G. G. C.)

3. Derecho a la intimidad y a la información: Grabación con aparato de escucha camuflado de conversación privada, realizada en sala reservada de restaurante: Hechos pertenecientes a la vida íntima.—El recurso no pone en cuestión ni lo que es el derecho a la intimidad ni el derecho a la información, sino que se sometió a la decisión de esta Sala la ponderación de ambos derechos fundamentales al entrar en colisión.

No puede acogerse la tesis del Ministerio Fiscal de que la recurrida, por haber alcanzado un acuerdo con la empresa que la grabó, obteniendo de esta una indemnización, haya comercializado su conversación y, por ende, ampliado el espacio de injerencia en su intimidad. Ello supone hacer supuesto de la cuestión, pues tal afirmación de naturaleza fáctica no la contiene la sentencia recurrida. Precisamente se alcanza el acuerdo transaccional en vía civil y continúa tramitándose el supuesto ilícito penal, en atención a la ilicitud de la grabación de la conversación. Que se hubiera alcanzado tal acuerdo no desnatu-

raliza su ilicitud, sino que éste es el *prius* de aquél. Por lo tanto, para la adecuada inteligencia de la presente resolución, se ha de partir de la ilicitud de la grabación. Las circunstancias de ésta son que se graba con aparato de escucha camuflado, una conversación privada de las interlocutoras, desarrollado en el reservado privado de un restaurante, lugar buscado de propósito para preservar la intimidad de lo conversado, así como su propia presencia.

La STC, Sala 1.^a, 12/2012, de 30 de enero, afirma que: «en definitiva la intromisión de los derechos fundamentales de terceros resultante del ejercicio de la libertad de información sólo será legítima en la medida en que la aceptación de dichos derechos resulte adecuada, necesaria y proporcionada para la realización constitucional del derecho a la libertad de información. Por tanto, allí donde quepa acceder a la información pretendida sin necesidad de colisionar con los derechos referidos, queda deslegitimada, por desorbitada o desproporcionada, aquella actividad informativa invasora de la intimidad...».

Enlazando con lo anterior, refiere la sentencia la singularidad derivada de la especial capacidad intrusiva del medio específico utilizado para obtener y dejar registradas las imágenes y la voz de una persona. Cuando media un ardid o artificio de tal naturaleza que, en el supuesto que aquí se enjuicia se trata de un micrófono oculto para grabar la conversación, indica la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional que «es necesario reforzar la vigilancia de la protección de la vida privada para luchar contra los peligros derivados de un uso invasivo de las nuevas tecnologías de la comunicación, las cuales, entre otras cosas, facilitan la toma sistemática de imágenes (léase conversaciones) sin que la persona afectada pueda percatarse de ello, así como su difusión a amplios segmentos del público, como subrayaba el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a un caso de captación fotográfica a cientos de metros de distancia (STEDH de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania, 70)».

Es cierto que el TEDH reconoce a los profesionales correspondientes la libertad de elegir los métodos o técnicas que consideren más pertinentes para la transmisión pertinente. Pero también lo es que ha subrayado que «en la elección de los medios referidos, la libertad reconocida a los periodistas no está exentas de límites, y que en ningún caso pueden considerarse legítimas aquellas técnicas que invaden derechos protegidos» (SSTEDH de 18 enero de 2001, MGN Limited c. Reino Unido, 141; y de 10 de mayo de 2011, Mosley c. Reino Unido, 113).

Con toda esa argumentación, y decidiendo sobre el recurso de amparo sienta la sentencia del Tribunal Constitucional que venimos reseñando, que: «...» resulta procedente señalar que, aun cuando la información hubiera sido de relevancia pública, los términos en que se obtuvo y registró... constituye en todo caso una ilegítima intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad personal...».

La sentencia 225/2014, de 29 de abril, dictada en un supuesto de empleo de cámara oculta, contrasta la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional, siendo esta aparentemente más exigente por entender, a efectos del derecho de información, que existen, con carácter general, métodos de la obtención de la información y, en su caso, de la manera de difundirla en que no queden comprometidos y afectados otros derechos de rango y protección constitucional. No obstante, admite que la jurisprudencia de la Sala permite entender que este procedimiento puede no ser ilegítimo si resulta proporcionado al interés público de los derechos registrados, pues no cabe descartar que mediante el mismo se descubran casos de corrupción

pública o económica al más alto nivel que deban ser conocidos y transmitidos a la opinión pública con la contundencia inherente a la grabación de la voz.

Se ha de matizar que en el presente supuesto no se trata de que alguien revele lo que se le ha manifestado por una persona de la que ha obtenido, con ardid, su confianza. Se trata de la grabación, primero, y ahora la reproducción, de lo conocido sobre la vida íntima de una persona a través de aparatos de escucha (apartado 2 del art. 7 de la LO 1/1982, de 5 mayo).

La sentencia recurrida no contradice esta doctrina de la Sala, pues lo que verdaderamente podía ser de interés público por tratarse de casos de corrupción política o económica se encontraba ya publicado. No se trata de la difusión del audio íntegro de la conversación, en la que afloran cuestiones ceñidas al ámbito propio y personal. Precisamente por lo que se revela en su integridad, y no conocido antes, esa difusión carece de relevancia para el interés general, y es por lo que, en la exigida ponderación, no tiene amparo en el derecho de información. No satisface más que el interés morboso del público por conocer el diálogo entre la actora (presidenta de un Partido político de la Comunidad Autónoma) y la señora Irene, que se identificaba en los medios como la ex-amante del anterior Presidente de aquel. No debe ser confundido un interés público digno de protección constitucional con lo que es interés del público, o de sectores del mismo ávidos de curiosidad.

El contenido de la conversación que carecía de interés general sólo puede ser conocido por la difusión íntegra del audio, y es tal intromisión la que declara la sentencia recurrida. Es ese plus el que la sentencia declara como intromisión a la intimidad, con prevalencia sobre el derecho de información, dado que lo que «no era conocido antes carece de toda relevancia para el interés general». La sentencia recurrida, en su argumentación, se acomoda la doctrina que esta Sala afirmó en la sentencia 1168/2000, de 22 de diciembre, sentencia que es citada por el Tribunal de apelación.

Por todo lo expuesto el motivo ha de desestimarse.

Cuantía de la indemnización por inmisión ilegítima en los derechos fundamentales al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen.—Es doctrina reiterada de esta Sala que la determinación de la cuantía de las indemnizaciones por intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales corresponde a la función soberana de los Tribunales de instancia, sólo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del Ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del *quantum*. En el presente caso la Audiencia Provincial condenó a la demandada a pagar a la demandante en concepto de indemnización por el daño moral la cantidad de 20.000 euros, suma que responde a una valoración razonada y correcta, con detenida enumeración de las circunstancias concurrentes, sin que tenga un proceder irreflexivo y no acorde a las reglas de la lógica. (STS de 22 de febrero de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

HECHOS.—Supuesto de hecho complejo en la que la Sala 1.^a ha distinguido con claridad entre el interés público anexo a las actividades del expresidente de un Partido político de determinada Comunidad Autónoma, y la vida privada e íntima de la sucesora de aquél, que desvela en un marco notoriamente reservado con la supuesta amante del mismo. Decisivo ha sido el procedimiento utilizado: grabación oculta publicada luego en diario digital. Junto a ello resulta anecdótico que sólo se otorgue el 10% de la indemnización solicitada.

El caso aquí resuelto tiene cierta analogía con el contemplado por la STC 39/2016, de 3 de marzo (conflicto entre el derecho a la intimidad del obrero y el establecimiento de videovigilancia por parte de la empresa), aunque con solución diferente, y varios votos particulares en contra. Por otra parte se hace notar que aquella puede verse afectada por la posterior sentencia de la Gran Sala del TEDH de 5 de septiembre de 2017, en el caso *Barbulescu v. Rumanía*, relativa a la vigilancia de mails y otros mensajes remitidos por el trabajador desde plataformas proporcionadas por el empresario (V. amplio comentario en *ADC*, 2017, p. 1751 ss.) (G. G. C.)

4. Ponderación entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor.—No constituye intromisión ilegítima en el derecho al honor la información sobre una persona detenida transmitida por un medio de comunicación, cuando se refiere a la puesta a disposición judicial del sospechoso detenido el mismo día en que tiene lugar la actuación y basándose en la nota emitida por la Guardia Civil. Una información se considera «veraz», si se ciñe en todo momento al hecho noticiable, no se basa en meras especulaciones de terceros asumidas como ciertas, no desliza comentarios apoyados en datos inveraces, ni incurre en inexactitudes esenciales que afecten al núcleo de la información.

El solo hecho de que las valoraciones e informes sobre los que se basaba la información transmitida se revelen después erróneos no despoja de veracidad a la información en su momento comunicada, si se apoya en fuentes objetivas, fiables e identificadas. La Sala 1.^a reitera así su doctrina de que la libertad de información no queda limitada por el resultado del procedimiento penal, pues si así fuera se restringiría el derecho a la libertad de información impidiendo informar sobre hechos en tanto no recaiga sentencia firme. (**STS de 13 de febrero de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La televisión pública T emitió, el 27 de noviembre de 2009, en sus informativos diarios un breve reportaje sobre la puesta a disposición judicial de A, quien había sido detenido por la muerte violenta de una niña de tres años. La información gráfica mostraba a A (sin ser identificado por nombre y apellidos) esposado, saliendo de un vehículo de la Guardia Civil y dirigiéndose a las dependencias policiales custodiado por dos agentes. El vídeo se acompañaba del subtítulo: «Ya está en los juzgados» y las imágenes se complementaban con una voz que afirmaba: «Estábamos a la espera de ponerle rostro, y ahí lo tienen. Están viendo al presunto autor de la muerte de una niña de tan solo tres años [...]». Cuando se emitió el reportaje era un hecho notorio que una niña de tres años había fallecido en Tenerife y que se investigaba la causa de la muerte por existir sospechas de criminalidad. En particular, lesiones provocadas por malos tratos físicos.

Al día siguiente, el 28 de noviembre de 2009, visto el informe de la autopsia que descartó cualquier maltrato físico o agresión, el juez instructor dictó auto decretando la libertad provisional sin fianza de A.

A interpuso demanda frente a T en la que interesaba indemnización por la intromisión ilegítima «en el honor, la intimidad y la propia imagen de T». El Juzgado de Primera Instancia desestimó

íntegramente la demanda y, ante ello, A interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso pues consideró que la información transmitida era veraz, pero que existía una intromisión ilegítima en la propia imagen de A, al identificar completamente al demandante la imagen ofrecida por T.

Frente a la sentencia de la Audiencia, T interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. (A. I. R. A.)

5. Discapacidad de la persona: Convención de Nueva York y su aplicación en España: Trastorno de la personalidad: Curatela: Eliminación de limitación de disponibilidades monetarias: Designación del curador: Revisión bienal del funcionamiento.—En esta materia se ha de partir de que la persona afectada sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que las cautelas que se imponen son sólo una forma de protección.

La justificación de esta doctrina la ofrece la STS de 29 de septiembre de 2009, de Pleno, que reitera la de 11 de octubre de 2012, que en materia de incapacidad y en la interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad firmado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, señala lo siguiente: «La incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado (...). Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona». El sistema de protección establecido en el Código civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: «1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

Si se atiende a dicha doctrina y al diagnóstico sostenido en el tiempo sobre la personalidad del recurrente, es fácil constatar que los problemas y consecuencias del ‘trastorno límite de la personalidad’, ‘rasgos de trastorno paranoide de la personalidad’, ‘rasgos impulsivos y antisociales’, tienen especial relevancia cuando el sujeto no se encuentra controlado y con tratamiento psiquiátrico. La doctora Sra. Visitación, aún reconociendo su mejoría, aconseja y recomienda al paciente una psicoterapia de apoyo para afrontar los conflictos que subyacen al cuadro psicopatológico. Apréciase además que, al ser explorado judicialmente, y aun reconociendo haber sido diagnosticado de trastorno de la personalidad, se niega a tomar medicación. Y asimismo, como índice de sus dificultades de autogobierno en situaciones que le frustran por no compadecerse con sus deseos, que en el acto de la vista se marchó de la sala sin advertencia alguna y dando un portazo. Por tanto, con los antecedentes constatados, la medida de apoyo que establece la sentencia recurrida, en orden a las decisiones que afectan a la enfermedad del recurrente, se considera beneficiosa para el paciente y acorde a la jurisprudencia de la Sala.

Sin embargo, hay que discrepar en cuanto a la decisión de índole económica, pues ninguna de las sentencias la justifican debidamente. La motivan en que sus familiares así lo pusieron de manifiesto en el acto de la vista, pero se echa en falta los concretos actos llevados a cabo por el recurrente de los que se pueda inferir ese déficit de autogobierno y la necesidad de apoyo en su beneficio. Se trata de lo que la Sala ha calificado de traje a medida (SSTS de 29 de abril de 2009, 1 de julio de 2014, 13 de mayo y 20 de octubre de 2015) y para ello se precisa de un conocimiento de la situación en que se encuentra esa persona en su vida diaria, y cómo se cuida en esa faceta de su vida, para inferir si se puede actuar por sí misma o necesita ayuda. Ese conocimiento no se tiene y hemos de estar a la presunción de capacidad del demandado para administrar sus bienes.

En cuanto al orden de llamamiento de curador, la STS de 1 de julio de 2014, que reitera la de 19 de noviembre de 2015, declara lo siguiente: «El Tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla. Las razones por las que el Tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela». Si se aplica esta doctrina en orden al beneficio de la persona necesitada de apoyo, que no necesariamente es coincidente con su deseo, la decisión de la sentencia recurrida es acertada. El padre no puede ser por constar las relaciones tensas que mantienen, lo que dificultaría el control del progenitor en los apoyos necesarios. Podría ser la madre, pero consta el extraordinario desgaste físico y mental que le supone las cuestiones relacionadas con su hijo; por lo que podría conducir a una relajación en perjuicio de la persona necesitada.

Por todo ello se estima parcialmente el recurso de casación y se establece la obligación de revisar la situación de incapacitación parcial y curatela de D. Carlos Daniel en un plazo de dos años. Se suprime que el recurrente necesite medidas de apoyo para actos de disposición o administración de sus bienes. **(STS de 4 de abril de 2017; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

HECHOS.—A instancia del Ministerio Fiscal, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Arévalo, por sentencia de 10 de abril de 2015, declara la incapacitación parcial de D. Carlos Daniel, así como nombra curador del mismo a su padre D. Desiderio. La incapacitación se declara parcial y sólo para los actos recogidos por el artículo 290 CC, es decir, para aquéllos para los que los tutores necesitan autorización judicial, para actos de disposición o de administración de sus bienes cuyo importe supere los 400 euros mensuales y para las cuestiones relativas a la curación, seguimiento y tratamiento de su enfermedad. El ejercicio de la curatela se regirá por lo dispuesto en la presente resolución y subsidiariamente por

las normas del CC, relevándose al tutor de la obligación de prestar fianza. La sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Ávila estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Carlos Daniel mediante sentencia de 12 de noviembre de 2015, únicamente en que se nombra curadora del apelante a su hermana de doble vínculo Dña. Eloísa, en lugar de su padre D. Desiderio, que quedará relevado de tal cometido.

Nótese que apenas transcurren dos años entre la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la pronunciada por la Sala 1.^a Tribunal Supremo, lo que redundará indudablemente en su eficacia, y explica el breve plazo temporal que se establece para vigilar el funcionamiento de las medidas.

NOTA.—En espera de una reforma en profundidad del tema, suscitado por la adhesión de España al Convenio de Nueva York de 2006, pueden consultarse en este ADC, dos sentencias de la misma fecha (STS 17 de marzo de 2016), una sobre privación del derecho de voto de la discapacitada, y otra sobre la escasamente regulada, guarda de hecho (ADC, 2017, p. 1325 y 1326), incluyendo amplias referencias jurisprudenciales y doctrinales. (G. G. C.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

6. Concepto legal de «consumidor».—Conforme al artículo 1, apartados 2 y 3, de la LGDCU de 1984, tenían la cualidad de consumidor aquellos que actuaban como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional. Posteriormente, el artículo 3 TRLGDCU de 2007 matizó tal concepto, al afirmar que son consumidores las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, como todas las directivas de las que trae causa esta última norma.

Sin embargo, ninguno de los preceptos resuelve la cuestión de si cabe considerar como consumidor a quien destina el bien o servicio a fines mixtos, es decir, a satisfacer necesidades personales, pero también a actividades comerciales o profesionales. La Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, en su Considerando 17, apunta que, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor. Ante la ausencia de una norma expresa en nuestro Derecho nacional, entiende el Tribunal Supremo que resulta adecuado seguir el criterio interpretativo establecido en ese considerando. Y resalta que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido diciendo que el contratante es consumidor si el fin comercial o profesional es marginal en comparación con el destino privado, para lo que habrá que tener en cuenta las circunstancias que rodean al contrato. (STS de 5 de abril de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 10 de junio de 2005, B suscribió con una caja de ahorros un préstamo con garantía hipotecaria. Al pactarse un inte-

rés variable, se incluyó una cláusula de limitación de esa variabilidad, del siguiente tenor literal: «El tipo de interés vigente en cada período en ningún caso podrá exceder del 10% ni ser inferior al 3%». B interpuso demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitó la nulidad de la citada cláusula y la devolución de las cantidades cobradas como consecuencia de su aplicación. El Juez de lo Mercantil estimó íntegramente la demanda.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de la entidad financiera, declarando probado lo siguiente: 1) en la demanda no se especifica en qué condición actuó el actor cuando solicitó el préstamo (si como consumidor o empresario); 2) en la finca gravada se encuentra el centro de las actividades empresariales de B; 3) el dinero del préstamo no se destinó a la compra de la finca gravada con hipoteca, sino a una actividad empresarial (la reconstrucción de los edificios que había en el recinto de la finca y de los que uno se dedica en su integridad a la explotación en régimen de alquiler de habitaciones). En consecuencia, concluye la Audiencia que no tiene la consideración legal de consumidor.

B interpone recurso de casación, alegando la infracción del artículo 3 TRLGDCU y del artículo 51 CE. Argumenta que, cuando una persona realiza una actividad con características tanto profesionales como domésticas, pero en las que priman estas últimas, cualitativa y cuantitativamente, ha de calificársele como consumidor y no como profesional. El Tribunal Supremo apunta que, como no existe a nivel nacional una norma que contemple los casos en que el bien se utiliza para fines mixtos (personales y profesionales), resulta procedente seguir el criterio apuntado en el Considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE. Sobre esta base, el Tribunal Supremo considera probado, al igual que la Audiencia, que el destino profesional del préstamo no fue marginal o residual, sino que fue preponderante, ya que se utilizó, primordialmente, para reparar y acondicionar todo un edificio para dedicarlo a negocio de alquiler inmobiliario. Siendo así, el prestatario no puede tener la cualidad legal de consumidor, motivo por el cual acaba desestimando el recurso de casación.

NOTA.—Sobre el concepto de «consumidor» en las distintas directivas europeas, *vid.* la STS de 16 de enero de 2017. A nivel comunitario, el TJUE ha desarrollado la doctrina jurisprudencial en relación con la condición de «consumidor» en los contratos con doble finalidad. Así, *vid.* las sentencias de 20 de enero de 2005 (asunto C-464/01) y de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14), o el auto de 19 de noviembre de 2015 (asunto C-74/15). (S. L. M.)

7. El concepto de «consumidor» en el ámbito de las cláusulas abusivas.—Conforme a la LGDCU de 1984, tenían la cualidad de consumidores quienes actuaban como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional. El artículo 3 TRLGDCU ha matizado este concepto, afirmando que son consumidores las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Este concepto procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en

el TRLGDCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del TRLGDCU. En el ámbito de las cláusulas abusivas, el artículo 2.b) de la Directiva 93/13/CE define como consumidor a toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que objetiva el concepto de «consumidor», pone el foco de atención en el destino de la operación y no en las condiciones subjetivas del contratante.

El control de las condiciones generales de la contratación en contratos celebrados con profesionales o empresarios.—La Exposición de Motivos de la LCGC indica claramente que el concepto de «abusividad» queda circunscrito a los contratos con consumidores. Sin embargo, apunta el Alto Tribunal que esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante, en cuyo caso habría que acudir a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Sin embargo, como esto carece de desarrollo normativo, se suscita el problema de delimitar, desde el punto de vista de la legislación civil general, los perfiles de dicho control del abuso contractual en el caso de los adherentes no consumidores.

El Tribunal Supremo ha señalado que, tanto si en el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 y 7 LCGC. Cuestión distinta es el control de contenido. Las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas fundamentalmente los previstos en el artículo 1255 CC y, en especial, las normas imperativas, como recuerda el artículo 8.1 LCGC.

Dicho esto, el Tribunal Supremo se plantea si a las condiciones generales les es aplicación el denominado control de transparencia cualificado. Tal control supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sea comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Concluye que este control de transparencia, diferente del mero control de inclusión, está reservado en la legislación comunitaria y nacional a las condiciones generales incluidas en los contratos celebrados con consumidores. El artículo 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 distintas 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. Esta aproximación entre transparencia y abusividad es lo que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en

que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor. Además, añade el Tribunal Supremo que no se trata de una laguna legal que haya de suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia entre adherentes consumidores y adherentes no consumidores.

La buena fe como parámetro de interpretación contractual.—Respecto a los contratos entre profesionales, la LCGC remite a las normas contractuales generales. Los artículos 1258 CC y 75 CCO establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. El principio general de la buena fe debe servir para expulsar aquellas cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato. Puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de las cláusulas que perjudican al adherente. Cabe declarar la nulidad de aquellas cláusulas que comporten una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente. Entronca este criterio con la regla de las cláusulas sorprendentes, conforme a la que son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente.

Para valorar la concurrencia de tales circunstancias, habrá que tener en cuenta el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del contrato. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc. Y como el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser quien pretenda la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente. (**STS de 18 de enero de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 8 de marzo de 2007, don F, doña M, don MX y doña E concertaron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con ACB, con la finalidad de financiar la compra de un local destinado a oficina. En la cláusula 3bis de la escritura pública, relativa al interés variable, se indicaba que el tipo de interés nominal no podía ser inferior a 3.75% ni superior al 15%. Las cifras, tanto en letras como en número, estaban resaltadas en negrita.

F, M, MX y E formularon demanda contra la entidad bancaria, en la que solicitaron la nulidad de la citada cláusula de limitación del interés variable, con fundamento en los artículos 8.1 LCGC, 6.3, 1255 y 1261 CC, y la devolución de las cantidades cobradas al amparo de la misma. El Juez de Primera Instancia desestima la demanda, partiendo de que los actores no tenían la condición de

consumidores, dada la finalidad comercial o profesional del préstamo. Asimismo, aunque reconoció que la cláusula controvertida tenía la consideración de condición general, no estimó que infringiera ninguna norma imperativa. Y desestimó la pretensión de nulidad contractual, al no constar en la demanda en qué medida la estipulación era contraria al estándar jurídico de la buena fe o había causado un desequilibrio económico.

Interpuesto recurso de apelación por la prestataria, la Audiencia Provincial lo desestimó, conforme a los siguientes argumentos: 1) los demandantes no son consumidores; 2) en consecuencia, no es aplicable el control de transparencia; 3) la cláusula suelo está suficientemente explicada y resulta comprensible para los prestatarios.

Los actores interponen recurso de casación, sobre la base de los siguientes motivos: 1) la infracción de los artículos 2, 3 y 4 TRLGD-CU, en relación con los artículos 82.1 y 84 de la misma; 2) la infracción de los artículos 2, 5.1, 7.1, 8, 9.2 y 10.2 LCGC, en relación con los artículos 1256 a 1261 CC. El Tribunal Supremo comienza apuntando que el local destinado a oficina, para cuya adquisición se pidió el préstamo con garantía hipotecaria, se compró para una actividad profesional. En consecuencia, entiende el Alto Tribunal que la intervención de los adquirentes no era como consumidores. Respecto a la segunda alegación, el Tribunal Supremo parte de que la casación no constituye una tercera instancia y no permite revisar la valoración de la prueba realizada por los tribunales de apelación. La sentencia recurrida no considera probado que hubiera un déficit de información o que la cláusula suelo se impusiera de mala fe para sorprender las legítimas expectativas de los prestatarios respecto del coste del préstamo. Por tanto, no cabe afirmar que hubiera un desequilibrio o abuso de la posición contractual por parte de la prestamista, contrario a los artículos 1256 y 1258 CC y 57 del CCO.

NOTA.—Sobre el concepto de «consumidor» dado el destino del bien adquirido, *vid.* las sentencias del TJUE de 3 de septiembre de 2015. En relación con el control de las condiciones generales en contratos celebrados con profesionales o empresarios, y las diferencias según el adherente sea consumidor o empresario, *vid.* las SSTS de 9 de mayo de 2013, 10 de marzo de 2014, 7 de abril de 2014, 28 de mayo de 2014, 30 de abril de 2015, 15 de diciembre de 2015 y 3 de junio de 2016. Sobre la no aplicación del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores, *vid.* las SSTS de 18 de junio de 2012, 15 de enero de 2013, 17 de enero de 2013, 18 de enero de 2013, 11 de abril de 2013, 9 de mayo de 2013, 18 de noviembre de 2013, 30 de junio de 2014, 8 de septiembre de 2014, 24 de marzo de 2015, 25 de marzo de 2015, 29 de abril de 2015, 23 de diciembre de 2015 y 3 de junio de 2016. Respecto a la buena fe como parámetro de la interpretación de contratos entre profesionales, *vid.* las SSTS de 23 de abril de 2016, 3 de junio de 2016, 22 de octubre de 1996 y 15 de noviembre de 2006. (*S. L. M.*)

8. Condiciones generales de la contratación: Cláusula que habilita al acreedor hipotecario para acudir a la venta extrajudicial prevista en el artículo 129 LH.—Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la Unión Europea, una cláusula que permita al profesional que contrata con el consumidor acudir a la ejecución extrajudicial no es en sí misma abusiva (SSTJUE de 10 de septiembre de 2014 y 25 de junio de 2015), criterio recogido por la STS de 14 de julio de 2016. No obstante, el artículo 129 de LH, al regular la ejecución notarial de la hipoteca, en su redacción actual 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, mientras que en la versión vigente en el momento en que se firmó el contrato y se ejecutó la garantía, carecía de una previsión específica en tal sentido. Se debió indicar la cláusula que debía ser declarada como abusiva y no la estipulación que contenía esa cláusula junto a otros pactos, que fue lo que hicieron los actores. (STS de 25 de abril de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El 18 de enero de 2006, Esther y Laureano contrataron con Banesto un préstamo hipotecario. El contrato fue novado el 30 de enero de 2008, para ampliar la cuantía del préstamo. La escritura de préstamo hipotecario contenía una estipulación en la que, junto a otros acuerdos, se preveía la posibilidad de que, en caso de impago, pudiera acudir a la venta extrajudicial prevista en el artículo 129 de LH y en los artículos 234 y ss. RH, entonces vigentes. El juzgado desestimó la demanda presentada por los prestatarios, en la que pedían la nulidad de la citada estipulación. La Audiencia estima la apelación y el Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por Banesto. (I. D. L.)

9. Cláusulas abusivas en el contrato de compraventa.—Según el Tribunal Supremo, debemos declarar abusivas, por indeterminadas y desproporcionadas en perjuicio del consumidor, las cláusulas que establecen un plazo confuso para la entrega de la obra, adornado de todo tipo de exoneraciones en beneficio del promotor y vendedor, de tal manera que el comprador no sabe cuándo está obligado el vendedor a entregarla. Así hay que entender el artículo 85.8 TRLGDCU.

Condiciones resolutorias expresas.—A juicio del Alto Tribunal, el pactar una condición resolutoria expresa, es suficientemente indicativo de la trascendencia que las partes dan al término del cumplimiento del contrato. Por tanto, en estos casos, una vez llegado el plazo de cumplimiento sin que éste se haya producido, cabe la resolución contractual en base a los artículos 1114 y 1123 CC, lo que provoca la devolución de las cantidades entregadas. Además, la condición resolutoria expresa pactada debe ser objeto de una interpretación estricta, pues el artículo 1255 CC permite a las partes contratantes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o al margen de que, conforme al artículo 1124 CC, tengan o no trascendencia resolutoria. (STS de 13 de marzo de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—F suscribió el 29 de mayo de 2009 con la entidad CVM un contrato de compraventa para la adquisición de una vivienda en construcción. En la estipulación quinta de dicho contrato se establece un plazo de ejecución, indicando que su finalización, salvo causas de fuerza mayor y otras que resulten inevitables, se estima para finales de 2012. Además, se añade que dicho plazo se prorrogará por paralización de las obras impuesta por las autoridades jurídicas o administrativas competentes, por huelgas en el sector de la construcción, por el incumplimiento del *planning* por parte de los industriales contratados por el vendedor y por cualquier otra situación imprevista en la ejecución. En cualquier caso, se indica que, de superarse la fecha prevista para la entrega y la prórroga por situaciones no previsibles, la parte compradora podrá optar por exigir el cumplimiento de la obligación o por resolver el contrato. Y en otra estipulación se indica expresamente que el adquirente podrá instar la resolución del contrato si las obras no se terminasen dentro del plazo fijado o prórrogas acordadas. En tal caso, el vendedor debía devolver las cantidades recibidas al adquirente, junto con los intereses correspondientes. Hay que tener en cuenta que el 27 de mayo de 2013 se expidió el certificado final de la dirección de obra del edificio donde se encuentra la vivienda objeto del contrato. El 9 de julio de solicitó la licencia de primera ocupación, que fue concedida el 18 de octubre. Desde mayo de 2013, la demandada envió sucesivos requerimientos a la demandante para que suministrara la documentación necesaria con el fin de proceder a otorgar la escritura pública de la compraventa, así como la entrega de las llaves y el resto de precio que faltaba por abonar. Dichos requerimientos fueron rehusados por la actora.

F presentó demanda solicitando la declaración de resolución del contrato de compraventa de 2009, con condena a la vendedora demandada al pago del dinero que la compradora había entregado a cuenta del precio y de otra suma de dinero en concepto de intereses devengados hasta la interposición de la demanda. La mercantil demandada (CVM) se opuso a la demanda. El Juez de Primera Instancia la estimó íntegramente, al considerar que existe una condición resolutoria expresa y que la demandante ejerció su facultad resolutoria en tiempo oportuno por haber presentado demanda de acto de conciliación el 23 de abril de 2013, fecha en la que aún no habían finalizado las obras.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la vendedora, considerando acreditado que lo que llevó a la demandante a solicitar la resolución fue que ya no le interesaba el contrato por sus planes de irse a vivir a otra parte, y que el plazo de cumplimiento no era esencial.

En casación, F alega la infracción de los artículos 82 y 85 TRLGDCU y del artículo 5.5 RD 515/1989, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas. Igualmente, alega la infracción de los artículos 1124 y 1255 CC. El Tribunal Supremo comienza señalando que la interpretación que otorga la Audiencia a la cláusula relativa al plazo de entrega infringe los preceptos mencionados. El Alto Tribunal sí que considera que el plazo de entrega

se había pactado con carácter esencial y declara procedente la resolución del contrato, dado que la vendedora no entregó en plazo la vivienda y se había pactado entre las partes que el retraso constituía causa de resolución. En base a esto, estima el recurso de casación planteado.

NOTA.—Sobre el carácter abusivo de cláusulas que establecen un plazo confuso para la entrega de la obra, *vid.* las SSTs de 21 de marzo de 2013 y 3 de julio de 2013. En relación a la posibilidad de pactar un incumplimiento como resolutorio del contrato, con independencia de que el mismo sea grave o no, *vid.* las SSTs de 15 de noviembre de 2010, 8 de noviembre de 2012, 29 de noviembre de 2012, 4 de febrero de 2014 y 4 de noviembre de 2014. (S. L. M.)

10. La facultad moderadora de las cláusulas penales por parte del juez.—Cuando la cláusula penal está establecida para un determinado incumplimiento, aunque fuera parcial o irregular, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 CC si se produce exactamente la infracción prevista. La moderación procede cuando se hubiera cumplido en parte o irregularmente la obligación para cuyo incumplimiento total la pena se estableció. Fuera de estos casos, rige el principio de *pacta sunt servanda*, rechazándose la moderación cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento, total o parcial, que se hubiera producido. La finalidad de ese precepto no está en resolver la cuestión de si se debe rebajar equitativamente la pena por resultar excesivamente elevada, sino en interpretar que las partes, al pactar la pena, pensaron en un incumplimiento distinto del producido. La jurisprudencia no admite la moderación de la cláusula penal en caso de incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal cuando tal incumplimiento parcial sea precisamente el contemplado en el contrato como presupuesto de la penal.

Para justificar la aplicación del artículo 1154 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 (*pacta sunt servanda*). Sin embargo, sí parece compatible con ese principio 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 carga de alegar y de probar que la cuantía de la pena aplicable según lo pactado ha resultado ser extraordinariamente más elevada que la del daño efectivamente causado al acreedor corresponderá al deudor incumplidor que pretenda la moderación judicial de la pena (art. 217.3 LEC). Sin prueba bastante al menos para fundar una presunción judicial de que así ha ocurrido, no cabrá invocar la disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), a fin de imponer o trasladar al acreedor la carga de acreditar la existencia y cuantía del daño efectivamen-

te sufrido. **(STS de 25 de enero de 2017; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La entidad PDM (demandante) y doña M (demandada) suscribieron un contrato de opción de compra el 10 de marzo de 2000. Se pactó un plazo de ejercicio del derecho de opción hasta el 15 de mayo de 2002. El precio de opción fue de cinco millones de pesetas. Además, se incluyó una cláusula penal, donde se indicaba que, de no ejercer la parte compradora, en tiempo y forma, el derecho de opción, vendría obligada: a) a reintegrar la posesión del local; b) a pagar, por adelantado, trescientas mil pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios; c) a pagar, por adelantado, por cada mes o fracción de mes, que siga a los treinta días naturales indicados, sin que haya hecho la entrega de todo lo indicado, la cantidad de cuatrocientas mil pesetas, en concepto de prevalorización de daños y perjuicios. Llegada esta fecha, la demandada no ejerció su derecho de opción, al no abonar la cantidad de cinco millones, ni haberla consignado, ni comunicado la intención de verificarlo. No obstante, se produjeron prórrogas anuales del plazo pactado para el ejercicio del derecho de opción de compra, la última hasta el 15 de mayo de 2005, en base a la cual el uso del local sería hasta el 15 de mayo de 2006. Llegada esa fecha, las partes ya no pactaron prórrogas anuales sucesivas, ni tampoco cumplió la demandada su obligación de pago de treinta mil euros a cuenta del precio de la compraventa. Se tuvo, pues, por caducado el derecho de opción, sin que ya procediesen pagos para mantener el uso del local. En ningún caso la demandada pagó ni consignó ni desalojó dicho local.

La entidad interpuso demanda contra doña M, solicitando que se dictara sentencia por la que se declarara extinguido el contrato celebrado entre ambas partes el 10 de marzo de 2000, al haber caducado el plazo acordado para el ejercicio del derecho de opción de compra y, en su virtud, se condene a la demandada: 1) a poner a disposición de la actora el local objeto del contrato; 2) a que le indemnice conforme a la cláusula penal pactada. La optante contestó a la demanda y formuló reconvenición, solicitando que se condene a la demandante a la formalización de la escritura con relación al local objeto de la compraventa, declarando ejercitado el derecho de opción.

El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Doña M interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que declaró extinguido el contrato de opción de compra de 10 de marzo de 2000 y, moderando la cláusula pactada en éste, condenó a la demandada a que indemnizase a la actora en la cantidad señalada en la sentencia, más sus intereses legales. Entendió la Audiencia que las cláusulas penales pactadas por las partes debían ser moderadas por ser desproporcionadas, por el incumplimiento defectuoso del optante.

La parte actora interpuso recurso de casación, alegando: a) la infracción del artículo 1152, en relación con el artículo 1154 CC; b) la infracción del artículo 1101 CC, en relación con los artículos 1100 y 1106 CC, señalando que de la cláusula se derivan dos responsabilidades (la contractual de pago del precio en las fechas pactadas y la extracontractual de desalojo de la vivienda cuando sus

ocupantes fueron requeridos para ello con justa causa); c) la infracción de los artículos 1281, 1283 y 1255 CC, señalando que la sentencia recurrida ha infringido el principio de autonomía de la voluntad que llevó a las partes a pactar la cláusula penal para el supuesto de caducidad del derecho opción. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, centrandó su análisis en la cláusula penal. A su juicio, aunque es cierto que la fecha pactada como plazo para el ejercicio del derecho de opción de compra no fue respetada por ambas partes, la última prórroga finalizó el 15 de mayo de 2006, por lo que esa es la fecha en que finalizaba el plazo para ejercer el derecho de opción de compra. Alcanzada esa fecha, la demandada no ejerció el derecho ni desalojó el local, con lo que se dio el incumplimiento total de la obligación a la que se anuda la cláusula penal. Según el Tribunal Supremo, el análisis de las cláusulas penales hay que hacerlo desde dos perspectivas: a) *ex ante*, propia del juicio de validez de las cláusulas penales; b) *ex post*, que atiende 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. Según el Alto Tribunal, la sentencia recurrida sólo tiene en cuenta esta segunda perspectiva. Además, no se ha demostrado que lo pactado resulte ser extraordinariamente más elevado que el daño efectivamente causado, cuando era una carga de la parte demandada. Por todo esto, estimó el recurso de casación.

NOTA.— Sobre la facultad del juez de moderar las cláusulas penales, existe una amplia doctrina jurisprudencial. *Vid.*, entre otras, las SSTs de 14 de junio de 2006, 5 de diciembre de 2007, 15 de octubre de 2008, 19 de febrero de 2009, 26 de marzo de 2009, 1 de junio de 2009, 29 de diciembre de 2009, 31 de marzo de 2010, 17 de enero de 2012, 21 de febrero de 2014, 14 de abril de 2014, 21 de abril de 2014, 17 de abril de 2015, 18 de junio de 2015 y 13 de septiembre de 2016. (S. L. M.)

11. Compraventa de vivienda de futura construcción: Resolución extrajudicial por incumplimiento de la promotora-vendedora de su obligación de constituir las garantías previstas en la Ley 57/1968, de 27 de julio, y en la disposición adicional 1.^a de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación: Naturaleza de tal obligación: Doctrina jurisprudencial.—La demanda se interpuso el 22 de septiembre de 2010 por dos ciudadanos de nacionalidad británica (D. Lorenzo, actual recurrente, y D. Valeriano), contra la sociedad vendedora (Hacienda Verde S. L.), solicitando la declaración de ser ajustada a Derecho la resolución —o rescisión con arreglo a la Ley 57/1968— extrajudicialmente acordada respecto de dos contratos de compraventa (uno por cada comprador) suscritos el 16 febrero de 2008, sobre las viviendas que se describían, pertenecientes a la promoción «Las Islas de Terrazas de la Torre» ubicada en la localidad murciana de Torre Pacheco, y la condena de la demandada a devolver a cada comprador las sumas entregadas a cuenta del precio, más intereses legales desde que se tuvo conocimiento de la resolución, y al pago de una indemnización de daños y perjuicios.

La demandada fue absorbida durante la tramitación de este litigio por la Entidad «Polaris World Real Estate S. L.», que, a su vez, el 16 de diciembre de 2010, cedió los derechos sobre la vivienda comprada por el hoy recurrente Sr. Lorenzo a la ahora recurrida «Las Islas de Terrazas de la Torre SL». Tras el acuerdo transaccional alcanzado durante la tramitación del pleito en primera instancia, entre Polaris Word Real Estate, que a su vez, con fecha 16 de diciembre de 2010, cedió los derechos sobre la vivienda comprada por el Sr. Lorenzo a la ahora recurrida, la controversia se centró exclusivamente en el contrato suscrito por el Sr. Lorenzo.

El demandado formuló reconvencción interesando el cumplimiento del contrato. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción, al considerar que el único que había incumplido sus obligaciones había sido el comprador. El recurso de apelación interpuesto por el actor también fue desestimado.

El único motivo del recurso de casación interpuesto por D. Lorenzo se basa en que en calidad de comprador se encontraba amparado por la jurisprudencia de esta Sala, pues al no discutirse que la parte vendedora no constituyó las garantías legales (aval o seguro), ha de concluirse que incumplió una obligación, no accesoria, sino esencial, y que tal incumplimiento facultaba al comprador para resolver el contrato en tanto que la vivienda se encontrase en fase de construcción, siendo esto lo aquí ocurrido, pues el buro fax requiriendo a la vendedora la entrega de los avales se envió en abril de 2010 y la licencia de primera ocupación no se obtuvo hasta agosto de 2011.

Sobre la cuestión que plantea el motivo, la doctrina jurisprudencial es terminante a la hora de calificar la obligación del promotor-vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores (arts. 1 y 2 de la Ley 57/1968) como una obligación no accesoria, sino esencial, mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, de modo que como declara la STS de 12 de julio de 2016, la omisión de la garantía facultará al comprador de la vivienda a exigirla y, de no constituirse, a no seguir pagando cantidades anticipadas, pues según la STS de 6 de enero de 2015, el aval viene a constituir la causa de la obligación de entregar la cantidad anticipada y viceversa, o a resolver el contrato por incumplimiento, con devolución, a cargo del promotor, de las cantidades anticipadas.

En definitiva, el hecho de que el artículo 3 de la Ley 57/1968 solo prevea la *rescisión* del contrato en caso de expiración del plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubieren tenido lugar, o la circunstancia de que la DA 1.ª LOE se refiera a la multa por incumplimiento de la garantía y no a la resolución del contrato, no menoscaban el carácter esencial de la obligación en relación con la del comprador de hacer los pagos a cuenta en las fechas contractualmente estipuladas, pues de otro modo se frustraría la finalidad de la norma y no se entendería el carácter irrenunciable de los derechos del comprador, muy explícitamente establecido en el artículo 7 de la Ley 57/1968 (STS de 19 de julio de 2013). Por tanto, tratándose un incumplimiento esencial, la consecuencia jurídica es la de facultar al comprador para resolver el contrato, de acuerdo con la Ley 57/1968 y el artículo 1124 CC, quedando por el contrario el vendedor impedido de resolverlo si, en aquella tesitura de omisión de garantías, es el comprador quien no atiende los pagos parciales a cuenta del precio.

Esta doctrina es aplicable al presente caso, toda vez que ha quedado probado que tras suscribirse el contrato litigioso, en febrero de 2008 y entregar el comprador cantidades a la vendedora a cuenta del precio, la vendedora no

constituyó en favor del comprador las preceptivas garantías legales, situación a raíz de la cual el comprador estaba facultado para dejar de atender los pagos aplazados (lo que hizo a partir de diciembre de 2008) y que también le facultaba para optar por la resolución contractual extrajudicial, lo que llevó a cabo una vez que seguían sin constituirse las garantías al no atender la entidad vendedora su requerimiento. Es determinante que cuando el comprador tomó la decisión de resolver el contrato la vivienda apenas se había empezado a construir, pues el primer requerimiento de exhibición de avales, no atendido por la vendedora, se hizo a mediados del mes de abril de 2010, y el buro fax comunicando la decisión de resolver el contrato se envió el 28 de julio de 2010 –recibiéndose al día siguiente–, por tanto pocos días después de que la vivienda se empezara a construir, ya que aunque se solicitó la licencia de obras el 28 de septiembre de 2006 no se obtuvo el permiso para edificar hasta el 31 de mayo de 2010 y las obras no comenzaron hasta el 13 de julio de 2010. Por el contrario, no es relevante que el comprador sólo pagara una parte (10.635,80 euros) del tercer pago (42.543,20 euros) previsto para 270 días después de la firma del contrato, pues al margen de que la diferencia se debiera a dificultades económicas del comprador y a su acuerdo con la vendedora, lo cierto es que, conforme a la doctrina jurisprudencial ya reseñada, el comprador no podía ser compelido a pagar los anticipos sin contar con la garantía de su devolución.

Tampoco se opone a la resolución del contrato la circunstancia de que en la decisión del comprador de exigir las correspondientes garantías y de resolver el contrato influyera la situación preconcursal de la vendedora, pues es precisamente esta circunstancia una de las que más pueden alertar a los compradores sobre la omisión de la garantía de devolución de sus anticipos. Es más, la sentencia de Pleno de 20 de enero de 2015 la considera como una de las razones que justifican la rescisión del contrato, equiparándola a una resolución por incumplimiento del vendedor, que puede agravarse precisamente por el transcurso del tiempo, reduciendo entonces las expectativas del comprador en un eventual concurso del promotor. Resolvieron casos similares las SSTS de 5 de febrero de 2013 y 15 de septiembre de 2015.

La estimación del único motivo comporta la del recurso y que, conforme al artículo 487.2 LEC proceda, tras casar la sentencia recurrida, resolver sobre el caso, lo que ha de hacerse en el sentido de estimar el recurso de apelación del demandante reconvenido y revocar la sentencia de primera instancia.

Se reitera la siguiente doctrina jurisprudencial: «La obligación del promotor-vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores (arts. 1 y 2 de la Ley 57/1968) constituye una obligación esencial mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, cuyo incumplimiento por el vendedor faculta al comprador de la vivienda a exigirla y, de no constituirse, a no seguir pagando cantidades anticipadas o a resolver el contrato por incumplimiento, con devolución, a cargo del promotor, de las cantidades anticipadas». (STS de 2 de febrero de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.–La singular historia de esta, en apariencia, clara solución procesal, sólo reconocida, sin embargo, en trámite de casación obliga a la Sala 1.ª a actuar como Tribunal de instancia,

estimando íntegramente la demanda y desestimando la reconvencción, exitosa en ambas instancias, disponiendo lo siguiente:

1.º) Declarar ajustada a Derecho la resolución del contrato de compraventa suscrita por el recurrente el 16 de febrero de 2008, respecto a la vivienda en construcción perteneciente a la promoción «Las Islas de Terrazas de la Torre», ubicada en la localidad murciana de Torre Pacheco. 2.º) Condenar a la demandada–reconviniente a devolver al comprador hoy recurrente la suma total de las cantidades anticipadas (53.179 euros) más los intereses legales, no desde que se abonaron dichas sumas, sino, por haberse solicitado así en la demanda, desde la fecha en que se tuvo conocimiento de la resolución –29 de julio de 2010– y hasta el momento en que se haga efectiva la devolución. 3.º) Condenar a la citada entidad a pagar al comprador recurrente la cantidad de 151,84 euros para el resarcimiento de los gastos que ha llevado aparejada dicha resolución extrajudicial, pues su existencia y cuantía no ha sido objeto de controversia y la petición se ajusta al artículo 1124 CC pár. 2.º Conforme al artículo 398.2 LEC, no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, porque ha sido estimado, ni las de segunda instancia, porque el recurso de apelación del hoy recurrente tenía que haber sido estimado.

Parece evidente que las circunstancias económico-sociales de la Ley 57/1968 difieren en buena medida de la época en que se firman los contratos aquí *rescindidos* o, mejor, *resueltos* extrajudicialmente (2008). Dan la impresión los tribunales de instancia de que aquella prudente disposición sobre venta de vivienda a construir había quedado, en cierto modo, como desvanecida o difuminada en el tiempo después de transcurrir una cuarentena de años, habiéndose producido en nuestro país profundas crisis de naturaleza sobre todo económica. El Tribunal Supremo recuerda, con acierto, que seguía en vigor al producirse los hechos. (G. G. C.)

12. Ámbito de aplicación de la Ley 42/1998, de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles para uso turístico.—El Tribunal Supremo se plantea la aplicación de la Ley 42/1998 a los contratos que versan sobre paquetes vacacionales o derechos de afiliación a clubs de vacaciones. El objeto de dicha norma era la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuía a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que estuviera dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios. La Ley 4/2012, que vino a derogar la norma anterior, advierte de la necesidad de evitar fraudes y la elusión de la normativa tuitiva de los consumidores. A pesar de que la Directiva 94/47/CEE no imponía una determinada modalidad contractual ni una concreta configuración jurídica para el derecho de aprovechamiento por turno transmitido, la Ley 42/1998 no acogió la pluralidad estructural en su configuración jurídica, por lo que el derecho de aprovechamiento por turno sólo podía constituirse como derecho real limitado (salvo si se optaba por la modalidad de arrenda-

miento de temporada de bienes inmuebles vacacionales a que se refiere el artículo 1.6). De hecho, se sancionaba con la nulidad de pleno derecho el incumplimiento de las disposiciones de la propia norma (art. 1.7 Ley 42/1998).

La condición de «consumidor» a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.—El artículo 1.5 de la Ley 42/1998 delimitaba el concepto de «transmitente», pero no definía al «adquirente». Por el contrario, el artículo 2 de la Directiva 94/47/CE, sí contenía una definición de «adquirente», acercándolo al de consumidor. Según la Directiva, se entendía por «adquirente» a toda persona física a la que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de la directiva, con fines que se pudiera considerar que no pertenecían al marco de su actividad profesional, se le transfiriera el derecho objeto del contrato, o fuera la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato. El concepto de «consumidor» incluido en el artículo 3 TRLGDCU procede de las definiciones contenidas en las directivas cuyas leyes de transposición se refunden en él. Todas coinciden en que el consumidor es toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, con ligeras variantes de redacción entre ellas.

El Alto Tribunal se plantea si cabe aplicar la noción de «consumidor» a aquella persona que actúe en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, pero con ánimo de lucro. Y se apoya, para resolverlo, en la reforma del artículo 3 TRLGDCU por la Ley 3/2014, que, aunque no sea aplicable directamente al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede dar alguna pista. Tras dicha reforma, se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica. Sin embargo, la ausencia de ánimo de lucro únicamente se exige respecto a la segunda, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora aunque tenga ánimo de lucro.

Además, el artículo 3 TRLGDCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente. Si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.). Si realiza varias de estas operaciones asiduamente, en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el artículo 1.1.º CCO. **(STS de 16 de enero de 2017; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 29 de enero de 2008, doña M celebró un contrato con SV, denominado «acuerdo para solicitar la adhesión como miembro del Club Paradiso» por el que adquirirían determinados derechos vacacionales, cuyo contenido básico era un derecho vacacional anual, con una duración máxima de ocho noches, para un máximo de cuatro personas, que podía disfrutarse en cualquiera de los destinos disponibles que el Club ofrecía. Se establecía que el Club existiría durante 49 años, hasta enero de 2050, y posteriormente podía prorrogarse su existencia, a criterio exclusivo de la empresa. No constaba ninguna otra referencia a la duración del contrato. Se pactó que los derechos vacacionales consistirían en un alojamiento vacacional en intervalos de siete noches o menos. La solicitante abonó un pago inicial, dentro de los diez primeros días,

y, antes de que transcurriera un mes desde la firma del contrato, abonó la totalidad del precio. Se obligó a pagar, además, una tasa por servicio anual, cuya cuantía no se desglosaba expresamente, que se iría actualizando anualmente conforme al importe que la empresa determinara a su absoluto criterio.

Doña M formuló demanda en la que ejercitaba la acción de nulidad y, subsidiariamente, de resolución, del referido contrato, solicitando la devolución de las cantidades satisfechas en concepto de pago, más los intereses. Para el caso de que no se estimara la pretensión anterior, solicitaba que se declarase la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por razón de dicho contrato y la condena a devolver dicha cantidad por duplicado. El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda, al considerar que se habían incumplido las prescripciones de la Ley 42/1998, y declaró la nulidad del contrato por aplicación de su artículo 1.7.

SV interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial, al considerar: a) que no hubo vicio del consentimiento por parte de la actora, pues recibió una información amplia, completa y detallada sobre todos los aspectos del contrato; b) el contrato de afiliación al Club Paradiso no comportaba un derecho real de aprovechamiento por turno, sino un producto vacacional completamente distinto, al que no resulta de aplicación la Ley 42/1998; c) la demandante no era consumidora, por cuanto no era la destinataria final del producto que adquirió, pues su intención era obtener un beneficio mediante su reventa, lo que constituye una actividad comercial de tipo inversor.

Doña M interpuso recurso de casación, que fue estimado por el Tribunal Supremo. Alega, en primer lugar, la aplicación de la Ley 42/1998. A este respecto, indicó el Alto Tribunal que el contrato litigioso no tendría encaje directo en la definición contenida en el artículo 1.1 de la citada ley, pero en la medida en que la actora no adquiriría simplemente la prestación de unos servicios (lo que se conoce como paquete vacacional), sino la integración en una comunidad (membresía), mediante el abono de una cuota de entrada y de cuotas periódicas de mantenimiento, parece evidente que sí estaba contratando un aprovechamiento por turno de bienes inmuebles para uso turístico, si bien mediante una fórmula que pretendía eludir la aplicación de la normativa específica en la materia (entre ellas, la Ley 42/1998). A juicio del Tribunal Supremo, estamos ante un contrato de aprovechamiento por turno que, bajo la apariencia de apartarse de la figura del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, no cumple su regulación normativa en la Ley 42/1998. Materializándose así el presupuesto del artículo 1.7 de dicha norma. Al no adaptarse el contrato a la Ley 42/1998, y al infringir sus artículos 10, 11 y 12, el Tribunal Supremo declara la nulidad del mismo. El segundo motivo del recurso tiene que ver con la condición de consumidora de la actora. El Alto Tribunal declara que no consta que doña M realizara habitualmente actividades empresariales o profesionales de manera habitual, por lo que la mera posibilidad de que pudiera lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidora.

La sentencia contiene un voto particular del Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. El Magistrado entiende que no cabe encuadrar el contrato litigioso en el ámbito de aplicación de la Ley 42/1998, pues aquél contempla un producto vacacional distinto, el cual confiere el acceso a un sistema de reservas para disfrutar de vacaciones en el lugar y período que podría elegir, con los descuentos y ventajas determinados para la clasificación de su afiliación. Dicho tipo de contrato, entiende el Magistrado, no está comprendido en la Ley 42/1998. Por tanto, en la medida en que dicha norma no es aplicable, no cabe sostener la nulidad del contrato fundamentándose en su artículo 1.7. En cuanto a la condición de consumidora de doña M, el Magistrado considera que serían de aplicación los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la LGDCU de 1984. En consecuencia, no cabe considerar a la demandante como consumidora, dada la finalidad comercial que para ella tenía la suscripción del contrato.

NOTA.—El TJUE ha venido considerando que la intención lucrativa del adquirente no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor. En este sentido, *vid.* las sentencias de 3 de septiembre de 2015, 10 de abril de 2008 y 25 de octubre de 2005. (S. L. M.)

13. Ámbito de aplicación de la Ley 42/1998, de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles para uso turístico.—El ámbito objetivo de esta ley era la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio, así como el derecho a la prestación de los servicios complementarios. Este derecho podía constituirse como derecho real limitado o como un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tuvieran por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de cincuenta años, y en los que se anticiparan las rentas (art. 1).

Igualmente, el artículo 1.7 contemplaba, dentro de su ámbito objetivo, que el contrato en virtud del cual se constituyera o transmitiera cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, sería nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos. Y así se establecía en la propia exposición de motivos de la Ley, en su apartado II. Del tenor de esta ley debía entenderse que la misma regulaba no sólo los derechos de aprovechamiento por turno *strictu sensu*, sino también los similares.

La condición de «consumidor» del adquirente de un derecho de aprovechamiento por turno.—El artículo 1.5 de la Ley 42/1998 delimitaba el concepto de «transmitente», pero no definía al «adquirente». Por el contrario, el artículo 2 de la Directiva 94/47/CE, sí contenía una definición de «adquirente», acercándolo al de «consumidor». Según la Directiva, se entendía por «adquirente» a toda persona física a la que, actuando en los contratos

comprendidos en el ámbito de la directiva, con fines que se pudiera considerar que no pertenecían al marco de su actividad profesional, se le transfiriera el derecho objeto del contrato, o fuera la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato. El concepto de «consumidor» incluido en el artículo 3 TRLGDCU procede de las definiciones contenidas en las directivas cuyas leyes de transposición se refunden en él. Todas coinciden en que el consumidor es toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, con ligeras variantes de redacción entre ellas.

El Alto Tribunal se plantea si cabe aplicar la noción de «consumidor» a aquella persona que actúe en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, pero con ánimo de lucro. Y se apoya, para resolverlo, en la reforma del artículo 3 TRLGDCU por la Ley 3/2014, que, aunque no sea aplicable directamente al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede dar alguna pista. Tras dicha reforma, se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica. Sin embargo, la ausencia de ánimo de lucro únicamente se exige respecto a la segunda, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora aunque tenga ánimo de lucro.

Además, el artículo 3 TRLGDCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente. Si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.). Si realiza varias de estas operaciones asiduamente, en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el artículo 1.1.º CCO. **(STS de 20 de enero de 2017; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Doña MP y don JC (demandantes), en virtud de contratos suscritos el 19 de enero de 2003, 11 de enero de 2004, 6 de noviembre de 2004, 21 de septiembre de 2005 y 26 de abril de 2008, adquirirían unos certificados *Trust Certificate* que concedían el derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por períodos vacacionales en una serie de complejos, previo pago del precio. Y se firmaron también unos contratos de venta independientes del contrato de adquisición y de la afiliación en relación con alguna de las semanas que habían adquirido.

Los adquirentes formularon demanda el 10 de septiembre de 2012 y solicitaban: 1) que se declarase la nulidad o subsidiaria resolución de los contratos antes señalados, con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos; 2) que se declarase la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas, con la obligación de devolver el duplicado de dichas cantidades; 3) subsidiariamente, que se declarase la nulidad, por abusivas y por no haber sido negociadas de forma individualizada, de las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información por parte de los complejos. La demandada se opuso a la demanda.

El Juez de Primera Instancia concluyó que hubo un incumplimiento con arreglo al artículo 1.7 de la Ley 42/1998, lo que deter-

minaba que se declarase la nulidad de los contratos. En cuanto a los efectos de la nulidad, las partes debían restituirse las prestaciones que cada una hubiera entregado a la otra. Se desestima la devolución de los anticipos entregados por duplicado.

La entidad mercantil SV interpone recurso de apelación, que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial. Concluyó que los contratos señalados no estaban regulados por la Ley 42/1998 porque ni los contempla ni los menciona, sino por el Código civil y por la legislación protectora de los consumidores y usuarios. La Audiencia negó la condición de consumidores por considerar que realmente eran inversores que pretendían obtener una rápida rentabilidad de su inversión mediante la reventa por parte de la propia entidad demandada de los derechos adquiridos. El objetivo de la adquisición era, más bien, para alquilar o revender. Los actores no son destinatarios finales del producto y consta acreditada la obtención de una rentabilidad mediante la comercialización o explotación de los derechos que eran objeto del contrato. Por otro lado, no se aprecia dolo ni error para declarar la nulidad contractual que pretenden los actores, pues han tenido mucho tiempo para reflexionar sobre los mismos. Según la Audiencia, se solicita la nulidad porque los demandantes no obtuvieron las ganancias pretendidas como consecuencia de las reventas.

Se interpone recurso de casación por los demandantes, en base a tres motivos. En primer lugar, la infracción de la Disposición adicional 2.ª de la Ley 42/1998, del artículo 1 de la Ley 1/1998 y del artículo 6.4.º CC. Mantienen que es de aplicación a estos contratos la Ley 42/1998, al tratarse de usuarios finales. En segundo lugar, alegan la infracción del artículo 1 LGDCU 1984 y 3 TRLGDCU, manteniendo que estos contratos se firmaron para uso y disfrute e inversión de sus ahorros siempre dentro de la esfera privada y doméstica. Y, en tercer lugar, alegan la infracción de los artículos 1.7 y 10 de la Ley 42/1998, 10 LGDCU 1984, 60, 62, 63, 69, 71 y 79 TRLGDCU, así como los artículos 6.3, 1261 y 1265 CC. Mantienen que los incumplimientos de la demandada, en relación a los contratos de aprovechamiento por turno, en cuanto a la falta de información básica, contenido de los contratos, prohibición de anticipos y la falta de fijación del límite temporal de los contratos, determina su nulidad de pleno derecho. Además, los recurrentes mantienen que la acción que se ejercitaba en la demanda era la nulidad de la operación, acción a la que no resulta de aplicación el repetido plazo de tres meses, pues el artículo 10.2 Ley 42/1998 se remite a la regulación de la nulidad de los contratos contenida en el Código civil.

El Tribunal Supremo comienza afirmando la aplicación de la Ley 42/1998 a los contratos, por encontrarse dentro de su ámbito de aplicación, conforme al artículo 1.1. Además, declara su nulidad, por incumplir lo establecido en dicha norma (no se recoge el contenido mínimo del art. 9 y se exigen anticipos). En cuanto a la condición de consumidores de los actores, no consta que realizaran profesionalmente este tipo de operaciones, por lo que la mera posibilidad de que pudieran lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidores. No eran unos profesionales del aprovechamiento por turno, pues actuaban

al margen de una actividad empresarial, aunque tuviesen ánimo de lucro. Por otro lado, condena a la demandada a devolver el dinero en concepto de anticipos, por estar prohibidos por el artículo 11 Ley 42/1998. Su devolución por duplicado procede no sólo cuando el contrato se declare nulo, sino también cuando la parte opte por exigir su cumplimiento. Respecto al resto de cantidades, la demandada ha puesto de manifiesto cómo los demandantes han podido disfrutar de las prestaciones propias del contrato durante 9 años (2004-2012). Aunque es cierto que el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 establece que, en caso de nulidad, serán devueltas al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas, entiende el Alto Tribunal que hay que tener en cuenta el tiempo que los demandantes han podido disfrutar de los alojamientos. En consecuencia, el reintegro de las cantidades satisfechas no ha de ser total, sino proporcional al tiempo que debía restar de vigencia teniendo en cuenta la duración legal máxima de cincuenta años.

NOTA.—Respecto a la condición de consumidor pequeños inversores que, en el ámbito de una actividad privada, tratan de obtener un rendimiento económico con ocasión de la adquisición de un producto, *vid.* las SSTs de 22 de diciembre de 2009, 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010. En cuanto a la condición de consumidor a los efectos de la normativa de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, *vid.* la STS de 16 de enero de 2017. (S. L. M.)

14. Adquisición de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. Régimen aplicable a los contratos suscritos bajo la vigencia de la LDATBIUT de 1998 que no se ajusten al modelo previsto en ella.—La Ley 42/1998 DATUBIUT regulaba no solo los derechos de aprovechamiento por turno en sentido estricto, cuya configuración debía hacerse de conformidad con lo previsto en ella, sino también los similares, es decir, cualquier otro derecho real o personal por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o determinable al año; y sancionaba con la nulidad absoluta los contratos que, en la creación o transmisión de estos otros derechos, no respetasen el contenido imperativo de la misma, como mecanismo para impedir el fraude legal (art. 1.7.º). Por tanto, en el presente caso era evidente que se estaba contratando un aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, si bien mediante una fórmula que pretendía eludir la aplicación de la normativa específica en la materia y vigente al tiempo que se celebraron los contratos. Ciertamente, la Ley 42/1998 no acogió una pluralidad estructural en su configuración jurídica, por lo que el derecho de aprovechamiento por turno sólo podía constituirse como derecho real limitado (a salvo el arrendamiento de temporada, también previsto en la norma); pero ello no excluía la aplicación de esta Ley a aquellos otros contratos incluidos en su ámbito de aplicación de acuerdo con el mencionado artículo 1.7.º La consecuencia de la aplicación de la Ley 42/1998, a la vista del incumplimiento de las exigencias más elementales que establece la norma, es la declaración de nulidad de los contratos celebrados (STS Pleno de 16 de enero de 2017).

Noción de consumidor. No se pierde este carácter por el hecho de que el adquirente persona física actúe con ánimo de lucro.—La jurisprudencia comunitaria ha considerado que la intención lucrativa no debe ser un criterio

de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor (STJUE de 10 de abril de 2008 –asunto Hamilton– y STJUE de 3 de septiembre de 2015 –asunto Costea–). Además, el artículo 3 TR-LGDCU en su redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebraron los contratos, sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero solo utiliza el ánimo de lucro como circunstancia excluyente para la persona jurídica. De donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro.

Consumidor que actúa con ánimo de lucro. Delimitación de la actividad. Necesidad de que no exista habitualidad.—El ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el artículo 1.1.º CCO (STS Pleno de 16 de enero de 2017). No consta que los adquirentes recurrentes realizaran habitualmente este tipo de operaciones, por lo que la mera posibilidad de que pudieran lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidores. (STS de 15 de febrero de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Los actores suscribieron sendos contratos, uno en mayo de 2007 y otro en junio de 2008, con la mercantil SV, S. L., en virtud de los cuales los primeros adquirirían unos certificados de fiducia que les concedía el derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por periodos vacacionales en los complejos descritos en el contrato. Junto con éstos, firmaron un contrato de afiliación y otro de reventa independientes de los contratos de adquisición. En noviembre de 2012, los adquirentes instaron la declaración de nulidad de tales contratos por ser contrarios a la Ley, en tanto no se había dado la información que ésta exigía, ni se señalaba la duración del contrato, ni se cumplía con la mayoría de las previsiones que, de forma imperativa, contemplaba la legislación aplicable en aquel momento. Por tal motivo se reclamó la devolución de las cantidades abonadas en concepto de pago por adquisición y de gastos de servicios y mantenimiento. Asimismo, se solicitó que se declarase la improcedencia de los cobros anticipados que habían tenido lugar. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y, aunque redujo ciertas cantidades, acogió en lo esencial la petición de los actores. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, por el contrario, estimó el recurso de apelación de la demandada, al entender que los contratos celebrados no se encontraban regulados por la Ley 42/1998, de manera que debían someterse a las disposiciones del Código civil; sin que fuese tampoco aplicable la legislación protectora de los consumidores y usuarios toda vez que los adquirentes no tenían esta condición, ya que de lo pactado resultaba que no eran destinatarios finales del producto sino que lo adquirieron con la finalidad de obtener una rentabilidad

mediante su comercialización o explotación. Consideró la Audiencia que no procedía declarar la nulidad pues no se había actuado con dolo o error, respondiendo la acción ejercitada a la frustración de las expectativas de ganancias que esperaban obtener con una reventa que nunca lograron. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de los actores.

NOTA.—En el presente caso el Alto Tribunal reproduce el criterio que viene manteniendo en los últimos años respecto del fenómeno de la denominada *multipropiedad*, y lo hace insistiendo en la idea de que todo contrato que implique la posibilidad de disfrutar de un alojamiento vacacional o turístico durante un número de semanas al año, debe configurarse contractualmente, y de manera imperativa, de acuerdo con el modelo que en su día estableció la Ley 42/1998, o con alguno de los que posteriormente introdujo la Ley 4/2012. El resultado es que la doctrina jurisprudencial termina por impedir cualquier negociación o acuerdo que no conduzca a los modelos normativos, de suerte que cercena la libertad contractual de las partes en tanto solo permite el juego de la autonomía de la voluntad dentro de los estrechos márgenes de la legislación vigente, so pena de declarar la nulidad de lo pactado. Este rígido planteamiento ha sido objeto de críticas en más de una ocasión (v. RODRÍGUEZ PERDOMO, E. *La regulación de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en la Ley 4/2012. Un enfoque práctico y jurisprudencial*, tesis doctoral leída en la ULPGC en marzo de 2016, pp. 531 y ss.; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. «De nuevo, sobre el aprovechamiento por turno arrendaticio “flotante” ¿un s.o.s. para el time-share en España? *RDP*, 101, 2017, pp. 103-125). De otra parte, merece destacar que esta resolución decide una cuestión en cierto sentido novedosa en el plano jurisprudencial, cual es la condición del comprador del producto que adquiere con el propósito de revenderlo eventualmente. Se hace aplicación en el caso de la decisión adoptada en la STS del Pleno de 16 de enero de 2017, que abordó por primera vez esta materia; y que luego se reproduce además en otras decisiones del Alto Tribunal, como son las SSTs de 17 de julio, de 20 de noviembre y de 20 de diciembre de 2017; por lo que puede entenderse consolidada la doctrina jurisprudencial. Se acoge en aquella primera sentencia, y se reitera en estas otras, una idea que venía siendo defendida por relevantes sectores doctrinales (Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 9.ª ed. Dykinson. Madrid, 2017; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 68; MARÍN LÓPEZ, M. J., *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 117; CÁMARA LAPUENTE, S., «El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *CDT*, 3-1, 2011, pp. 84-117; ARROYO I AMAYUELAS, E., «Hacia un Derecho contractual más coherente: la sistematización del acervo contractual comunitario», en *Derecho contractual europeo* (dir. E. Bosch Capdevila), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 222-

223; ARNAU RAVENTÓS, L., «La noció de consumidor i la incorporació de les normes en matèria de contractació amb consumidors al llibre sisé del Codi Civil de Catalunya», *RCDP*, 9, 2008, pp. 42-43), en consonancia con la interpretación de las directivas comunitarias efectuada por el TJUE, y de las que el propio Tribunal Supremo se hace eco. Así pues, será posible que el adquirente de un derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico –o de otros productos materiales o financieros– los obtenga con el propósito de transmitirlos posteriormente obteniendo con ello una ganancia o beneficio económico. No perderá por este motivo la condición de consumidor y, por ende, la protección que le dispensa la legislación especial en la materia. Sin embargo, será necesario que no traspase un doble límite: a) la actuación ajena a su actividad empresarial o profesional; y b) que no lleve a cabo estas operaciones de modo habitual, pues la cotidianidad o regularidad podrían poner de manifiesto la existencia de una actividad empresarial o profesional. El Tribunal Supremo se refiere expresamente a la «realización de varias operaciones asiduamente en un periodo corto de tiempo», pero sin concretar el número de operaciones, ni en qué consistiría la asiduidad, ni tampoco la duración de ese periodo corto de tiempo. Esto puede generar un nuevo problema de determinación o concreción en el que podría influir además no solo la cantidad de actuaciones sino también la naturaleza de las mismas. No obstante la falta de certeza del nuevo criterio, éste ha sido acogido favorablemente por buena parte de la doctrina (v. MARÍN LÓPEZ, M. J., «¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 16 de enero de 2017», *CESCO*, 20, 2016, p. 3; COSTAS RODAL, L. «Aprovechamiento por turno y clubs de vacaciones: nulidad de los contratos al amparo del artículo 1.7 de la ley 42/1998. STS de 16 de enero de 2017», *RACM*, 3, 2017, p. 133; ARCOS VIEIRA, M. L., «Condición legal de consumidor y contratos con «doble finalidad»», *CCJC*, 105, 2017, pp. 362-364; PÉREZ-CABALLERO ABAD, P., «El consumidor que actúa con ánimo de lucro», *AJA*, 927, 2017, p. 9). (L. A. G. D.)

15. Prestación del servicio de identificación de llamadas en contratos de telefonía.—Existe una regulación específica, legal y reglamentaria, de la prestación de los servicios de telefonía. Esta normativa permite conceptuar el servicio de identificación de llamadas como una facilidad accesoria o complementaria del servicio de telefonía. Este servicio se configuró dentro de los servicios avanzados de telefonía en el RD 1736/1998, que aprobó el Reglamento que desarrollaba el Título III de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones. Respecto a este servicio, el artículo 105.1 RD 424/2005 recuerda que al contrato de acceso a la red de telefonía pública le será de aplicación la normativa general sobre protección de los consumidores y usuarios. Y el apartado 2 enumera el contenido mínimo que debe aparecer en el contrato, entre el que se encuentra en la letra e) los precios y otras condiciones económicas de los servicios. El artículo 107 prevé que cualquier propuesta de modificación de las condiciones contractuales, incluidas las mencionadas en el artículo 105.2, deberá ser comunicada al abonado con una antelación míni-

ma de un mes, en la que se informará, al mismo tiempo, del derecho del abonado a resolver anticipadamente el contrato sin penalización alguna, en caso de no aceptación de las nuevas condiciones.

Servicios de telefonía, consentimiento y protección de los consumidores.—Es cierto que el artículo 62.1 TRLGDCU lo que prohíbe, en la contratación con consumidores y usuarios, es que no quede constancia de forma inequívoca de su voluntad de contratar, lo que no necesariamente se ha de traducir en que en todo caso el consentimiento deba prestarse por escrito en un documento. (**STS de 26 de enero de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—En el año 1999, Telefónica procedió a prestar un servicio consistente en la identificación de la llamada entrante. Se trataba de un servicio accesorio, cuyas tarifas de alta y mensual fue publicada en el BOE de 22 de febrero de 1999. Telefónica eximió del pago de la cuota de alta y de las cuotas mensuales para el servicio citado, durante el período comprendido entre el 1 de septiembre de 2000 y el 28 de febrero de 2001, a los nuevos clientes que solicitasen el alta entre el 1 de septiembre de 2000 y 15 de enero de 2001. El 16 de febrero de 2001, Telefónica, a partir del 3 de marzo de 2001, eximía del pago de la cuota de alta y de las cuotas mensuales por el servicio a todos los clientes y con carácter indefinido. A partir de ese momento, Telefónica prestó este servicio de identificación de llamadas a todos los clientes de forma gratuita. Sin embargo, a partir de abril de 2008, notificó a sus clientes que el servicio de identificación de llamadas dejaba de ser gratuito y tenía un coste mensual de 0.58 euros. También incorporó a la factura donde se hacía la notificación una hoja con los derechos del usuario, la posibilidad de darse de baja de los servicios contratados y el modo de verificarlo, y facilitó un número de teléfono gratuito para mayor información.

El Ministerio Fiscal interpuso demanda, en la que ejercitaba acción de cesación, en defensa de intereses colectivos. En ella pedía, en primer lugar, que se declarara la nulidad de la cláusula por la que Telefónica imponía y cobraba al usuario el servicio de identificación de llamadas, que no había sido solicitado ni contratado previamente, y sobre el que no había recibido información relevante, veraz y suficiente. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, al entender que la cláusula controvertida no tenía carácter abusivo, por obedecer a una modificación contractual en virtud de la cual la demandada pasó a facturar mensualmente una tarifa por un servicio adicional que prestaba a algunos usuarios hasta ese momento con carácter gratuito, y por haberse informado de manera suficiente a los clientes.

El Ministerio Fiscal apela la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso. En su sentencia, centra la cuestión en torno a la determinación de si estamos ante una nueva contratación o ante una simple modificación de las condiciones del mismo. El juzgado había entendido que se trataba de una simple modificación de las condiciones del contrato, pero la Audiencia entendió que se trataba de una nueva contratación. En concreto, señala que el hecho de recibir un servicio que la entidad demandada prestaba gratuitamente

te a todos los clientes de forma indistinta desde marzo de 2001, no acredita una contratación expresa de dicho servicio por el cliente. Según los artículos 62 y 99.1 TRLGDCU, el consumidor debe dar su consentimiento de forma inequívoca al servicio que contrata. El hecho de que se dé al consumidor un bien o servicio gratuito y el cliente no se oponga, no supone una contratación expresa del bien o servicio. Para poder cobrar dicho servicio de identificación de llamadas, Telefónica debía haber notificado que dejaba de prestar el servicio de forma gratuita y que quien quisiese disponer dicho servicio debía contratarlo expresamente, incluyendo el coste correspondiente. Por tanto, la notificación realizada por la entidad demandada a sus clientes supone la imposición de un servicio oneroso no solicitado. El artículo 89 TRLGDCU considera abusivas las cláusulas que imponen al consumidor bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados. En base a todo esto, la Audiencia concluyó que la cláusula introducida por Telefónica en las facturas a sus clientes era nula.

Telefónica interpone recurso de casación. En primer lugar, alega la infracción de los artículos 62.1 y 99.1 TRLGDCU, en relación con el artículo 69 RD 1736/1998 y los artículos 64.g), 105 y 107 RD 424/2005. Según la recurrente, el servicio se había configurado en todo momento como una facilidad o prestación suplementaria que se integraba en el servicio de telefonía contratado por los usuarios de Telefónica desde 1999. De modo que en el año 2008 no se produce una nueva contratación del servicio que ya se prestaba, sino una mera modificación de las condiciones en que se prestaba esta facilidad. Si nos halláramos ante un cambio de tarifas de este servicio, en cuanto que hasta entonces se cobraba un precio y se pretendiera incrementar, no habría duda de que nos encontraríamos ante un servicio ya contratado, cuyas condiciones eran objeto de modificación o cambio, y por ello estaba sujeto al régimen normativo de modificación de las condiciones contractuales. El problema radica en la gratuidad del servicio y en que no quedara constancia de que este servicio adicional, como tal, hubiera sido contratado previamente, pese a que se prestaba por la compañía telefónica. No cabe admitir la posibilidad de cobrar a un usuario de telefonía un servicio accesorio que no consta que hubiera sido aceptado de forma inequívoca. Si se entendiera de otro modo, fácilmente se ofertarían servicios gratuitos, no demandados por el usuario, que más tarde, mediante el ardid de un cambio de modificaciones, se convertirían en servicios de pago, sin que el usuario hubiera prestado su consentimiento a la contratación del servicio o facilidad accesorio. En consecuencia, el Tribunal Supremo concluye que la cláusula insertada por Telefónica en las facturas de sus clientes de telefonía por la que comunicaba que el servicio de identificación de llamadas pasaría a ser un servicio de pago, no suponía una simple modificación de las condiciones contractuales, sino la contratación de un servicio nuevo, rechazando que haya existido infracción de los artículos 62.1 y 99.1 TRLGDCU.

En segundo lugar, Telefónica alega la infracción del artículo 89.4 TRLGDCU, por no cumplirse los requisitos establecidos por la jurisprudencia para su aplicación. Afirma el Tribunal Supre-

mo que la razón por la que se declara nula y abusiva la cláusula no se halla en el artículo 89.4 TRLGDCU, sino en los artículos 62.1 y 99.1 TRLGDCU.

En tercer lugar, se alega la infracción de los artículos 62.1 y 99.1 TRLGDCU, al entender la recurrente que ha seguido el cauce normativo idóneo para informar de forma clara y transparente a los usuarios del cambio de las condiciones en la prestación del servicio y para verificar la aceptación o consentimiento de los usuarios respecto de este cambio. A su juicio, la exigencia del artículo 62.1 TRLGDCU de que el consentimiento para contratar sea prestado de forma inequívoca no significa que necesariamente haya de ser expreso, pues también cabe dar validez y eficacia al consentimiento o aceptación prestados por medio de actos concluyentes, claros e inequívocos. El Tribunal Supremo entiende que Telefónica ha seguido el sistema previsto para la modificación de condiciones, en el que no se deja constancia inequívoca del consentimiento de los consumidores titulares de las líneas afectadas, sino simplemente se introduce en las facturas una cláusula que avisa de que a partir de una fecha pasará a cobrarse este servicio, y que el cliente puede renunciar al servicio. De aquí no cabe deducir inequívocamente el consentimiento del cliente.

Finalmente, Telefónica alega la infracción del artículo 82.1 TRLGDCU, indicando que, para poder declarar la abusividad de una cláusula en virtud de dicho precepto, deben cumplirse varios requisitos. A saber: la contravención de las exigencias de la buena fe y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, algo que aquí no se ha producido. El Alto Tribunal declara que la cláusula no ha sido declarada nula porque fuera abusiva en atención a su contenido, de acuerdo con lo previsto en los artículos 82 y siguientes TRLGDCU, sino porque supone la contratación de un nuevo servicio oneroso sin que quede constancia inequívoca del consentimiento de los clientes a los que se pasaría a continuación a cobrar el servicio. En base a todo esto, el Tribunal Supremo termina desestimando el recurso de casación.

NOTA.—En el sector de la telefonía, han sido muy discutidas las cláusulas de permanencia y penalización y su carácter abusivo. *Vid.*, entre otras muchas, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de febrero de 2004 y 23 de marzo de 2010, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 23 de diciembre de 2011, y de la Audiencia Provincial de Asturias, de 27 de noviembre de 2006. (*S. L. M.*)

16. Responsabilidad civil por el daño causado por un incendio declarado en redes de distribución eléctrica.—1. ENDESA ejerció acción de responsabilidad civil contra Red Eléctrica de España (en lo sucesivo REE) por haber incumplido sus obligaciones de mantener correctamente las instalaciones a su cargo, a fin de garantizar la viabilidad de la red de transporte y de asegurar la continuidad y seguridad del suministro, habiendo causado daños por tal incumplimiento.

2. En concreto reclama por los daños causados por el incendio de la subestación eléctrica de Maragall acaecido en Barcelona el 23 de julio

de 2007, y solicita que se declare a REE responsable del incendio ocurrido en la subestación y de todos los daños y perjuicios que se derivan para ENDESA del mismo, postulando que se condene a REE a su abono.

Generali España SA de Seguros y Reaseguros (en adelante GENERALI) ejercitó también acción contra REE como subrogada en los derechos y acciones de su asegurada ENDESA, en reclamación del importe de aquella parte de las indemnizaciones abonadas y de los gastos incurridos con motivo del siniestro, al amparo de las pólizas que lo cubrían y en virtud de cuota de coaseguro (30%).

3. El siniestro consistió en que el 23 de julio de 2007 se produjo un incendio en la subestación eléctrica Maragall de Barcelona que provocó daños materiales y la interrupción del suministro eléctrico a los usuarios, siendo restablecido el suministro de manera paulatina. El incendio de la subestación estuvo precedido de otro incidente eléctrico, que consistió en la caída de un conductor de 110 kv propiedad de ENDESA sobre los cables de 220 kv de REE en la subestación Collblanc.

4. ENDESA cuantifica los daños en 89.943.583 euros, que clasifica en dos grupos: (i) las indemnizaciones que ENDESA ha debido abonar a los usuarios afectados a consecuencia de la interrupción del suministro, y (ii) los daños materiales sufridos por ENDESA como consecuencia directa de dicho incendio.

5. ENDESA tenía suscrita con Mapfre, con una cuota del 70%, en coaseguro con VITALICIO (GENERALI) (30%), una póliza de seguro de daños materiales y pérdida de beneficios y una póliza de seguro de responsabilidad civil. Las aseguradoras le han abonado 40.532.805 euros, por lo que ENDESA sólo reclama la diferencia, esto es, 49.410.778 euros, según su estimación y cuantificación del daño sufrido.

6. GENERALI reclama a REE la cantidad de 15.822.236,72 euros, por subrogación en los derechos y acciones de su asegurado.

7. REE niega su responsabilidad en el siniestro y su aportación causal en la agravación de las consecuencias. También se opone a la cuantificación de los daños que ENDESA afirma haber sufrido.

8. La sentencia de primera instancia, tras analizar de forma exhaustiva y pormenorizada la prueba practicada en autos, resolvió el conflicto existente entre las entidades existentes en torno a la responsabilidad que pudiera incumbirles por los daños y perjuicios ocasionados a ENDESA como consecuencia del siniestro descrito. La resolución consistió en estimar parcialmente la demanda, declarando que REE es corresponsable del incendio en el 50%, y por ello del 50% de los daños que pueden derivar del mismo. Condenó a REE a satisfacer a GENERALI 7.677.601,22 euros y la absolvió del pago que le reclamaba ENDESA.

9. Para exponer la motivación seguida por la sentencia de primera instancia en este litigio que califica de complejo y de gran magnitud en sus consecuencias, se reproduce por ser muy clara: (i) Comienza destacando la coincidencia de todos los peritos en señalar que el suceso del 23 de julio de 2007 se inició con la rotura del cable de media tensión de 110 kv en la SE de Collblanc a las 10 horas 53 minutos y 19 segundos, propiedad de ENDESA, que tiene su origen en la SE Can Jardí y que termina en la SE de Collblanc, se rompe, interrumpiéndose el paso de la corriente que circulaba por él, y cae sobre el parque de 220 kv de REE, de la subestación de Collblanc, resultando que el conductor desprendido, con tensión desde el origen de las líneas a la que pertenece, entra en contacto con la estructura metálica

de soporte del embarrado de 220 kv de Collblanc, produciéndose la desconexión de la línea en su extremo de Can Jardín; y posteriormente, en la caída del conductor de 110 kv, ya sin tensión, se produce el espacio secuencial con el juego de barras núm. 1 y núm. 2 y con la línea de 220 kv que une Collblanc con Urgell. La línea de 110 kv sobrevolaba una esquina del parque de 220 kv de la subestación de Collblanc; precisando que «se discute por sendas partes procesales la incidencia de que se trate de un solo suceso o bien de dos diferenciados. Se produjo la afectación temporal de varias subestaciones transformadoras que alimentan la red de distribución y se originan graves daños en la SE de Maragall, 220 MT que quedó sin posibilidad de alimentación desde la red de 220 kv». (ii) Advierte que «la caída del cable de 110 kv de ENDESA es consecuencia del deficiente estado de conservación y mantenimiento del mismo, y constituye una de las causas del incendio de la SE de Maragall, sin que pueda limitarse sin más a Collblanc, porque es el origen del incidente, con relación de causalidad directa entre los dos sucesos, determinando la participación y responsabilidad de ENDESA, por mucho que la califique de causa no eficiente, y la necesidad de utilizar la teoría de la prohibición de regreso, no cabe considerar como no eficiente la causa que concurriendo con otras condiona o completa la acción de la causa última (...). La actuación de ENDESA no sólo es condición *sine qua non*, es decir, necesaria e imprescindible o indispensable para el resultado, sino que al concurrir con las siguientes analizadas, ha de ser considerada como iguales en la influencia causal, dado que si, suprimidas imaginariamente, la consecuencia desaparece también». (iii) «Todo lo expuesto conlleva necesariamente a advertir un tanto por ciento de responsabilidad a cada una de las empresas en el incendio de 23 de julio de 2007, distribuyéndose, en un 50% de ENDESA y otro 50% a REE, teniendo en cuenta que en el cableado de REE se inició el foco del incendio en la SE de Maragall, unido el mal mantenimiento del mismo, a los efectos de la membrana de la Gis que permitió un fácil acceso a la planta cero de la -1 y así como el sobrevuelo de ambos sistemas sin que ninguna de ambas sociedades evitara o redujera el riesgo; y a ENDESA por la concausa de la caída del cable de Collblanc, a los defectos en el sistema anti-incendios, y a la no adecuada compartimentación en el edificio de la SE de las plantas -1 y 0, así como la inadecuación de ambas redes a las necesidades de una urbe como Barcelona, así como por el excesivo número de usuarios dependiente de la misma, y así como el sobrevuelo de ambos sistemas sin que ninguna de las sociedades evitara o redujera el riesgo, ni mitigaran el daño. A ello se añade que el vuelo de la línea aérea a 110 kv Can Jardí-Collblanc, propiedad de Endesa, sobre el parque de 220 kv de la subestación Collblanc, propiedad de REE, era perfectamente evitable, así como que, ambas sociedades, pudiendo hacerlo, no han reducido el riesgo de la caída de los conductores de la línea aérea a 110 kv Can Jardía-Collblanc, sobre el parque de 220 kv de la subestación Collblanc. Y la situación de las redes de distribución y de transporte, preexistentes antes del incidente, no estaban diseñadas para permitir una rápida recuperación del suministro».

Los daños del siniestro los fija en un total de 66.377.169,57 euros, que desglosa en las siguientes partidas:

- Daños materiales sufridos por ENDESA en sus instalaciones: 8.678.993 euros.

- Coste de grupos electrógenos, deducido el ahorro de la compra de electricidad: 21.187.130,87 euros.
- Coste mallado de las SE de Maragall y de Urgell: 10.913.875 euros.
- Reparaciones en SE de Maragall y Urgell: 11.628.090,79 euros.
- Indemnizaciones pagadas por ENDESA: 12.022.058 euros.
- Gastos por operativo especial de FECSA al tener personal subcontratado: 1.777.470,91 euros.
- Coste campaña publicitaria para dar respuesta a reclamaciones: 169.551 euros.

En definitiva, absuelve a REE de la pretensión de ENDESA, como quiera que ésta ha sido indemnizada por sus aseguradoras en la suma de 40.532.805 euros, y que REE tan sólo viene obligada a abonar el 50% de los daños causados, es decir, la suma de 33.188.584,78 euros, concluyendo que no procede condenar a REE a pagar cantidad alguna a ENDESA.

Tanto ENDESA como GENERALI y REE interpusieron recurso de apelación. Conoció del mismo la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó sentencia el 19 septiembre 2014 por la que estimó parcialmente el interpuesto por ENDESA y desestimó los interpuestos por GENERALI y REE. En consecuencia, condenó a REE a abonar a ENDESA la suma de 8.345.652,93 euros, más los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda. En la resolución de los recursos planteados por todos los litigantes, la responsabilidad en el incendio debe imputarse en igual medida a REE –por el defectuoso estado de los cables de 220 kv–, y a ENDESA –por el defectuoso estado de los cables de 110 kv–. Pero en contra de lo sostenido por la sentencia de primera instancia, entiende que no cabe imputar a ENDESA responsabilidad alguna derivada del sistema anti-incendios de la subestación. En cuanto a los defectos de compartimentación y sectorización de la subestación afirma que acierta la magistrada al imputar a ambos litigantes la responsabilidad por tal defecto, siendo adecuado el reparto de responsabilidad al 50%, no existiendo una parte que cargue con mayor responsabilidad que la otra en la propagación del incendio. En cuanto a la prolongada interrupción del siniestro por el inadecuado diseño de las redes de transporte y distribución de Barcelona, no cabe imputar a ENDESA responsabilidad, pues la exigencia reglamentaria de mallado de la red de distribución no existía en el momento en que se produjo el siniestro y suponía su ejecución un importante esfuerzo inversor, siendo REE concedora de esa situación y de sus consecuencias del corte de suministro eléctrico desde la SE de Maragall. Matiza que el hecho de carencia de una red de mallado no permite a ENDESA eximirse de responsabilidad frente a sus clientes, pero no determina que tenga que asumir responsabilidad frente al causante del incendio. Tras una detenida valoración de los daños y perjuicios sufridos por ENDESA, reduce la cuantía a la suma de 16.391.305,87 euros, especificando sus conceptos.

La entidad mercantil GENERALI interpuso recurso de casación pero se le tuvo por desistida en virtud de decreto de 12 de mayo de 2016. ENDESA interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. REE interpuso sólo recurso de casación. La Sala únicamente estima parcialmente el recurso extraordinario por infracción procesal, desestimando los demás motivos, así como todos los recursos de casación. Para mejor claridad y comprensión, altera el orden expositivo.

Falta de motivación del recurso.—Según la doctrina constitucional la exigencia de motivar las sentencias no impone una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, pero no es necesario acudir a esta doctrina en el presente caso por cuanto el tribunal de apelación, de manera clara, precisa y ordenada analiza cuantas cuestiones se someten a su consideración, ofreciendo respuesta judicial argumentada en derecho. Razona la responsabilidad de REE, luego la de ENDESA, motivando, con exclusión de la prohibición de regreso, como ambas concausas son eficientes y relevantes para la producción del resultado dañoso, concluyendo en imputar a ambas empresas la responsabilidad por el incendio en idéntica proporción. Tal distribución de responsabilidades podría modificarse si alguna de las partes hubiese influido con su conducta en la propagación del incendio o provocado una agravación de los daños, pero ello no sucedió. No debe olvidarse que la sentencia que se recurre es la de segunda instancia, y que la tesis que la recurrente mantiene sería más lógico que se predicase de la de primera instancia por ser la que hace recaer sobre ENDESA incumplimientos que no valora al distribuir la responsabilidad entre las partes, en perjuicio de REE. De ahí que pueda inferirse como más lógica la decisión ahora cuestionada, que no puede calificarse de arbitraria. Por todo lo expuesto se cumplen los cánones de motivación de la sentencia al constar con claridad la *ratio decidendi* por la que ésta distribuye la responsabilidad entre las concausas del resultado dañoso. La posibilidad de conocer la *ratio* de la sentencia la ha tenido ENDESA si se atiende a las extensas consideraciones expuestas en la misma, sin olvidar que la falta de motivación no puede servir para cuestionar otros aspectos de la sentencia como la valoración de la prueba (STS de 28 de febrero de 2011).

Infracción del artículo 326 LEC: Error en la valoración de la prueba documental privada.—Con carácter general cabe decir que en nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia y para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal, con fundamento en el artículo 469.1.4.º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. El Tribunal Constitucional ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba. Así no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional sino aquellos: 1.º en que se trate de un *error facti*, material o de hecho, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales (SSTS de 28 de junio de 2012, 30 de abril de 2013 y 17 de febrero de 2015).

Además, en este caso, la documental privada cuya errónea valoración se denuncia, participa más de aquellos dictámenes periciales, obtenidos fuera del proceso, y a los que la nueva Lec otorga la naturaleza de prueba pericial, habiendo declarado la STS de 21 de julio de 2016 la difícil impugnabilidad de la valoración de la prueba pericial por cuanto tiene por objeto ilustrar al órgano enjuiciador sobre determinadas materias que, por la especificidad de las mismas requieren unos conocimientos especializados de técnicos en tales materias y de los que, como norma general, carece el órgano enjuiciador quedando atribuido a favor de Jueces y Tribunales, en cualquier caso, ‘valorar’ el expresado medio probatorio conforme a las reglas de la ‘sana crítica’, añadiendo que el artículo 348 LEC no contiene reglas de valoración tasadas, que se puedan violar, por lo que ello implica atenerse a las más ele-

mentales directrices de la lógica humana ante lo que resulta evidenciado y puesto técnicamente bien claro, de manera que, no tratándose de un fallo deductivo, la función del órgano enjuiciador será hacerlo en relación con los restantes hechos de influencia en el proceso que aparezcan convenientemente constatados, siendo admisible atacar solo cuando el resultado judicial aparezca ilógico o disparatado.

El motivo debe ser desestimado pues la sentencia de la Audiencia Provincial realiza una valoración razonable de ambos dictámenes para sentar que la responsabilidad en el incendio debe imputarse en igual medida a REE –por el defectuoso estado de los cables de 220 kv, y a ENDESA por el defectuoso estado de los cables 110 kv–. Esta deducción lógico-jurídica no ha vulnerado las reglas de la sana crítica, ni ha incurrido en arbitrariedad. La revisión sólo se encontraría justificada por la existencia de un error patente o de una arbitrariedad, y ello no se infiere de los argumentos de la sentencia recurrida al afirmar que: «no encuentra argumentos para considerar una mayor imputación a una de ellas en la medida en que la actuación diligente de las mismas hubiera evitado el siniestro; si los cables de 110 kv no hubieran caído no se hubiera producido el incendio, al igual que el mismo se hubiera evitado –pese a los cortocircuitos producidos por tal caída– si los cables de 220 kv hubieran estado en correcto estado».

Incongruencia.—Respecto de la relevancia constitucional del vicio de incongruencia hay que señalar que se produce por alterar una alteración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (STC de 18 de octubre de 2004). Habiendo reiterado el Tribunal Constitucional que para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que sea imputable y que tenga su origen en actos u omisiones de los órganos judiciales, esto es que la indefensión sea causada por la actuación incorrecta del órgano jurisdiccional (STS de 25 de junio de 2015). Al relacionar el anterior principio con el dispositivo «es reiterada la jurisprudencia que señala que la Audiencia Provincial sólo puede revisar el pleito, asumiendo funciones de instancia tanto en cuestiones fácticas como jurídicas, si la controversia se reproduce o subsiste en esa segunda instancia» (por todas STS de 6 de julio de 2006, según cita la STS de 1 de octubre de 2010). El tribunal de apelación no puede resolver otras cuestiones que aquellas que le han sido trasladadas en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, de modo que los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia a los que no se extiende la pretensión impugnada deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia, y así lo confirma la STS de 19 mayo 2016. La segunda instancia se configura como una *revisio prioris instantiae*, en la que el Tribunal superior u órgano *ad quem* tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes, para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *reformatio in peius*, y la ya aludida imposibilidad de entrar a conocer sobre los extremos consentidos (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En el caso examinado la sentencia recurrida ha infringido el principio de incongruencia y las reglas establecidas en el artículo 218 LEC. En efecto, no

habiendo sido apelada la sentencia que desestimó la excepción de prescripción por parte del demandado que la opuso en primera instancia, ni habiendo éste impugnado la sentencia en los extremos que pudieran resultarle desfavorables con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la contraparte, la desestimación de esta excepción debe considerarse consentida y no pudo ser revocada por la sentencia de apelación. No es suficiente para enervar esta apreciación que la parte demandada formulara en la oposición alegaciones sobre la prescripción, ya que para trasladar el examen de esta cuestión al tribunal de apelación era necesario que hubiera apelado la sentencia o la hubiera impugnado, combatiendo los extremos desfavorables, a raíz del recurso interpuesto por la contraparte, pero ésta formuló su escrito como de oposición al recurso de apelación, limitándose a solicitar la confirmación de la sentencia de primera instancia y no se opuso a que el Juzgado no diera a su escrito el trámite del artículo 461.4 LEC. Ha de tenerse en cuenta la mayor laxitud de la Lec de 2000 en la conceptualización de ‘gravamen’ para recurrir o para impugnar un recurso de apelación, habiendo declarado la STS de 22 junio 2009 que la impugnación contemplada en el artículo 461.1 LEC 2000 «parece concebida en términos más amplios que la ‘adhesión’ contemplada en los arts. 705, 858 y 892 LEC.1881, al sustituir ‘perjudicial’ por ‘desfavorable’ y permitir que la sentencia de apelación pueda perjudicar al apelante en virtud de la impugnación formulada por el inicialmente apelado». El Tribunal de apelación al tomar en consideración los alegatos e informes a que alude REE en su escrito de oposición al recurso de apelación de ENDESA ha provocado una patente indefensión a la parte recurrente en apelación, ya que decidió, inaudita parte, por cuanto el planteamiento de REE quedaba extramuros de lo que es una mera oposición al recurso y adquiriría naturaleza de impugnación de la sentencia, lo que obligaba darle el trámite propio de ésta o, en su caso –que es el presente–, no decidir sobre la cuestión por no ser objeto de la apelación.

La estimación de ambos motivos conduce a que deba modificarse la partida de responsabilidad civil. Todo ello supone que el importe no indemnizado, a Endesa por las aseguradoras asciende a la suma de 20.607.484,87 euros, por lo cual el 50% asciende a la suma de 10.303.742,4 euros.

Doctrina sobre causalidad.—En la actualidad la Sala 1.^a del Tribunal Supremo acude a la teoría de la imputación objetiva, que en todo caso sirve para excluir la responsabilidad, y que tiene las siguientes pautas o reglas: a) Los riesgos generales de la vida: La vida tiene riesgos propios e inherentes, que son aceptados por todos. Es decir, existen las ‘desgracias’. b) La prohibición de regreso: Encontrada una causa próxima, no debe irse más allá, más atrás, buscando causas remotas. Pero la intervención meramente culposa de un tercero no basta para excluir la imputación objetiva. c) La provocación: Quien provocó la situación, sin descartar que sea el propio perjudicado porque asumiese un riesgo no justificado. d) El fin de protección de la norma. e) El incremento del riesgo o la conducta alternativa correcta. Si el daño se hubiera producido igual aunque se adoptase otra conducta. f) Competencia de la víctima (hechos o situaciones que estaban en el dominio de la víctima). Y g) En todo caso, y como cláusula cierre, la probabilidad, lo que permite excluir la responsabilidad en los supuestos de eventos altamente improbables, imprevisibles, y que a la postre nos recuerdan el caso fortuito (SSTS de 17 y 25 de noviembre de 2010; 9 de febrero, 14 de marzo y 20 de mayo de 2011).

En el presente caso la caída del cable de ENDESA de 110 kv causó tres cortacircuitos en la línea de 200 kv de REE. La responsable de dicha caída es

ENDESA y, de forma próxima, no remota, y sin solución de continuidad tiene lugar el incendio a causa del mal estado de los cables de 220 kv de REE. Esto último no se pone en tela de juicio y es un hecho probado, pero la sentencia recurrida, con valoración jurídica en sintonía con el estado actual de la jurisprudencia en torno a la relación de causalidad, deja claro que el factor desencadenante se encuentra en la caída de los cables de 110 kv de Endesa, por lo que difícilmente puede pretender que no le incumba ninguna responsabilidad acudiendo al criterio de la prohibición de regreso. Existe una conducta imprudente de REE en la conservación y mantenimiento de los cables de ella, que propicia el incendio, pero éste se ha visto favorecido, de manera próxima y no remota, por la imprudencia de ENDESA en la conservación y mantenimiento de dicha red, y en el contacto entre ambos cables, debido a la defectuosa y poco previsible instalación de los cables sobrevolando uno al otro. De ahí que no quepa considerar infringida, dentro de la causalidad, la tesis de la imputación objetiva, al sentar la sentencia recurrida que la conducta negligente de ENDESA ha de calificarse como una causalidad contributiva que ha favorecido decisivamente la causación final del siniestro. Ha habido una omisión del deber de cuidado por ENDESA, que opera como contribución causal, y con la entidad suficiente como para que la omisión del deber de cuidado de REE no absorba en exclusiva el desencadenante causal, lo que se traduce en la exclusión de la doctrina de la prohibición de regreso. No se excluye la imputabilidad porque, habida cuenta las circunstancias del caso, tan minuciosamente recogidas y valoradas en la sentencia, no cabría descartar como extraordinariamente improbable (*ex ante* y por un observador experimentado, suficientemente informado) el resultado producido. Finalmente conviene recordar que las SSTS de 24 de mayo de 2004, 26 de mayo de 2005 y 9 de febrero y 1 de marzo de 2007, han declarado que «no cabe considerar como no eficiente la causa que concurriendo con otras condiciona o completa la causa última», y así la conducta negligente de ENDESA merece tal carácter condicionante.

Graduación de responsabilidad según artículo 1902 CC.—Se pretende que de mantenerse la imputación conjunta del daño a ambas partes, se declare que la sentencia infringe el artículo 1902 CC en la distribución del grado de responsabilidad. Pero este precepto no es procedente para resolver el problema planteado, dado que los temas de moderación de la responsabilidad en relación con la concurrencia causal sólo excepcionalmente pueden acceder a la casación (STS de 20 de mayo de 2004).

Defectos formales del recurso interpuesto por la Red Eléctrica de España: Inadmisión.—Este recurso incurre en causa de inadmisibilidad por carencia de claridad y precisión. Es un auténtico *totum revolutum* en que se mezclan cuestiones de causalidad e imputación objetiva con otras relacionadas con daños que entiendo no deben ponerse a su cargo. Peca de acumulación de infracciones, de cita heterogénea de preceptos en el mismo motivo, que generan ambigüedad e indefinición, lo que va en contra del acuerdo de esta Sala de 30 de diciembre de 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Procede desestimar el motivo por inadmisión (STS de 26 de junio de 2015). No obstante, y teniendo en cuenta que cuantas cuestiones plantea este recurso, con deficiente técnica casacional, han sido objeto de enjuiciamiento y decisión en el recurso interpuesto por ENDESA, tanto en el extraordinario por infracción procesal como en el de casación, a ellos nos remitimos.

Conviene destacar que no es ilógica ni arbitraria la valoración jurídica de la sentencia recurrida cuando en relación con la carencia de red de mallado sostiene que no exime a ENDESA de responsabilidad ante sus clientes, por el incumplimiento de su obligación de suministrarles energía, pero tal circunstancia no determina asumir responsabilidades frente al causante del incendio. (STS de 24 de febrero de 2017; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—La jurisprudencia sobre incendios en general, es abundante. Sobre la recaída durante el siglo XXI puede verse recogida en la nota de S. López Maza en *ADC*, 2017, p. 1350, en relación con la STS de 6 de abril de 2016 en un supuesto de responsabilidad civil. Pero el aquí contemplado es de otra magnitud, tanto por la entidad de los daños y modo de producirse los perjuicios, como por la importancia social del hecho (redes eléctricas, de amplio funcionamiento, en mal estado de conservación). De ello deriva la singular atención prestada por el Ponente a los diversos recursos interpuestos. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

17. Concepto de originalidad de la obra arquitectónica.—El carácter funcional de la obra arquitectónica y los elementos que preceden a su ejecución (planos y proyectos para su concepción, exigencias técnicas, cumplimiento de la normativa urbanística...) determinan que su conceptualización como obra original a los efectos de la propiedad intelectual (arts. 1, 5.1 y 10.1 TRLPI) exija un cierto grado de altura creativa (*Gestaltungshöhe*). Dicho de otro modo, habida cuenta de las especiales características de la obra arquitectónica, prevalece una *conceptuación objetiva de la originalidad*, que implica que se requiera una actividad creativa, que, con independencia de la opinión que cada uno pueda manejar sobre los logros estéticos y prácticos del autor, dote a la obra de un carácter novedoso que la distinga de las preexistentes. El carácter funcional de la obra arquitectónica restringe la libertad creativa del arquitecto y, en consecuencia, sus posibilidades de originalidad. Por eso, el reconocimiento de originalidad de dichas obras requiere un grado de singularidad superior al exigible en otros casos.

A juicio de la Sala 1.^a, relajar la exigencia de altura creativa en favor de quienes proyectan edificios ordinarios traería consigo, además, consecuencias negativas para los propietarios de los edificios cuyos derechos —relacionados con la satisfacción de las necesidades del propietario en cada momento (art. 348 CC)— tendrían que coexistir con los derechos de autor, como el derecho moral a la integridad de la obra.

Participación material en una obra arquitectónica en colaboración.—La mera participación técnica en la elaboración de una obra arquitectónica no basta para ser considerado coautor de una obra en colaboración (art. 7 TRLPI). Antes bien, se requiere un mínimo grado de originalidad en la aportación al proyecto. Así, en los casos en los que quepa diferencias las aportaciones realizadas por los intervinientes, cabe también distinguir aquellas partes que reúnen el requisito de la originalidad y las que no. A los artífices de aquellas partes que no sean consideradas originales les corresponden los

derechos inherentes a la relación contractual que les une con el promotor de la obra o con el resto de los arquitectos y profesionales, pero no los derechos derivados de la normativa de propiedad intelectual. (STS de 26 de abril de 2017; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—El arquitecto A contrató con la promotora P la realización de un proyecto de obra nueva para la construcción de un hotel de cuatro estrellas en Barcelona. La propietaria del solar era la sociedad G. Más tarde, el Ayuntamiento no concedió licencia de obras al proyecto elaborado por A, por considerar necesarias modificaciones en la fachada del hotel para su adecuación al planteamiento urbanístico. Tras el rechazo, P, a instancias de G, contrató a los arquitectos B y C para que colaboraran, en un 50%, con A en la redacción del proyecto y la dirección de las obras. A aceptó la colaboración. Los tres arquitectos presentaron un segundo proyecto que sí obtuvo licencia municipal. Tras la aprobación, la promotora P decidió no recoger la licencia de obras ni abonar los impuestos correspondientes, por falta de liquidez. El proyecto se paralizó. Dos años después los arquitectos B y C presentaron, a petición de la sociedad G, un tercer proyecto para la construcción de hotel. Este tercer proyecto era sustancialmente idéntico al segundo proyecto, pero en él solo aparecían como autores B y C.

A demandó a B y C para que se declarara que el proyecto tercero era idéntico al segundo, en el que había participado, y que en consecuencia se le declarara coautor de este, como obra en colaboración, con todas las consecuencias. B y C reconocieron la identidad de los proyectos, pero negaron que el proyecto segundo fuese una obra en colaboración de la que fuese coautor A, pues la creación original del proyecto, su singularidad estética y originalidad, se debía a ellos (fachada, ajustes en la volumetría, reestructuraciones interiores y espacios exteriores). Por el contrario, alegaron, la participación de A únicamente afectó a elementos técnicos, funcionales y materiales, sin sustantividad creativa alguna. B y C presentaron también reconvencción, alegando que eran los únicos autores, infringiendo A sus derechos de propiedad intelectual al incluir en su página web unos planos y una imagen de la fachada del proyecto segundo.

El Juzgado de lo Mercantil estimó la reconvencción y desestimó la demanda, considerando que A no había demostrado la creación original que había aportado al proyecto segundo. Ante ello, A recurrió en apelación. La Audiencia Provincial estimó su recurso en parte, porque entendió que, en un proyecto de esa envergadura, la aportación de elementos funcionales y materiales está dotado *per se* de creatividad, la cual no puede perderse porque le sea sustituida una parte. Para la Audiencia, la creatividad de la fachada no puede monopolizar toda la creatividad del proyecto. Con todo, la Audiencia no concedió la indemnización solicitada por A por los daños materiales, al entender que no se habían producido. Asimismo, estimó la reconvencción respecto a la autoría exclusiva de B y D de la fachada, que A incluyó en su web.

Frente a la sentencia de la Audiencia, ambas partes interpusieron recurso de casación. (A. I. R. A.)

DERECHO DE FAMILIA

18. Irretroactividad de los alimentos. Sólo cabe abonar los alimentos devengados desde la interposición de la demanda.—Ninguna petición de reembolso cabe de cantidades cuyo pago no puede ser exigible, como se dijo en la STS de 30 de septiembre de 2016, en aplicación del artículo 148 CC, según el cual en ningún caso se abonarán los alimentos sino desde la fecha de interposición de la demanda, aunque con anterioridad se necesiten para subsistir. (...) La reclamación fija el momento a partir del cual, si el deudor interpelado por el acreedor no paga, incumple la obligación que le impone la ley de abonar una prestación alimenticia que hasta ese momento ha sido cubierta. Y si el alimentista, en este caso la madre, carece de acción para ampliar su reclamación a un momento anterior, porque lo impide el artículo 148 CC, con mayor motivo no la tendrá su hijo-demandante a través de la acción de reembolso ejercitada al margen de las reglas propias que resultan de la obligación de prestar alimentos. (STS de 7 de marzo de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don Javier reclama judicialmente a su hermano el abono de la mitad de los importes sufragados en concepto de los gastos de residencia de su madre. La madre de los litigantes falleció en 2012 y desde marzo de 2009 hasta su muerte estuvo ingresada en una residencia debido a su estado de salud y dependencia como consecuencia de un infarto cerebral. Su único ingreso era la pensión de jubilación (533,44 euros) careciendo de otros bienes por haberlos donado a sus dos hijos. Desde el día del ingreso hasta noviembre de 2010 todos los gastos de la residencia más otros ocasionados por cuidados especiales fueron abonados exclusivamente por D. Javier. En diciembre de 2010 recibió una subvención de la Diputación Provincial lo que redujo los costes de la estancia en la residencia. A pesar de los requerimientos de D. Javier su hermano se negó a colaborar en los gastos de la residencia. Manifestó su desacuerdo con la estancia de su madre en una residencia que no fuera pública y preferir la atención domiciliaria por periodos sucesivos en casa de cada hermano. Lo que nunca puso en práctica. La madre reclamó judicialmente el pago de alimentos a sus dos hijos, proceso que concluyó el 10 de mayo de 2011 mediante auto homologando la transacción a la que llegaron las partes por la que se comprometían a sufragar por mitad el coste de la residencia en la parte no cubierta por la subvención de la Diputación, estableciendo en 200 euros al mes la cantidad a abonar por cada uno de los hermanos. D. Javier reclama la mitad de los gastos generados por la estancia de su madre en la residencia hasta noviembre de 2010. Tales gastos fueron sufragados íntegramente por él y ascienden a 45.015,52 euros. La reclamación se cifra en 22.507,76 euros más intereses. La sentencia del Juzgado del Primera Instancia y la Audiencia Provincial estiman la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación.

NOTA.— La sentencia que comentamos sigue la misma posición de las que se han dictado, en los últimos años, referidas a la reclamación, vía artículo 1158 CC, de la devolución parcial de las

cantidades desembolsadas en concepto de alimentos por quien asumió la totalidad de su importe frente al otro alimentante que no contribuyó al mantenimiento del alimentista. En este sentido, en las SSTs de 29 y 30 de septiembre de 2016 se solicitaba el reintegro de parte de las cantidades satisfechas, para la manutención y cuidados del hijo común, efectuadas antes de la determinación judicial de la filiación no matrimonial y, la de 7 de marzo de 2017, se refiere a la petición de la devolución de los alimentos que un hermano exige a otro en relación a los gastos realizados para el cuidado de la madre. Sin perjuicio de que los supuestos fácticos de las resoluciones judiciales mencionadas son distintos pues es diferente la naturaleza existente entre la obligación de alimentos entre parientes y la obligación de alimentos a los hijos, el principal impedimento para el éxito de la pretensión es el artículo 148 CC (aplicable también a los alimentos debidos a los hijos –STS 14 de junio de 2011–). Para el Tribunal Supremo no cabe ninguna petición de reembolso sobre cantidades cuyo pago no pudo ser exigible. En esta materia, el artículo 1158 CC se debe ejercitar de acuerdo con las reglas propias de la obligación de proveer alimentos. Como el Código civil establece la irretroactividad de los alimentos impidiendo la acción para exigirlos respecto a periodos anteriores a la fecha de la presentación de la demanda, aunque se hubieran necesitado para subsistir, no cabe ampliar el plazo de reclamación a periodos previos a dicho momento pues se vulneraría el artículo 148 CC. (C. O. M.)

19. El interés del menor en el régimen de guarda y custodia compartida.—El Tribunal Supremo ha insistido muchas veces en que, a la hora de decidir el régimen de guarda y custodia compartida, es el interés del menor el que se ha de proteger con carácter primordial. Éste debe prevalecer siempre frente a los intereses de sus progenitores. Así, todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. De ahí que las relaciones entre los cónyuges sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor. Además, el Alto Tribunal entiende que la norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, sino el interés del menor, exigencia constitucional establecida en el artículo 39.2 CE. En cada uno de los casos lo que debe decidir el juez es cuál será el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores. (STS de 7 de marzo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Tras el proceso de divorcio a instancias de J contra su esposo D, ante el Juez de Primera Instancia, se llegó a un acuerdo entre las partes respecto a la adopción de medidas provisionales, en el sentido de atribuir a la madre la custodia de la hija menor, compartiendo ambos progenitores el ejercicio de la patria potestad, con un régimen de visitas adecuado para el padre. No obstante, tras la contestación de la demanda, el padre solicitó la adopción del sistema de guarda y custodia compartida, junto con otras medidas.

El 3 de junio de 2014, el Juez de Primera Instancia dicta sentencia estableciendo que la guarda y custodia de la menor se atribuya

buía a la madre, permaneciendo ambas en el domicilio familiar, con un régimen de visitas para el padre. El informe pericial no consideró aconsejable un régimen de custodia compartida de la menor dado el apego a la madre, de modo que quedaría comprometido el interés de la menor, que podría resultar perjudicado cuando no existe acuerdo entre los progenitores y sí un importante grado de conflictividad. No se niega que el padre pueda prestar una adecuada atención a la menor de acuerdo con sus circunstancias personales y laborales, pero la niña ha permanecido más tiempo en el entorno materno debido a su mayor disponibilidad horaria. Eso, según el Juez de Primera Instancia, justifica la atribución de la guarda y custodia a la madre.

El padre recurrió en apelación y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia. En ambas sentencias se indica que las partes no han concurrido al proceso con una propuesta de convenio regulador, como señala el artículo 92 CC, pidiendo el ejercicio compartido de la guarda y custodia ni han llegado a tal acuerdo una vez comenzado el procedimiento.

D recurre en casación, alegando la infracción de los artículos 90 y 92 CC, en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño, el artículo 39 CE y el artículo 2 de la LO 11/1996, de protección del menor. El Tribunal Supremo, tras recoger la amplia jurisprudencia en esta materia, desestima el recurso, por entender que lo más conveniente para la menor es mantener la situación actual, esto es, la guarda y custodia de la madre.

NOTA.—Sobre el interés del menor como criterio determinante para fijar la modalidad de guarda y custodia, *vid.* las SSTS de 8 de octubre de 2009, 10 de octubre de 2010, 11 de febrero de 2011 y 22 de julio de 2011. Respecto a la prevalencia del interés del menor sobre el principio de igualdad de derechos entre los cónyuges, *vid.* las SSTS de 21 de julio de 2011, 27 de julio de 2011 y 27 de septiembre de 2011, entre otras. (S. L. M.)

20. Relaciones paterno-filiales. Modificación de medidas acordadas por tribunal extranjero. Cambio de residencia de la madre custodia con traslado del menor: Su legalidad no puede ser objeto del recurso de casación por no constituir la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida. El traslado del menor, al no afectar a su interés superior, no autoriza la modificación de la medida de guarda y custodia a favor del padre.—El ámbito del recurso de casación se limita a los argumentos empleados por la sentencia recurrida para resolver las cuestiones objeto de debate que constituyan *ratio decidendi*, por lo que quedan al margen los argumentos *obiter, a mayor abundamiento o de refuerzo* (SSTS de 22 de junio de 2010 y 7 de junio de 2011). En consecuencia, no puede ser objeto del recurso la legalidad del traslado del menor con fundamento en una pretendida vulneración del orden público (art. 12.3 CC) por parte del Derecho suizo (art. 298 del CC suizo) que atribuía exclusivamente a la madre soltera la patria potestad, toda vez que la sentencia recurrida no abordó esta cuestión ni ha sido objeto de los escritos retores de las partes. A mayor abundamiento, el artículo 12 del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores,

hecho en la Haya el 25 de octubre de 1980, permite valorar la integración del menor en el nuevo lugar de residencia, y rechazar su devolución cuando ha transcurrido más de un año desde su sustracción, con independencia de las causas y responsables de su no restitución (STC de 1 de febrero de 2016).

Cuando se enjuicia la procedencia del cambio de residencia del menor, lo importante no es si cabe limitar la libertad del cónyuge custodio a elegir su lugar de residencia, sino los efectos de tal traslado sobre el interés del menor. La modificación de residencia del progenitor custodio, con traslado del menor, puede conllevar la atribución de la guarda y custodia al otro progenitor si la alteración del entorno social y parental afecta a los intereses del menor provocándole problemas de adaptación (STS de 26 de octubre de 2012). Por el contrario, en aplicación del principio de protección del interés del menor, no procede el cambio de custodia y el retorno del menor a su residencia inicial cuando suponga alterar sus costumbres, escolarización e idioma, tomando en cuenta el tiempo de permanencia en el nuevo lugar de residencia. Y el derecho del menor a relacionarse con el progenitor no custodio se salvaguarda con el correspondiente régimen de visitas. Por ello, no existe vulneración de los arts. 92 y 103 CC en relación con el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, al haberse aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor (**STS de 18 de enero de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Un nacional francés, progenitor de un menor nacido en Suiza en 2009 fruto de una unión extramatrimonial con una mujer de nacionalidad española y suiza, interpone demanda de modificación de medidas acordadas en 2010 en tal país, con la pretensión principal de que se le atribuyera la guarda y custodia del menor y, subsidiariamente, para el supuesto de que se concediera a la progenitora, la fijación de un régimen de visitas. La pretensión principal se fundamentó en que la progenitora custodia trasladó su residencia de Suiza a Alicante en 2013, lo que supone una alteración sustancial de las circunstancias que dieron lugar a las medidas acordadas en aquel país. Particularmente, argumenta que el traslado fue decidido unilateralmente por la madre, lo que vulnera los derechos fundamentales y la legislación nacional del menor (arts. 371-4 y 372-2 del Código civil francés) que le otorga el derecho a relacionarse con sus ascendientes, y le ha provocado un notable cambio en su vida y privado de contacto con su familia paterna. La progenitora se opuso a la demanda y solicitó el mantenimiento de la guarda y custodia individual acordada en Suiza con la fijación de un régimen de visitas a favor del padre. Argumenta que el traslado fue informado al progenitor y motivado por la pérdida de su empleo en Suiza, y que le corresponde la elección del lugar de residencia del menor en virtud del artículo 298 del CC suizo que le atribuía exclusivamente la patria potestad al no haber contraído matrimonio. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda no autorizando el traslado de residencia habitual del menor a Alicante, debiendo regresar a Suiza con mantenimiento de la custodia materna y un régimen de visitas paterno; y en caso de que la madre continuara residiendo en España, atribuye la guarda y custodia al progenitor con un régimen de visitas a favor de la madre. La sentencia consi-

dera inaplicable el Derecho suizo por vulnerar el orden público (art. 12.3 CC) la atribución exclusiva de la patria potestad a la madre soltera. Estima injustificado el traslado del menor porque la progenitora nunca había residido en Alicante, donde no trabaja, y sus padres residían en Suiza desde hace quince años. Se formula recurso de apelación por la progenitora, y la Audiencia Provincial con estimación parcial, deja sin efecto la no autorización de traslado de residencia del menor y otorga la custodia a la recurrente. A pesar de que el actor no cuestionó la legalidad del traslado, la Audiencia Provincial resuelve que no requería autorización judicial por considerarse aplicable la legislación suiza al momento en que la progenitora tomó tal decisión. Para decidir sobre la modificación de medidas solicitada, aplica la legislación española con la consecuente atribución de la patria potestad compartida, y considera justificado el traslado del menor a España porque la progenitora no trabaja involuntariamente y el nivel medio de vida no es comparable con el de Suiza. Por otro lado, se observa perjudicial para el interés del menor el cambio de custodia solicitado, debido al grado de apego del menor a la madre y el limitado contacto que ha tenido con el progenitor al tener lugar la separación a los pocos meses de su nacimiento, así como su falta de arraigo en Suiza, su escolarización en España desde años y la inexistencia de otro pariente paterno en tal país. El padre interpone recurso de casación. Alega que la sentencia impugnada infringe el artículo 12.3 CC al aplicar la legislación suiza que se reputa contraria al orden público español por vulnerar el interés del menor la atribución exclusiva de la patria potestad a la madre. Como segundo motivo esgrime infracción de los artículos 92 y 103 CC, en relación con el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, por incorrecta aplicación del principio de protección del interés del menor. La madre se opone al recurso alegando que la Audiencia Provincial no ha aplicado el Derecho suizo sino la legislación española, y que ha realizado una correcta valoración del interés superior del menor, en lo que coincide el informe del Ministerio Fiscal. Se desestima el recurso de casación.

NOTA.— El Código civil suizo ha sido reformado en 2013 introduciéndose el artículo 298b A^{quater} que regula la obtención de la patria potestad conjunta de los hijos de madre no casada con el padre. (F. S. N.)

21. Divorcio: Alimentos respecto de los hijos: Artículo 93.2 CC.—

Son hechos relevantes que D.^a Candelaria formuló demanda de disolución de matrimonio por divorcio contra don Apolonio, en la que, entre otras medidas, se interesaba la adopción de pensión alimenticia a favor de los dos hijos en común, mayores de edad, mediante ingresos en la cuenta corriente de cada uno de ellos hasta que tengan suficiencia financiera. Ambos hijos están realizando estudios universitarios en el extranjero, lugar en que se encuentran las cuentas corrientes en las que se habrán de hacer los ingresos. El Juzgado de Primera Instancia desestimó esta medida, argumentando que, pese a constar la convivencia de los hijos en el domicilio familiar y la necesidad de éstos de percibir una pensión de alimentos, es lo cierto que no ha quedado acreditado en debida forma la voluntad de los hijos de autorizar a uno de sus progenito-

res para que solicite una pensión de alimentos para ellos. D.^a Candelaria interpuso recurso de apelación del que conoció la sec. 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 12 de noviembre de 2014 desestimatoria del recurso.

El Tribunal de Apelación, al motivar sobre la medida que es de interés al recurso, hace una exposición de los hechos que considera probados, a saber:

(i) Situación económica de las partes.

(ii) El régimen económico matrimonial es el de la sociedad de gananciales. La vivienda que ha sido familiar figura en el Registro de la Propiedad a nombre de ambos cónyuges. La actora dejó el domicilio conyugal, presentó la demanda de divorcio días después y arrendó una vivienda, por la que dice pagar 2500 euros, que es propiedad de la sociedad Euro centro de la que la propia parte es socia y habría sido adquirida días antes de su ocupación.

(iii) Los hijos Edelmiro y Gabino declaran sus bienes en propiedad y los rendimientos que obtienen en Inglaterra. Abonaron tasas en la Universidad de Cambridge en el primer semestre de 2011 por un importe de 8.583 euros y 8.798 euros, respectivamente. Tienen una vivienda en propiedad con sus padres, ostentando cada hijo el 25% de su titularidad, que se halla arrendada, y cuya renta se aplica para hacer frente a las necesidades de los hijos, según ella y así lo reconoció el padre en la vista.

La sentencia con cita de jurisprudencia de la Sala, en interpretación del artículo 93.2 CC, reconoce que los padres pueden pedir alimentos para los hijos que convivan con ellos, pese a su mayoría de edad, si los precisan, sin necesidad de que sean los hijos los que acudan a otro proceso declarativo independiente. No sería inconveniente el hecho de que estuvieran en el extranjero, si después continúan la convivencia con uno de los progenitores. Añade que tal pretensión, en el marco de los procesos de familia, supone no sólo que quien lo reclama se encuentre autorizado por los hijos para ello, sino también que sea quien los perciba y administre, sin perjuicio de los acuerdos a los que puedan llegar con los hijos en la realidad cotidiana.

Sin embargo, en el presente caso la actora insiste en que se fije una pensión alimenticia para los hijos mayores, con la cantidad que debería abonar cada uno de los progenitores, y que se ingrese en la cuenta de la que son titulares los hijos, sin que sea la madre quien los administre, y por tanto sin que sea ella quien los pueda reclamar si existiese algún incumplimiento. Concluye el Tribunal de Apelación y de ahí que le niegue legitimación a la madre, que lo que pretende, y así consta en sus solicitudes, no es la legitimación en los procedimientos de familia del artículo 93.2 CC, después de la reforma, sino ejercer la acción de petición de alimentos para hijos mayores, lo que no se considera posible dentro del marco del proceso de divorcio. No procede, pues, que sea en el marco de este procedimiento donde se insten alimentos para los hijos, y que sean éstos quienes los administren, sin perjuicio del derecho que le asiste a los hijos de solicitar alimentos a ambos progenitores.

D.^a Candelaria interpuso recurso de casación, por interés casacional, al amparo del artículo 481 LEC, en relación con el artículo 477.2.3 de la misma ley adjetiva. Se basa en que el artículo 93.2 CC tiene como presupuesto de hecho un fenómeno social consistente en la permanencia en el hogar de los hijos mayores de edad o emancipados que, por razón de estudios o por la generalizada situación de paro juvenil, han de vivir a cargo de sus progenitores, y que en el supuesto enjuiciado concurrían todos y cada uno de los requi-

sitos (convivencia, mayoría de edad, carencia de ingresos propios o suficientes), para legitimar activamente al progenitor para demandar del otro su contribución a esos alimentos de los hijos comunes, que aunque mayores se encuentran necesitados de tal auxilio económico por una carencia de ingresos. La Sala de Apelación habría realizado una interpretación reduccionista y restrictiva de la legitimación de la madre para solicitar los alimentos de sus hijos, desvirtuando la finalidad y el espíritu de la norma, ocasionando la esterilidad del precepto y contradicciones intrasistemáticas de naturaleza procesal. Cita como infringidas las SSTs de 24 de abril, y 30 de diciembre de 2000, y 12 de julio de 2014.

Interpretación del artículo 93.2 CC después de la reforma de 1990.—

La Ley 11/1990, de 15 octubre, añadió el párrafo 2.º del artículo 93 CC, incorporando que se permitiese fijar los alimentos de los hijos mayores de edad en la propia sentencia que resuelve el proceso de nulidad, separación o divorcio, estableciendo que «si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios el juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código». La doctrina ofreció varias razones para justificar esta previsión normativa. Ya por economía procesal, para evitar otro proceso, este de alimentos a instancia de los hijos. Ya para evitar que éstos tuvieran que enfrentarse con los padres o con alguno de ellos. En cualquier caso daba respuesta a una necesidad social acuciante, que era proteger al hijo que, aun siendo mayor de edad, no era independiente económicamente y habría de convivir con alguno de sus progenitores.

Este párrafo del artículo 93 CC ha dado lugar a cuestiones muy controvertidas, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. La que es relevante a efectos del recurso, y de otra parte la más cuestionada, es la relativa a la legitimación del progenitor que reclama alimentos en el proceso matrimonial a favor del hijo que convive con él. Se ha cuestionado si se trata de una legitimación directa o indirecta, y si fuese esta última si es legitimación por sustitución o legitimación representativa. Asimismo han existido corrientes doctrinales y jurisprudenciales que han buscado justificación a la legitimación. Destacan las que la basan en las cargas del matrimonio o las que creen que existe un derecho de reembolso del progenitor conviviente.

El origen del problema se encuentra en que el artículo 93.2 CC establece como requisitos para su aplicación los siguientes: (i) que los hijos mayores carezcan de ingresos propios, lo que se interpreta por doctrina y jurisprudencia en sentido amplio, esto es, no como una falta total de ellos sino que sean insuficientes; (ii) que los hijos mayores convivan en el domicilio familiar, lo que también ha merecido una interpretación extensa. El primer requisito no hace más que reconocer el derecho de alimentos de los hijos mayores en virtud del artículo 143 CC, siendo ellos los necesitados. El segundo requisito, que es la novedad, justifica el nuevo cauce procesal para reclamar los alimentos de los hijos mayores, en concreto que se fijen en el proceso matrimonial. Tiene el precepto la laguna de no concretar, dentro del proceso matrimonial la legitimación para reclamarlos. Se echa en falta la existencia de una norma, como sucede en otros ordenamientos, que expresamente conceda legitimación al progenitor conviviente con el hijo mayor de edad para solicitar la contribución del otro en el sostenimiento del hijo. Así aparece en el artículo 295 CC francés, tras la reforma del 11 junio de 1975, al disponer: «El padre que asuma a título principal la carga de los hijos mayores de edad que no pudieran por ellos mismos satisfacer sus necesidades, podrá solicitar a su

cónyuge que le haga una aportación a su mantención y educación». En el mismo sentido lo dispone el artículo 155 CC italiano, y dentro de España el artículo 233-4 CC catalán, al disponer que la autoridad judicial, «a instancia del cónyuge con quien los hijos convivan», pueden acordar alimentos para los hijos mayores de edad emancipados teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 237-2. Prevé una legitimación directa del progenitor conviviente.

A consecuencia de la citada laguna ha tenido que ser la jurisprudencia la que haya tenido que decidir la cuestión, y así lo hace la sentencia 411/2000 de 24 de abril, ampliamente comentada por la doctrina científica y citada en todos los recursos sobre la materia. En el presente litigio la cita tanto el recurrente como la recurrida. En ella se declara la exclusiva legitimidad del progenitor conviviente en lo que se refiere a los alimentos del hijo mayor de edad, pero naturalmente siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el precepto tal como se interpretan jurisprudencialmente. Por tanto, esta sentencia de 24 de abril de 2000, seguida por la de 12 de julio de 2014, han supuesto un cambio del estado de la cuestión al dejar claro que la legitimación la tiene el progenitor que convive con el hijo mayor, que es lo ahora relevante, sin entrar en opiniones doctrinales todas dignas de consideración.

La sentencia de 24 de abril de 2000 afirma lo siguiente:

«La sentencia recurrida funda su pronunciamiento en una interpretación apegada al texto literal del artículo 93, párrafo 2.º CC, en su remisión a los artículos 142 ss. CC, unido a los efectos extintivos que respecto de la representación legal de los hijos por sus padres, tiene la llegada de los primeros a mayoría de edad. Como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de interposición del recurso, que la remisión a los artículos 142 ss. (excesivamente amplia si se entiende hecha a todos ellos) ha de entenderse hecha a los preceptos que regulan el contenido de la prestación alimenticia, por cuanto los supuestos en que procede acordar e imponer esa obligación en la sentencia que recaiga en los procesos matrimoniales, se establecen en el propio artículo 9.3 párrafo 2.º (convivencia, mayoría de edad y carencia de ingresos propios), sin que, por otra parte en este precepto se establezca norma alguna que modifique la legitimación para ejercitar las acciones de separación, divorcio o nulidad de matrimonio que se reconoce únicamente a los cónyuges, (a salvo la legitimación que en determinados supuestos se reconoce al Ministerio Fiscal y a los terceros interesados para ejercitar la acción de nulidad), únicos que pueden promover esta clase de procesos ejercitando aquellas acciones principales así como las accesorias relativas a los llamados ‘efectos civiles’, entre los cuales se encuentra la petición de alimentos para los hijos mayores por el progenitor con quien éstos conviven frente al otro en quien no se da esa situación de convivencia».

«Del artículo 93.2 CC emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitado de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos, por consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección,

a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el artículo 93, párrafo 2.º CC de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran. De todo lo expuesto se concluye que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el artículo 93, párrafo 2.º CC, se haya legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquéllos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores».

Si se aplica la doctrina fijada por esta sentencia al caso enjuiciado el motivo no puede prosperar, ya que la sentencia recurrida no la contradice. Apréciase que el hecho de que se decida en el proceso matrimonial sobre los alimentos de los hijos mayores se fundamenta no en el derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, que es indudable, sino «a la situación de convivencia en que se hayan respecto a uno de sus progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término». Pero este tipo de convivencia no se da en el supuesto que se analiza. Los hijos residen en Inglaterra por motivos de formación, y ello no sería suficiente para negar la convivencia entendida en sentido amplio, pero sí lo será el que ellos gozan de autonomía en la dirección y organización de sus vidas. Son cotitulares, junto a sus padres, de un inmueble que se encuentra arrendado y con la renta que obtienen, en parte propia y en parte como alimentos de sus padres, sufragan sus necesidades, o algunas, ingresándose en cuentas corrientes propias, abiertas en una entidad sita en el Reino Unido. A ello se une, y es relevante y definitivo, que lo pretendido por la recurrente es que se fijen alimentos a favor de los hijos mayores a ingresar cada progenitor en las respectivas cuentas corrientes de ellos. Lo anterior no se compadece con una situación de convivencia familiar monoparental en la que la función de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor conviviente que sufraga alimentos. Sería tal circunstancia la que ampararía que se fijase en el proceso matrimonial alimentos a favor de los hijos mayores de edad. Por el contrario, lo aquí pretendido se encuentra más en sintonía con una demanda con fundamento, a efectos de legitimación, en la representación voluntaria. Y en ese caso no será de aplicación el artículo 93.2 CC. (**STS de 7 de marzo de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrera Ruiz.] (*G. G. C.*)

22. Requisitos para la obtención de la compensación por contribución al sostenimiento de las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes.—El reconocimiento del derecho a obtener la compensación por el cónyuge dedicado en exclusiva al sostenimiento de las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes (art. 1438 CC) exige que su dedicación al hogar y a los cuidados haya sido exclusiva, no excluyente. De este modo, no cabe reconocer el derecho cuando se han compatibilizado los cuidados con el trabajo fuera del hogar; lo que

no significa que quepa rechazar la compensación si –siendo exclusiva la dedicación– el otro cónyuge ha colaborado puntualmente a dichos cuidados.

De otro lado, el reconocimiento de la compensación no exige (i) que se haya producido un enriquecimiento del deudor de la compensación por trabajo doméstico (con un correlativo empobrecimiento del cónyuge con dedicación exclusiva); ni (ii) que haya existido una imposibilidad manifiesta y probada para trabajar fuera de casa por parte de quien solicita la compensación. (STS de 14 de marzo de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.–La actora, Dña. María, interpuso demanda de divorcio contra D. José. De acuerdo con la demanda, y en particular con su suplico, Dña. María solicitaba, entre otras pretensiones, la condena a D. José a abonarle 151.200 euros en concepto de compensación por los veintiún años de dedicación a la familia y el enriquecimiento injustificado que el trabajo doméstico generó al demandado. En la contestación a la demanda, D. José alegó no haber lugar al reconocimiento de dicha compensación por el trabajo mutuo de ambos para la casa. El Juzgado de Violencia sobre la Mujer desestimó esta concreta pretensión de la demanda. Ante ello, Dña. María interpuso recurso de apelación que fue también desestimado en lo que a este particular se refiere. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga (i) consideró el demandado no se había enriquecido como consecuencia de la dedicación en exclusiva, y (ii) «no entendía que la esposa hubiese dejado su trabajo como patronista de moda infantil, como imposición del esposo al contraer matrimonio», ni tampoco comprendía que la demandante no hubiese intentado volver desplegar actividad profesional, al menos, desde que los dos hijos comunes adquirieron «cierta autonomía personal (entre los 11 y 12 años)». (A. I. R. A.)

23. Régimen económico de separación de Bienes: Liquidación por divorcio: Evolución jurisprudencial de la interpretación del artículo 1438 CC.–El recurso de casación trae causa de la demanda de divorcio promovida por la esposa frente a su marido, con el que compartía un régimen económico matrimonial de separación de bienes y en la que se pretendía, entre otras pretensiones, una composición económica del artículo 1438 CC. Alegaba haber contribuido durante el matrimonio con su trabajo profesional a la generación del patrimonio del esposo y haberse dedicado al cuidado y mantenimiento del hogar familiar y de los tres hijos en común, Ezequiel (nacido en 2002), Leoncio (nacido en 2003) y Tomasa (nacida en 2007). La menor con minusvalía del 97% y el mayor del 37%.

En defensa de dicha pretensión alegaba que mientras ella tenía el mismo patrimonio que al contraer matrimonio, el esposo había doblado su patrimonio inicial además de haber constituido una mercantil con capital social superior al medio millón de euros, regentar un negocio de lotería y estanco y disponer de fondos de inversión, acciones y activos financieros sin precisar su importe. Que dejó de trabajar por cuenta ajena cuando nació la tercera hija con una severa minusvalía, periodo en el que empezó a trabajar en el negocio regentado por su esposo.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Albacete estimó parcialmente la demanda ejercitada, pero desestimó la pretensión compensatoria efectuada al amparo del artículo 1438 CC. Considera la Magistrada que el matrimonio duró 14 años, la mujer había trabajado durante el matrimonio por cuenta ajena y, tras el nacimiento del tercero de los hijos, en el negocio titularidad del esposo con un salario de 600 euros. Con remisión a la jurisprudencia de la Sala 1.^a (en particular la STS de 14 julio 2011) declara: «La esposa no ha contribuido sólo y exclusivamente con el trabajo realizado para la casa pues reconoce que desde joven trabajó por cuenta ajena hasta el nacimiento del segundo hijo y también lo ha hecho en el negocio de titularidad l esposo tras el nacimiento del tercer hijo, por lo que el trabajo para la casa no le impidió trabajar durante el matrimonio».

En el recurso de apelación formulado por la esposa, en el que se impugna la desestimación de la pretensión ejercitada al amparo del artículo 1438 CC, alega que trabajó desde 2007 como ‘falsa autónoma’ en el negocio del marido, mientras que éste en ese tiempo dobló su patrimonio con la adquisición de hasta cinco fincas urbanas. Añade en el escrito del recurso de apelación: «Es evidente por tanto que el cuidado del hogar con tres hijos ha impedido a la esposa desarrollar su vida profesional y por el contrario al liberar al esposo de esa carga éste ha doblado su patrimonio. Consideramos en consecuencia que la escasa actividad laboral desarrollada por la esposa no es de suficiente entidad o importancia para excluir la aplicación del artículo 1438 CC, cuya literal aplicación del término ‘sólo’ conllevaría un perjuicio injusto, siendo más acorde con el artículo 3.1 CC atender a las circunstancias sociales y habida cuenta la escasa actividad e importancia del trabajo desarrollado por la esposa fuera del hogar, era procedente la compensación solicitada».

La sec. 1.^a de la Audiencia Provincial de Albacete estimó el recurso formulado por la esposa, en lo relativo a la compensación del artículo 1438 CC, al considerar que ésta había trabajado y compatibilizado las labores del hogar hasta el año 2005, y desde el año 2007 figuraba como autónoma en el negocio familiar pues: «... valorando que la esposa ha trabajado y compatibilizado las labores del hogar hasta 2005, plenamente desde 2005 hasta el 2007 y parcialmente desde 2007 aunque haya figurado como autónoma en el negocio familiar resulta obvio que con el trabajo en el hogar ha contribuido a las cargas del matrimonio, se calcula ponderadamente durante aproximadamente 7 años y medio dado que la dedicación durante varios periodos era parcial en función de las circunstancias concurrentes (aproximadamente 90 meses a razón de una compensación de 300 euros mensuales), procediendo fijar dicha indemnización en la suma total de 27.000 euros».

El marido formula recurso de casación fundado en un único motivo, por infracción del artículo 1438 CC, alegando como infringida la doctrina contenida en las sentencias e esta Sala de 14 de julio de 2011, 1 de octubre de 2014 y 26 de marzo de 2015. Entiende la parte recurrente que la sentencia recurrida infringiría la jurisprudencia de la Sala al haber concedido la indemnización contemplada en el artículo 1438 CC cuando la esposa no ha contribuido ‘sólo’ con el trabajo para la casa sino que, además, trabajaba fuera de ella, lo que resultaría incompatible con el derecho a obtener la citada compensación económica.

La cuestión relativa a la eventual asimilación de la contribución a las cargas familiares realizada por uno de los cónyuges con el trabajo en la actividad profesional del otro, bien por la vía de la interpretación extensiva de la expresión ‘trabajo para la casa’, o por la aplicación analógica del precepto

por apreciarse la existencia de identidad de razón entre los dos supuestos examinados, ha merecido un vivo debate doctrinal, defendiendo autores significados la aplicación analógica del precepto pues «no siempre habrá de calificarse de prestación puramente gratuita o expresión de la mutua ayuda debida entre los cónyuges. En el ámbito autonómico, el ordenamiento civil catalán (art. 232-5.2 CC catalán) ha venido a similar expresamente el trabajo de un cónyuge para el otro, al régimen de la compensación del trabajo para la casa, si bien partiendo de que en Cataluña el régimen legal es el de separación de bienes que es su régimen primario.

Doctrina jurisprudencial de la Sala hasta la fecha sobre el artículo 1438 CC.—A partir de la STS de 14 julio de 2011 esta Sala fijó la siguiente doctrina: *El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.*

Y ante las posibles dudas interpretativas que esta doctrina podía haber suscitado en la decisión de algunas Audiencias Provinciales, señaló en las SSTS de 26 de marzo, y 15 de noviembre de 2015: *Por un lado ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen (STS 14 de julio de 2011).*

La STS de 11 de diciembre de 2015 señala a su vez que se trata de una norma de liquidación del régimen económico 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.

Naturaleza jurídica de la compensación establecida en el artículo 1438 CC.—Es preciso distinguirla de la pensión compensatoria establecida en el artículo 97 CC, mediante la cual se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios la ‘dedicación pasada y futura a la familia’. Se puede acordar cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, analizándose el desequilibrio presente y futuro. Se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia, pero también valorando la dedicación futura a los hijos, en su caso, para apreciar la posible existencia de desequilibrio económico.

Por otro lado, la compensación del artículo 1438 CC tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de

las cargas familiares. Sólo puede acordarse en régimen de separación de bienes y se analiza la situación existente durante el matrimonio y hasta el momento de la extinción del régimen de separación de bienes, para determinar el valor del trabajo en el hogar. No se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, ni a la situación de desequilibrio, sino solo en función de la pasada dedicación a la familia, vigente el régimen de separación y hasta la extinción del mismo.

Interpretación del artículo 1438 CC: «Trabajo para la casa».—Cuando se introduce el último apartado del artículo 1438 CC se hace bajo la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, que plasma el principio de igualdad constitucional (art. 14 CE), y ello para evitar cualquier desequilibrio relacional en el sistema matrimonial. La regla sobre compensación de dicho precepto, pudo responder en su origen al presupuesto de quien solo se había dedicado al hogar y no había realizado ninguna suerte de actividad remunerada. En la realidad social actual (art. 3.1 CC), más allá de aquella inspiración, parece oportuno atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa, pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera, por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se contabiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y la familia.

En el presente caso, es relevante que la esposa trabajó en la casa y, además, en el negocio familiar con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido. Por tanto, esta Sala debe declarar que *la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión ‘trabajo para la casa’ contenida en el artículo 1438 CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar.*

Con este pronunciamiento, se adapta la jurisprudencia de esta Sala, recogida, entre otras, en STS 534/2011 y 135/2015, al presente supuesto en el que la esposa no sólo trabajaba en el hogar sino que además trabajaba en el negocio familiar (del que era titular su suegra) con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido, criterio que ya se anticipaba en sentencia 136/2017, de 28 de febrero que atiende para denegar el derecho a la compensación económica citada a que la realización de un trabajo fuera del hogar se haya realizando ‘por cuenta ajena’.

Sentado lo anterior, la Audiencia Provincial realiza una valoración razonable al tener en cuenta, a efectos de la compensación que reconoce, tanto los periodos en los que la esposa ha contribuido a las cargas familiares con el trabajo para la casa de forma plena, como aquellos en los que ha trabajado en el negocio familiar y que pondera en atención a que su dedicación durante estos periodos era parcial en atención a las circunstancias concurrentes, cuales eran un trabajo con horario reducido en el negocio familiar, unas cargas domésticas notables y un alta en la Seguridad Social como autónoma. (STS de 26 de abril de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

NOTA.—Parece que esta sentencia del Pleno de la Sala 1.^a viene a consagrar de modo definitivo el viraje jurisprudencial sobre la interpretación y aplicación del artículo 1438 CC. La jurisprudencia anterior se ha recogido puntualmente en esta sección (a veces con breves anotaciones mías). Así STS de 16 marzo 2015, en *ADC*, 2016, p. 1183; STS de 14 abril 2015, en *ADC*, 2016, p. 1184; STS 25 noviembre 2015, *ADC*, 2017, p. 933; STS de 5 mayo 2016, *ADC*, 2017, p. 1835 (por error se cita el art. 1439). Hace falta, si duda, que tal nueva exégesis se difunda también en aquellas Audiencias Provinciales, reacias a adoptarlas anteriormente. (*G. G. C.*)

24. Reclamación de filiación paterna no matrimonial: Negativa a someterse a pruebas biológicas: Falta de prueba de relaciones sexuales durante el periodo de gestación.—Doña Paulina formuló demanda de determinación de la filiación paterna no matrimonial contra don Inocencio, afirmando que el demandado es el padre de su hijo menor Julián, fruto de una relación sentimental que mantuvieron durante más de un año. El demandado se opuso, alegando que nunca mantuvo con la actora relación sentimental ni sexual y que la única relación fue de amistad. La sentencia de primera instancia, tras exponer la doctrina jurisprudencial acerca del valor de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, desestima la demanda. Al motivar su decisión parte, como hecho no controvertido, de que ambos se conocían, pero sí resulta discutido que mantuvieran una relación sentimental y que fruto de la misma naciese el hijo. A pesar de la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica, desestima la demanda. Parte como hecho no controvertido, de que ambos se conocían, pero sí resulta discutido que mantuvieran una relación sentimental y que fruto de la misma naciese el hijo. A pesar de la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad, concluye que no existe indicio alguno de la relación carnal de demandante y demandado en la fecha en que debió ser concebido el hijo menor de la actora. La documental aportada por ésta no acredita tal circunstancia, pues la denuncia de violencia de género que ella formuló contra el demandado fue el 26 de abril de 2009 y el último ingreso económico que le hizo éste data del 1 de abril de 2009. El menor nació a fines de mayo de 2010, por lo que a la fecha de la concepción no existe prueba de que las partes mantuviesen relaciones sentimentales. Doña Paulina interpuso apelación ante la sec. 6.^a de la Audiencia Provincial de Alicante que dictó sentencia el 9 de marzo de 2016, desestimándola. Razona con citas jurisprudenciales que la negativa a la prueba biológica no constituye una *ficta confessio*, pero sí indicio cualificado si va acompañada de otros indicios reveladores de la existencia de relaciones íntimas entre los padres al tiempo de la concepción o que permitan formar una convicción razonable de la existencia de las mismas. Tras valorar la documental aportada por la actora, no aprecia indicios que, unidos a la citada negativa puedan llevar a concluir que el menor sea hijo del demandado: (i) Al tiempo de la concepción, que sería agosto-septiembre de 2009, pues nació a finales de mayo de 2010, la documental no evidencia que existiese relación de algún tipo entre los litigantes; (ii) hubo una relación hasta abril de 2009, con independencia de su naturaleza, no constando con posterioridad a dicha fecha indicio alguno de la existencia o mantenimiento de relación alguna entre los litigantes; (iii) incumbía a la parte demandante aportar un principio de prueba suficiente de la paternidad que se reclama y ese principio de prue-

ba o indicio no se ha acreditado; y (iv) no examina la prueba practicada a instancia del demandado, pues no incumbía a éste acreditar la existencia de relaciones al tiempo de la concepción del menor, que pudiesen determinar su paternidad. En la apelación no se reprodujo solicitud de prueba biológica.

Doña Paulina interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 Lec indicando como norma infringida el artículo 767.4 Lec en relación con los artículos. 216, 217 y 218 Lec, sobre la disponibilidad y facilidad probatoria, e infracción del artículo 14 CE en relación con el artículo 39 CE, en cuanto consagra la prevalencia del interés del menor, con vulneración de las SSTS de 1 de marzo de 2003, 26 de noviembre de 2004, 27 de febrero de 2007 y 11 de abril de 2012, en cuya virtud la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad sin la presencia de causa justificada, es un indicio especialmente valioso o significativo, que en unión a otras pruebas permiten declarar la paternidad del demandado obstructivista. Alega que el demandado no ha aportado prueba alguna que demuestre su versión.

Doctrina jurisprudencial.—El supuesto que se enjuicia es similar, en esencia, al decidido por esta Sala en la sentencia 18/2017, de 17 de enero. El demandado se niega a la práctica de la prueba biológica de paternidad, y tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación desestima la demanda, por considerar que no existen pruebas que, unidas a la negativa, apoyen la determinación de la reclamada paternidad del litigante demandado. La sentencia no acoge ni se pronuncia sobre los hechos que alega el demandado, pues pone el acento en si existe o no prueba de que, a la fecha de la concepción del menor, los litigantes tuviesen relaciones. Alcanza la conclusión de no ser así y, por ende, de ser ella quien tenía la carga de probar o presentar un principio de prueba sobre tal circunstancia. Difícilmente puede el demandado soportar la carga de un hecho negativo. En consecuencia todo se reduce al valor que se debe dar a la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, en relación con los hechos declarados probados.

Ambas sentencias citan correctamente la doctrina de esta Sala, recordada en la sentencia 229/2015, de 28 de mayo, en los siguientes términos: *Como recoge la STS de 11 de abril de 2012: Es doctrina consolidada que la negativa al sometimiento a la prueba biológica no puede ser considerada como una 'ficta confessio' sino que tiene la condición de un indicio probatorio que, unido a otras pruebas obrantes en el proceso, debe ser ponderado por el juzgador a los efectos de atribuir la paternidad reclamada (STC 14 de febrero de 2005 y 27 de febrero de 2007, entre otras). Por lo tanto, hay que examinar cuáles son las razones de la decisión y las pruebas que se han aportado, con las que debe ponderarse la negativa al sometimiento a dicha prueba.*

En este sentido la STS de 27 febrero de 2007, citada por la de 17 de junio de 2011, cita dos argumentos que sirven de referencia para inferir si la sentencia recurrida se ajusta o no a la doctrina del Tribunal Constitucional y a la de esta Sala. La sentencia en cuestión afirma que «el Tribunal Constitucional (STC de 14 febrero de 2005) acepta la doctrina de esta Sala con arreglo a la cual la negativa a la práctica de la prueba biológica de paternidad no puede interpretarse como una 'ficta confessio' del afectado, sino que tiene la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderada por el órgano judicial en relación con la base probatoria indiciaria existente en el procedimiento. Según esta doctrina, en efecto, dicha negativa no es base para integrar una 'ficta confessio', aunque representa o puede representar un indicio 'valioso' o 'muy cualificado' que, puesto en relación o conjugado con las

demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a que éstas en sí mismas y por sí solas no fueran suficientes para estimar probada una paternidad que por sí es de imposible prueba absoluta» y añade que «de este modo, la vinculación del afectado a la práctica de la prueba biológica no constituye propiamente un deber, sino, como varias veces hemos dicho (entre las más recientes, SSTS de 7 de diciembre de 2005 y 2 de febrero de 2006), una carga procesal, puesto que su incumplimiento no puede dar lugar a imponer su realización mediante medios coactivos, sino que únicamente determina que, en caso de ser injustificada la negativa, recaigan sobre la persona renuente las consecuencias de la falta de prueba, siempre que concurren los requisitos determinados por la doctrina constitucional y la jurisprudencia civil (la existencia de indicios suficientes para, conjuntamente con la consideración de dicha negativa como indicio muy cualificado, considerar determinada presuntivamente la paternidad reclamada).

Al calificarse la naturaleza de las pruebas que se han de valorar, junto a la negativa del demandado a la prueba biológica, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 17 de enero de 1994, reprochó que se exigiese a la demandante en el proceso, para dar relevancia a la negativa del demandado, la presentación de forma incontrovertible de otras pruebas no biológicas absolutamente definidas, pues «al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia contraria al derecho fundamental del artículo 24.1 CE, colocándola en una situación de indefensión».

La STC de 14 de febrero de 2005, con cita del ATC de 21 de noviembre de 2003, recoge que hemos rechazado que se pueda atribuir a la referida negativa «un carácter absoluto de prueba de paternidad, introduciéndose una carga ‘contra cives’ que no está autorizada normativamente», ni puede interpretarse dicha negativa como una ‘ficta confessio’ del afectado, sino la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderado por el órgano judicial en el contexto valorativo anteriormente expuesto, es decir, en relación con la base probatoria (indiciaria) existente en el procedimiento (STC de 31 de mayo de 1999).

Se concluye que la negativa a someterse a las pruebas biológicas no determinan en el procedimiento español una ‘ficta confessio’ y por ello el artículo 767.4 LEC dice que se permite la atribución de la paternidad y, de ahí, que no se le pueda reprochar que contradice la doctrina jurisprudencial, a salvo que actúe de forma ilógica o arbitraria al valorar los indicios venidos a autos. No merece tal calificación la valoración que el tribunal de apelación hace de la documental aportada por la actora. Reconoce que hubo una relación entre las partes hasta el mes de abril de 2009 y que hasta esa fecha el demandado ingresó dinero a la actora. Podría inferirse que si se hacían tales ingresos la relación era sentimental más que de amistad, pero también se puede inferir que si los ingresos dejan de hacerse a raíz de la denuncia en abril de 2009 fue porque, a causa de esta denuncia, la relación cesó. Por tanto, a la fecha de la concepción del menor, agosto o septiembre de 2009 la relación, cualquiera que fuese su naturaleza, no consta que existiese, y de ahí que la conclusión que alcanza la sentencia recurrida deba ser respetada. **(STS de 8 de marzo de 2017; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

NOTA.—Formalmente hablando el razonamiento de la sentencia extractada es correcta y la solución adecuada. Sociológicamente surgen algunas dudas. El demandado, de hecho, ha obviado la posibilidad de la aplicación de las pruebas biológicas en su contra. Si resulta cierto que estamos en una fase de revisión de la reforma de 1981, me parece que habría que modificar lo relativo a la prueba de la paternidad y maternidad. En cierto modo la doctrina jurisprudencial aplicada maneja una realidad fáctica, simple y transparente, que si era real en 1981, dista de serlo actualmente. Partiendo de que no ha desaparecido fácticamente el complejo de superioridad del varón cuando de relaciones sexuales se trata, al menos en un porcentaje apreciable, la sociología muestra que, con frecuencia, tales relaciones son zigzagueantes —no meramente rectilíneas—, y que la presentación de una denuncia penal por acoso por parte de la mujer puede cubrir de impunidad la actuación efectiva respecto al varón. Sugiero que en todo proceso de filiación sea obligatorio acompañar el certificado del ADN, con las salvedades razonables. Así pueden eliminarse, en esta clase de procesos, no pocas dudas. (G. G. C.)

25. Negativa a la prueba biológica en un proceso de reclamación de la filiación paterna.—La negativa al sometimiento a la prueba biológica no puede ser considerada como una *ficta confessio*, sino que tiene la condición de un indicio probatorio muy valioso y cualificado que, unido a otras pruebas obrantes en el proceso, debe ser ponderado por el juzgador a los efectos de atribuir la paternidad reclamada (art. 767.4 LEC). Por lo tanto, hay que examinar cuáles son las razones de la decisión y las pruebas que se han aportado, con las que debe ponderarse la negativa al sometimiento a dicha prueba. De este modo, la vinculación del afectado a la práctica de la prueba biológica no constituye propiamente un deber, sino una carga procesal, puesto que su incumplimiento no puede dar lugar a imponer su realización mediante medios coactivos, sino que únicamente determina que, en caso de ser injustificada la negativa, recaigan sobre la persona renuente las consecuencias de la falta de prueba, siempre que concurren los requisitos establecidos por la jurisprudencia (la existencia de indicios suficientes para, conjuntamente con la consideración de dicha negativa como indicio muy cualificado, considerar determinada presuntivamente la paternidad reclamada). (STS de 17 de enero de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Doña C presentó demanda sobre filiación contra don JF, por la que ejercitaba acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial, pretendiendo que se determine en sentencia la paternidad del demandado respecto de la menor O. El demandado se opuso a la pretensión y, además, se negó a la práctica de la prueba pericial biológica que se había acordado con carácter previo a la vista.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda, entendiendo que, a pesar de la negativa a la práctica de la prueba, del material probatorio no cabe concluir la existencia de indicios significativos de los que se pueda desprender la existencia de una relación de tipo sexual entre las partes. La demandante interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audien-

cia Provincial, al entender que la negativa a realizar la prueba biológica no puede ser tomada como una prueba concluyente si no viene avalada por otras pruebas que demuestren sin ningún género de dudas el hecho controvertido.

La actora interpuso recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 14, 24 y 39 CE y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la negativa injustificada a la realización de la prueba biológica en los procesos de filiación. Según el Alto Tribunal, de la prueba practicada se colige que no existe más indicio que la relación breve que mantuvieron las partes, presentadas por conocidos comunes, de no más de 15 días, en los que tomaron café unas cuantas veces y cenaron un día. La sentencia recurrida no incurre en error al valorar la prueba practicada. Lo que sí llama la atención al Tribunal Supremo es el tiempo transcurrido desde el nacimiento de la niña hasta la interposición de la demanda de reclamación de paternidad (ocho años), sin que la actora haya acreditado reclamación o gestión alguna con el demandado a los efectos ahora pretendidos. Termina desestimando el recurso planteado por la madre, al entender que la negativa del padre a someterse a las pruebas de paternidad estaba justificada, dada la prueba practicada.

Con todo, la sentencia contiene un voto particular emitido por el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. Considera el Magistrado que en los supuestos donde la pretensión del reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En estas hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica de reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación. La negativa en estos casos coloca a la contraparte en una situación contraria al artículo 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa. Por otro lado, considera el Magistrado que no hay ejercicio tardío del derecho, pues el artículo 133 CC establece que la acción puede ejercitarse durante toda la vida del hijo, sin que puedan establecerse diferencias en cuanto al ejercicio por la madre, a favor del hijo, o por el propio hijo.

NOTA.— El Tribunal Supremo ha declarado en varias ocasiones que la negativa a la práctica de la prueba biológica de paternidad no puede interpretarse como una confesión presunta del afectado. *Vid.*, en este sentido, las sentencias de 7 de diciembre de 2005, 2 de febrero de 2006, 27 de febrero de 2007, 17 de junio de 2011 y 11 de abril de 2012. Así también se ha expresado el Tribunal Constitucional en las sentencias de 17 de enero de 1994, 31 de mayo de 1999 y 14 de febrero de 2005. No lo ha entendido igual el Tribunal Constitucional en otras sentencias, donde ha destacado la indefensión que sufre la parte demandante ante la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas de paternidad. Así, por ejemplo, en

las sentencias de 7 de enero de 1994 y 23 de julio de 2007. Sobre el ejercicio tardío de la reclamación de la filiación, *vid.* la STS de 11 de marzo de 2003. (S. L. M.)

DERECHO MERCANTIL

26. Originalidad de un catálogo de productos desde el punto de vista de la propiedad intelectual.—Un de catálogo de productos, por el contenido de su información, difícilmente constituye una «creación original literaria, artística o científica» (art. 10.1 TRLPI), máxime si se pretende su protección en general respecto de la forma y configuración de los catálogos en cuanto al formato, estructura, selección y disposición de sus contenidos.

La protección *sui generis* de que gozan las bases de datos (art. 12 TRLPI) merced a un criterio especial de originalidad —que toma en cuenta la selección discrecional de las obras o la información que va a conformar el contenido de la base de datos, la asociación entre ellas su clasificación y su ordenación para su ulterior almacenamiento y recuperación, entre otros criterios— resulta también cuestionablemente aplicable a un catálogo. En cualquier caso, la originalidad de un catálogo, que justifica la protección frente a quien lo plagia, basada en el artículo 12 TRLPI no puede descansar sobre el uso de papel reciclado, pues no se refiere al criterio de selección o disposición de contenidos; tampoco puede hacerlo sobre la estructura interna del catálogo, su codificación visual o la inserción de tablas de cálculo.

Calificación como desleal de un acto objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe para impedir el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.—La cláusula del artículo 4.1 LCD no puede servir para sancionar como desleales conductas que deben ser confrontadas con alguno de los tipos específicos de la propia ley. Para incardinar en el artículo 4.1 LCD un supuesto caso de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno que no se encuentre protegido por un derecho de propiedad industrial o intelectual y que tampoco constituya un acto de competencia desleal (art. 11 LCP) debe justificarse la deslealtad, por el modo y forma en que se llega a estar en condiciones de aprovechar la prestación o resultado ajeno (STS núm. 395/2013, de 19 de junio). Por tanto, el acomodamiento del catálogo de una empresa al de un competidor no constituye, en sí, un acto de competencia desleal, si no se acredita la concurrencia de alguna circunstancia adicional que determine la deslealtad en la obtención del eventual beneficio derivado de dicho acomodamiento. (STS de 2 de febrero de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La sociedad A demandó a la sociedad B por considerar que esta última plagió su catálogo de productos, el cual entendía que constituía una obra susceptible de protección al amparo de los artículos 10.1 y 12 TRLPI. Asimismo, A alegó en su demanda que la conducta de B constituía un acto de competencia desleal incardinable en el artículo 5 (actual art. 4.1) LCD por contrariar la buena fe. En particular, denunció que se trataba de un acto constitutivo de aprovechamiento del esfuerzo ajeno y obstaculización.

La sentencia de primera instancia consideró que no existió plagio y, por ende, no había existido infracción de derechos de propie-

dad intelectual. Al mismo tiempo, rechazó la concurrencia de actos de competencia desleal.

Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso, pues entendió que se trataba el catálogo de una obra original de A, susceptible de protección tanto *ex* artículo 10.1, como *ex* artículo 12 TRLPI. Tras ello, comparó los catálogos de A y B para constatar la existencia de plagio. También consideró que el plagio constituía un aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

Frente a la sentencia de la Audiencia, B interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

27. Diseño Industrial. Usuario informado: Concepto.—Ante la ausencia de concepto legal, debe entenderse, conforme al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como un concepto intermedio entre el de consumidor medio, aplicable en materia de marcas, al que no se exige ningún conocimiento específico y que, por lo general, no realiza una comparación directa entre las marcas en pugna, y el de experto en el sector, con amplias competencias técnicas. De este modo, el concepto de «usuario informado» puede considerarse referido a un usuario que presenta no ya un grado medio de atención, sino un especial cuidado, ya sea debido a su experiencia personal, ya a su amplio conocimiento del sector de que se trate.

Diseño Industrial. Usuario informado: Precisión.—El usuario informado, a efectos de valorar la concurrencia del requisito de singularidad del diseño, está vinculado al sector industrial de que se trate, puesto que la experiencia personal o el amplio conocimiento de los diseños existentes en la categoría de productos en cuestión que caracterizan a un usuario como «informado» van necesariamente referidos a un determinado sector industrial. Sin embargo, dado que, en materia de dibujos o modelos, la persona que procede a la comparación es un usuario informado que se distingue del mero consumidor medio, no es erróneo tener en cuenta, en la evaluación de la impresión general de los dibujos o modelos en cuestión, los productos efectivamente comercializados que corresponden a esos dibujos o modelos.

Diseño Industrial. Usuario informado: Alcance.—El adjetivo «informado» sugiere que, sin ser un diseñador ni un experto técnico, el usuario conoce los diferentes dibujos o modelos existentes en el sector de que se trata, dispone de un determinado grado de conocimiento sobre los elementos que normalmente contienen esos dibujos o modelos y, debido a su interés por los productos de que se trata, presta un grado de atención relativamente elevado al utilizarlos.

Diseño Industrial. Libertad del autor: Alcance.—Son las limitaciones a la libertad del autor las que justifican que concurra el requisito de la singularidad en los diseños.

Competencia desleal. La imitación desleal de la prestación por riesgo de asociación: Principio general.—La regulación de la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales parte del principio de que la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre si no existe un derecho de exclusiva que los ampare. Solo si concurren determinadas circunstancias, entre las que se encuentra la idoneidad para generar asociación, la imitación es desleal, siempre que concurra el requisito de la inevitabilidad.

Competencia desleal. La imitación desleal de la prestación por riesgo de asociación: Alcance.—En la imitación desleal del artículo 11.2 de la

Ley de Competencia Desleal (LCD), lo imitado no es el signo distintivo (en un sentido muy amplio que incluye los elementos que son percibidos en el tráfico como forma de identificación o presentación de la prestación que remita a una procedencia empresarial determinada) sino la prestación misma. Cuando la deslealtad de la imitación radica en el riesgo de asociación, es necesario que la prestación en sí sea apta para evocar una determinada procedencia empresarial.

Competencia desleal. La imitación desleal de la prestación por riesgo de asociación: Requisito.—Es necesario que la prestación imitada goce de singularidad competitiva por poseer rasgos que la diferencien de las prestaciones habituales en ese sector del mercado, de modo que sus destinatarios puedan identificarla y reconocerla y, en el caso de que la deslealtad de la imitación se funde en el riesgo de asociación, atribuirle a una determinada procedencia empresarial, diferenciándola de las prestaciones habituales en el sector provenientes de otras empresas.

Competencia desleal. La imitación desleal de la prestación por riesgo de asociación: Singularidad competitiva.—La imitación relevante a efectos del artículo 11.2 LCD solo es aquella que consiste en la copia de un elemento o aspecto esencial, no accidental o accesorio, incidiendo sobre lo que se denomina «singularidad competitiva» o «peculiaridad concurrencial que puede identificarse por un componente o por varios elementos. Ello excluye la singularidad competitiva en los productos cuyas formas estandarizadas sean las generalmente utilizadas en el sector del mercado de que se trate, pues la prestación original debe reunir rasgos diferenciales que la distinguan suficientemente de otras prestaciones de igual naturaleza, de forma que permitan al destinatario individualizar su origen. Por tanto, el riesgo de asociación no concurre cuando la prestación imitada, por sus características, no es relacionada por sus destinatarios con un determinado origen empresarial.

Competencia desleal. La imitación desleal de la prestación por riesgo de asociación: Modo de evitarlo.—La jurisprudencia ha considerado que el riesgo de asociación en el caso de imitación de prestaciones puede evitarse por el uso de marcas y otros signos distintivos en las prestaciones enfrentadas. (STS de 5 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La representación procesal de B. SL y don J. M. interpuso demanda contra la mercantil C. J. S. L., doña R. y don F. por infracción de diseño industrial y de marcas, solicitando la nulidad de los diseños industriales de los demandados. Los demandados se opusieron a la demanda y formularon reconvencción en la que solicitaron la declaración de nulidad de ciertas marcas españolas de B. SL, por incurrir en prohibiciones absolutas de registro. La sentencia del Juzgado Mercantil núm. Ocho de Barcelona estimó la demanda y declaró que los demandados han realizado actos de violación de los diseños industriales titularidad de las actoras, así como actos de competencia desleal, al mismo tiempo estimó la reconvencción y declaró la nulidad de las marcas de B., SL, lo que conllevó la desestimación de las acciones de infracción de las marcas declaradas nulas. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de C. J., S. L., don F. y doña R., la representación de B. S. L. y don J. M. se opuso al recurso interpuesto de contrario. La Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de

Barcelona dictó sentencia estimando el recurso interpuesto por los demandados revocando la sentencia de instancia en el sentido de desestimar la demanda y absolver a los demandados de las pretensiones en ella contenidas y se mantiene la estimación de la demanda reconventional y la consiguiente declaración de nulidad de las dos marcas registradas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

NOTA.—El hecho de que la regla general sea la libre imitabilidad de las prestaciones ajenas hace que el carácter desleal de la imitación de tales prestaciones exija la concurrencia de determinados requisitos que le tiñen de ilicitud. La deslealtad no viene determinada por el hecho de que se hayan imitado las creaciones materiales de un competidor, sino por las circunstancias en las que se realizó la imitación. En concreto, a la vista de la acción ejercitada, para que sea desleal, la imitación debe suponer un aprovechamiento del esfuerzo y tal aprovechamiento ha de ser indebido. La nota genérica de «aprovechamiento de lo ajeno» explica que en la doctrina y en la práctica se haga hincapié en que el tipo legal sanciona la conducta parasitaria del esfuerzo material y económico de un tercero. Pero la deslealtad de la imitación no se basa en el mero aprovechamiento del esfuerzo ajeno, pues de otro modo estaríamos reconociendo un derecho de exclusiva no previsto por el ordenamiento jurídico. Toda imitación supone un cierto aprovechamiento del esfuerzo ajeno, y el principio de libre imitabilidad excluye que la imitación de la creación material ajena sea, *per se*, desleal. La deslealtad se justifica por el modo y la forma en que se llega a estar en condiciones de aprovechar esa prestación ajena objeto de imitación. Toda imitación implica beneficiarse del esfuerzo del imitado, se ha impuesto una interpretación de la norma del artículo 11.2 LCD que no deje sin contenido efectivo la regla de libre imitación de las prestaciones ajenas no amparadas por un derecho de exclusiva que se contiene en el artículo 11.1 LCD y que, además, respete la función de la Ley de Competencia Desleal como instrumento de protección del mercado y de quienes en él concurren. Se produce una matización del principio de la competencia por los propios méritos y prestaciones que inspira la normativa de la competencia desleal. Ese principio ha de compatibilizarse con el principio de libertad de imitación del artículo 11.1 LCD. El artículo 11.2 LCD, al considerar desleal la imitación de prestaciones con aprovechamiento de esfuerzo ajeno, trata de dar protección indirecta al competidor que con su esfuerzo se ha afirmado en el mercado o pretende afirmarse en él. Se protege a quien ha invertido tiempo y dinero en una creación, material o intelectual, frente a quien se apodera de su esencia sin tales costes. (*N. D. L.*)

28. Acción reivindicatoria de marca resultante del aprovechamiento u obstaculización injustificados.—La acción reivindicatoria de marca (art. 2.2 LM) —pensada para cuando «el registro de una marca hubiera sido solicitado con fraude de los derechos de un tercero o con violación de una obligación legal o contractual»— alcanza también a supuestos de registro de mala fe de una marca del que resulte aprovechamiento u obstaculización injustifica-

dos de la posición ganada por un tercero sin que haya mediado vinculación alguna entre las partes del conflicto. Ahora bien, que esto sea así no permite ejercitar la acción reivindicatoria para tratar de proteger el prestigio de un producto que ya no se fabrica, y cuya empresa ha perdido incluso, por caducidad, los registros de marca y nombre comercial que un día tuvo sobre aquel, careciendo además de cualquier tipo de posición en el mercado de la que el registrante pudiese aprovecharse. El mero hecho de que una marca sobre un producto que dejó de fabricarse hace 80 años sea conocida históricamente, sin estar asociada en la actualidad a ningún fabricante o vendedor que opere en el mercado o que lo haya hecho recientemente, no permite impedir el registro de esta por otro operador para productos similares.

Nulidad de marca por registro de mala fe.—Que un signo —sobre el que ya no se ostenta ningún tipo de derecho de marca anterior vigente, debido a la caducidad por falta de uso— sea conocido, y se asocie en España a una marca histórica inserta en la memoria colectiva impide apreciar la mala fe en el registro de esa misma marca (art. 51.1.b LM en relación con STJC de 11 de junio de 2009). Ello sin perjuicio de que efectivamente el solicitante pueda beneficiarse del recuerdo de su prestigio histórico. La razón estriba en que, con su registro, no se perjudica el ejercicio de ningún derecho legítimo del titular anterior. Y es que la sanción de nulidad del registro por violación de la buena fe incide en la valoración del comportamiento del solicitante del registro. Una de sus manifestaciones típicas la constituye el intento de aparentar una inexistente conexión entre los productos o servicios del solicitante con los de un tercero para obtener el favor de los consumidores en el mercado.

Protección del nombre comercial no registrado.—La protección del nombre comercial no registrado, junto con las condiciones del artículo 9.1 d) LM, exige que se acredite el uso o conocimiento notorio en España de dicho nombre comercial no registrado. Por un lado, no existe uso del nombre comercial no registrado, cuando existía un nombre comercial registrado que fue declarado caducado precisamente por falta de uso para unas concretas actividades. Por otro lado, el conocimiento del nombre comercial no registrado no puede equipararse, a efectos de protección, al conocimiento general e histórico que en su día pudiera haber tenido, y acaso conserve, una determinada marca. El conocimiento notorio de un nombre comercial es un reflejo de su uso para unas concretas actividades.

Protección del nombre comercial no registrado al amparo del artículo 8 del Convenio de la Unión de París (CUP).—No cabe proteger un nombre comercial no registrado al amparo del artículo 8 CUP frente al uso que de un signo distintivo similar pueda hacer otro operador, por entender que ese uso constituye un acto de competencia desleal en su vertiente de aprovechamiento de la reputación ajena (art. 12 LCD), cuando (i) ese signo distintivo está registrado como marca en la actualidad para una serie de productos; y (ii) el nombre comercial no registrado carece de la condición de notorio y no lleva asociado reputación alguna de la que aquel operador pueda aprovecharse de manera indebida mediante el empleo del signo. (STS de 8 de febrero de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.] (A. I. R. A.)

29. Propiedad industrial. Derechos conferidos por la marca. Alcance del derecho exclusivo de uso: El derecho de prohibir el uso de signos similares a la marca registrada se extiende al tercero titular de una marca posterior sin que sea necesario la previa declaración de nulidad

de esta última marca.—Esta Sala ha asumido la jurisprudencia del TJUE en relación con las llamadas «marcas de cobertura», contenida en la sentencia de 21 de febrero de 2013, asunto C-651/2011, caso *Fédération Cynologique Internationale*, en la que el TJUE declaró que «el derecho exclusivo del titular de una marca comunitaria de prohibir a cualquier tercero el uso en el tráfico económico de signos idénticos o similares a su marca se extiende al tercero titular de una marca comunitaria posterior, sin que sea necesaria una declaración previa de nulidad de esta última marca». Así en las SSTS de 14 y 24 de octubre de 2014 y 9 de mayo de 2016 se afirmó: «Por ello, en evitación de la posibilidad de que sea diferente la protección que el titular de la marca anterior reciba en éste que en otros Estados miembros, (...) procede que modifiquemos, en este particular, la jurisprudencia, para 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 —al igual que sucede con las patentes y los diseños industriales». Asimismo, el TJUE, en el auto de 10 de marzo de 2015, asunto C-491/14, caso *Rosa dels Vents*, declaró que la doctrina de la sentencia de 21 de febrero de 2013, asunto C-651/2011 SIC, eran también aplicable a las marcas nacionales, como es el caso de las marcas de los litigantes en este litigio.

Riesgo de confusión. Definición.—«El riesgo de confusión consiste en 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 aquél, sino que sirve para precisar su alcance».

Criterios valorativos de la similitud de los signos. Doctrina jurisprudencial sobre las directrices que deben seguirse en el juicio comparativo necesario para comprobar si concurre riesgo de confusión.—Las directrices que deben seguirse en el juicio comparativo necesario para comprobar si concurre riesgo de confusión entre los signos en litigio han sido compendiado por las SSTS de 11 de marzo de 2014 y 19 de junio de 2016 en los siguientes términos: ii) «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». iii) De este modo, «el riesgo de confusión debe ser investigado globalmente, teniendo en cuenta todos los factores del supuesto concreto que sean pertinentes». 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». iv) 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». v) 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. vi) 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».

En el juicio de confusión procede tener en cuenta la forma de comercialización de los productos y servicios.—Para realizar la comparación del signo supuestamente infractor con la marca registrada, necesaria para el juicio de confusión, a la hora de reconocer un mayor carácter distintivo al elemento denominativo o al gráfico, puede ser relevante tomar en consideración la naturaleza del producto o servicio y la forma en que se comercializa por la demandada. Así lo hizo el Tribunal de Justicia en su sentencia de 3 de septiembre de 2009, asunto C- 498/07 P, caso Aceites del Sur-Coosur, S. A. contra Koipe Corporación, S. L., y así lo ha hecho también esta sala en sentencias como las 100 y 101/2016, ambas de 25 de febrero. (STS de 2 de marzo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La demandada edita un periódico digital bajo la cabecera «lainformación.com». Dicho periódico digital se hospeda en una página web a la que se accede a través del nombre de dominio «lainformación.com». La demandante consideró que tanto el nombre de dominio como la cabecera del periódico digital infringían los derechos, que como titular del nombre comercial no registrado «La Información» y de las marcas españolas «LA INFORMACIÓN, S. A.» y «GRUPO LA INFORMACIÓN» le corresponden. Las dos marcas de la actora se registraron en las clases 16, 35, 38 y 41 por resolución de fecha de 1 de noviembre de 2004 y 7 de agosto de 2006 respectivamente. El nombre de dominio utilizado por la demandada, a través de la que se accede a la página web en la que se hospeda el periódico digital bajo la cabecera «lainformación.com» fue registrado el 25 de octubre de 1998. El periódico digital aparece alojado en la página web correspondiente a ese nombre de dominio desde el 24 de abril de 2009. La parte actora ejerció acciones contra la demandada por violación de sus derechos marcarios derivados del nombre comercial no registrado y de las marcas registradas. Además interpuso acciones de cesación, prohibición, remoción, indemnización y publicación previstas en el artículo 41 LM. La demandada se opuso y formuló reconversión en la que solicitó la caducidad de las marcas de la actora por falta de uso. El Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda y estimó parcialmente la reconversión respecto a la caducidad de la marca de la actora «LA INFORMACIÓN S. A.». La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso sólo en lo que se refiere a la infracción de la marca registrada «GRUPO LA

INFORMACIÓN» condenando a la demandada a cesar en la edición, ofrecimiento, publicidad y comercialización del periódico digital «lainformación.com» en su actual forma de presentación así como abstenerse de utilizar el nombre de dominio «lainformación.com» para ofertar servicios de red consistentes en la publicación electrónica de periódicos en línea. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—El riesgo de confusión es uno de los aspectos fundamentales de la marca, ya que es esencial en ésta su finalidad de distinguir productos y servicios en el mercado, de forma que el consumidor medio no los confunda con otros y las asocie inequívocamente a un determinado origen empresarial (X. O'CALLAGHAN, «El riesgo de confusión en la doctrina del Tribunal Supremo», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 9, 2003 pp. 137-156). La Ley de Marcas hace referencia al riesgo de confusión al regular las prohibiciones relativas al registro de un signo como marca (art. 6) y al delimitar el *ius prohibendi* del titular del derecho de marca (art. 34). Por otro lado, una abundante jurisprudencia del TJUE ha fijado los principios aplicables para determinar si existe riesgo de confusión, en especial los criterios bajo los que hay que realizar el examen comparativo entre los signos objeto de litigio. Entre las más significativas podemos nombrar las siguientes: SSTJUE de 11 de noviembre de 1997 (C-251/95) sentencia Sabel c. Puma; de 29 de septiembre de 1998 (C-39/97) sentencia Canon c. Metro; de 22 de junio de 1999 (C-C-342/97) sentencia Lloy c. Klijsend; de 22 de junio de 2.000 (C-425/98), Mode c. Adidas; de 6 de octubre de 2005, (C-120/04), caso Medion; de 10 de abril de 2008 (C-102/07) Adidas y Adidas Benelux. (C. O. M.)

30. Marca notoria.—Según el artículo 8.1 de la Ley 17/2001, de Marcas, no cabe el registro como marca de un signo que sea idéntico o semejante a una marca o nombre comercial anterior y notorio o renombrado en España, aunque se solicite su registro para productos o servicios que no sean similares a los protegidos por estos últimos. En caso contrario, se corre el peligro de un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dichos signos anteriores. En términos similares se expresa el artículo 9.1.c) del Reglamento de Marca Comunitaria.

El TJUE ha interpretado estos dos preceptos desde un doble punto de vista: 1) como criterios para considerar que una marca es notoria; 2) como normas que determinan el alcance de la especial protección que se otorga a este tipo de marcas. En el primer caso, basta con que el grado de similitud entre el signo y la marca de renombre tenga como efecto que el público pertinente establezca un vínculo económico o jurídico entre ambas. Según el TJUE, cuanto más fuerte sea el carácter distintivo de la marca anterior, más probable será que, ante una marca posterior idéntica o similar, el público evoque la marca anterior. El hecho de que la marca posterior evoque la marca anterior al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, equivale a la existencia de dicho vínculo. El Tribunal ha llegado a decir que para que exista una infracción, basta con que se dé alguno de estos dos casos: 1) que, mediante la evocación de la marca notoria, el empleo del signo controvertido conlleve un aprovechamiento indebido del

carácter distintivo o de la notoriedad de la marca; 2) que perjudique su distintividad o notoriedad.

Por otro lado, el Alto Tribunal ya ha dejado dicho que, para evaluar la semejanza entre dos marcas, ha de hacerse una comparación en un triple plano: gráfico, fonético y conceptual. Sin embargo, los criterios para determinar la semejanza dependen en buena medida de la estructura del signo. En el caso de las marcas mixtas, su distintividad reside en la particular disposición de los elementos verbales y gráficos, que forman un conjunto, y no en sus componentes individuales. El TJUE ha llegado a señalar que el consumidor medio normalmente percibe una marca como un todo, cuyos diferentes detalles no se detiene a examinar. (**STS de 2 de febrero de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La compañía mercantil GP es titular de una serie de marcas relativas a calzado, que están registradas. La sociedad MIML es titular de otra marca nacional, que le fue concedida para productos también de calzado por la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), con posterioridad a las obtenidas por la primera, pese a su oposición. GP interpone demanda, en ejercicio de la acción de nulidad relativa de marca, fundamentándose en los artículos 40, 41 y 52, en relación con los artículos 6.1.a) y 8.1 LM, a la que acumuló una acción de indemnización por infracción marcaria, a determinar sobre el 1% del volumen de negocio. Hay que señalar que la demandada ha utilizado la expresión 24 horas o su abreviatura 24 HRS, contenidas en las marcas registradas por la actora.

La demandada aceptó el carácter notorio, al menos en España, de las marcas de la actora, por su implantación en el ámbito del calzado. Pero se opuso a la demanda y alegó, con carácter previo, la excepción de cosa juzgada, al haber sido confirmado el acceso al registro marcario concedido por la OEPM, por sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Y sobre el fondo, niega todo riesgo de confusión por las diferencias de las marcas en controversia, dado que su cuota de mercado se reduce a la provincia de Granada, sus productos para bebés no entran en competencia con los de la actora, su comercialización es online y no usa la marca para productos de la clase 25 (ropa, calzado y sombrerería).

El Juez de Primera Instancia desestimó las dos acciones deducidas en la demanda, al considerar: 1) que la ausencia de riesgo de confusión y de asociación apreciada en la jurisdicción contenciosa constituye cosa juzgada parcial; 2) que, excluido este riesgo, y no existiendo ánimo de aprovechamiento de los derechos preferentes de la sociedad actora, la protección reforzada que se concede a la marca notoria cede en estos casos, en que no existe conexión en los productos comercializados entre una y otra mercantil.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso y ratificó las conclusiones de primera instancia: 1) el enfrentamiento entre las marcas ya superó el control de distinguibilidad o diferenciación suficiente para convivir en el mercado, pues así lo estableció la jurisdicción contencioso-administrativa, en base al artículo 53 LM; 2) no hay riesgo de confusión, pues hay muchas diferencias denominativas y gráficas entre ambos signos (sólo hay similitud en elementos accesorios).

GP interpuso recurso de casación, alegando la infracción del artículo 8.1 LM y señalando que la sentencia recurrida no realiza un correcto análisis comparativo de las marcas. El Tribunal Supremo señala que la valoración de si la marca de la demandada evoca las marcas notorias de la actora corresponde al tribunal de instancia, sin que sea posible revisar esta valoración, a no ser que sea arbitraria o incurra en un error palmario, que no es el caso. Afirma que el único elemento común que tienen las marcas en conflicto es la mención al término 24 horas, pero no coinciden ni los colores ni elementos gráficos muy relevantes. En consecuencia, no es posible confusión alguna, ni siquiera en atención al carácter notorio de las marcas de la demandante. Y recuerda el Alto Tribunal que las marcas de la recurrente son notorias, pero no renombradas. Además, no se ha acreditado la existencia por parte de la demandada de aprovechamiento de su reputación, ni que la marca de ésta haya menoscabado la notoriedad, prestigio o distintividad de las marcas de la actora. Entiende el Tribunal Supremo que no hay infracción del artículo 8 LM y acaba desestimando el recurso.

NOTA.—El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado ampliamente la doctrina jurisprudencial sobre la protección de la marca notoria. Cabe destacar las sentencias de 23 de octubre de 2003 (asunto C-408/01, caso *Adidas-Fitnessworld*), de 27 de noviembre de 2008 (asunto C-252/07, caso *Intel-CPM*), de 18 de junio de 2009 (asunto C-487/07, caso *L'Oreal*) y de 10 de diciembre de 2015 (asunto C-603/14, caso *The English Cut*), entre otras. Y, sobre la distintividad de marcas, cabría destacar las sentencias de 22 de junio de 1999 (asunto C-342/97, caso *Lloyd Schuhfabrik Meyer*) y de 12 de junio de 2007 (asunto C-334/05, caso *Limoncello della Costa Amalfitana*). Sobre marca notoria, nuestro Tribunal Supremo también se ha pronunciado en sus sentencias de 23 de julio de 2012 y de 11 de marzo de 2014. Y, en particular, sobre cómo valorar la semejanza entre dos marcas, *vid.* las sentencias de 19 de febrero de 2016, 9 de mayo de 2016, 19 de mayo de 2016 y 20 de junio de 2016, entre otras. (*S. L. M.*)

31. Marca. Riesgo de confusión: Concepto.—El riesgo de confusión consiste en 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.

Marca. Riesgo de confusión: Directrices.—La jurisprudencia señala que 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

Marca. Riesgo de confusión: Alcance.—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.

Marca. Riesgo de confusión: Nivel de compensación.—En la valoración global, 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.

Marca. Riesgo de confusión: Concepto de consumidor medio.—A los efectos de la apreciación global, se supone que el consumidor medio de la categoría de productos considerada es un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

Marca. Riesgo de confusión: Nivel de atención del consumidor medio.—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, por lo que debe 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.

Marca. Riesgo de confusión. Visión de conjunto: Consideración.—La 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, esto es, la existencia de un riesgo de confusión por parte del público debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes del asunto concreto, pues el consumidor medio normalmente percibe una marca como un todo, cuyos diferentes detalles no se detiene a examinar.

Marca. Riesgo de confusión. Visión de conjunto: Excepción.—La apreciación de la similitud entre dos marcas no implica tomar en consideración únicamente un componente de una marca compuesta y compararlo con otra marca. Ahora bien, la impresión de conjunto producida en la memoria del público pertinente por una marca compuesta puede, en determinadas circunstancias, estar dominada por uno o varios de sus componentes, sólo en el caso de que todos los restantes componentes de la marca resulten insignificantes podrá la apreciación de la similitud basarse exclusivamente en el componente dominante. A este respecto, no se excluye que una marca anterior, utilizada por un tercero en un signo compuesto que contiene la denominación de la empresa de ese tercero, ocupe una posición distintiva y autónoma en el signo compuesto. En consecuencia, a efectos de la verificación del riesgo de confusión, basta con que, en razón de la posición distintiva y autónoma que ocupa la marca anterior, el público atribuya también al titular de tal marca el origen de los productos o de los servicios designados por el signo compuesto. No obstante, un elemento de un signo compuesto no conserva dicha posición distintiva y autónoma si tal elemento forma con otro u otros elementos del signo, tomados en su conjunto, una unidad con un sentido diferente respecto al sentido de los citados elementos tomados por separado. (STS de 17 de abril de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La representación procesal de C. B. V. y C. E. F., S. L., interpuso ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Uno de Alicante demanda contra don A., don. C. y la mercantil C., S. L., solicitando se declare su derecho exclusivo y excluyente a usar determinada marca comunitaria, que se declare a los demandados como infractores de dicho derecho de exclusividad y se anule la marca utilizada por los mismos dada su sustancial identidad, todo ello con la condena a los demandados a abonar solidariamente los daños y perjuicios causados. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda condenando a la parte demandada a cesar en el uso del signo distintivo objeto de la controversia y a cambiar la denominación social por otra que no contenga la expresión recogida en la misma demanda. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal don A., don. C. y C., S. L., la Sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante, estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia de instancia reconociendo el derecho de los demandados a utilizar la marca objeto de la *litis*. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

32. Patente. Requisito de novedad: Concepto.—Una invención es nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica, y éste está constituido por todo lo que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente se ha hecho accesible al público por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio.

Patente. Juicio comparativo: Carácter individual.—Las anterioridades derivadas del estado de la técnica susceptibles de perjudicar la novedad de la invención del actor deben ser apreciadas una por una y comparadas con la invención sin tener en cuenta nada más que su contenido. Este juicio comparativo debe hacerse individualmente con cada una de las anterioridades, sin que sea lícito determinar la falta de novedad de una invención a partir de la combinación de varios elementos precedentes.

Patente. Juicio comparativo: Ausencia de novedad.—Un documento anterior destruye la novedad del objeto reivindicado que derive directamente y sin ambigüedad del documento, incluyendo cualquier elemento que para un experto en la materia esté implícito en lo explícitamente mencionado en el documento.

Patente. Ausencia de novedad: Implícita o explícita.—La falta de novedad puede ser explícita, derivada de cuanto se expone explícitamente en el documento anterior, o implícita, en el sentido de que, reproduciendo las enseñanzas del documento anterior, el experto en la materia hubiera inevitablemente llegado a un resultado comprendido en los términos de la reivindicación.

Patente. Ausencia de novedad: Diferencia con falta de actividad inventiva.—Al juzgar sobre la novedad, la afirmación de que una descripción implícita puede ser también suficiente si conduce inevitablemente al experto a la invención posterior, debe entenderse referida al proceso lógico por el cual se extrae de la lectura de lo explícito la presencia de lo implícito en la descripción, esto es, la inevitabilidad se predica de la deducción. Por el contrario, cuando lo que se afirma es que del estado de la técnica se deduce, se deriva, resulta de él o conduce inevitablemente a una invención posterior, nos adentramos en el terreno de lo evidente o muy evidente para el experto, es decir, de la actividad inventiva necesaria para ejecutar la invención.

Patente. Ausencia de novedad: Concepto de inevitable.—El término inevitable significa indefectible, de ocurrencia segura, algo que debe suceder o aparecer, tan verdadero como para impedir soluciones alternativas válidas; en otras palabras, es equivalente a un 100% de probabilidad

Patente. Actividad inventiva: Criterio para juzgar.—El criterio para juzgar sobre este requisito es si el experto en la materia, partiendo de lo descrito anteriormente (estado de la técnica) y en función de sus propios conocimientos, es capaz de obtener el mismo resultado de manera evidente, sin aplicar su ingenio, en cuyo caso falta la actividad inventiva. Esto es, al objeto de juzgar sobre la actividad inventiva, el criterio correcto a aplicar no es si el objeto reivindicado le habría resultado obvio a una persona inventiva, al margen del propio inventor, sino si hubiera resultado obvio a una persona competente pero no imaginativa, que responde a la noción de persona experta en la materia

Patente. Actividad inventiva: Concepto de obviedad.—Al analizar la obviedad o no de la invención, el experto no trata los documentos o anterioridades de forma aislada, como sí debe analizarse en el caso de la novedad, sino que los combina de forma que de su conjunto pueda apreciar la existencia o inexistencia de información suficiente que permita sostener si éste hubiera llegado a las mismas conclusiones sin necesidad de contar con la información revelada por el inventor.

Patente. Patente. Actividad inventiva: Combinación de anterioridades.—La combinación de documentos o anterioridades en el enjuiciamiento de la obviedad no deja de ser una formulación genérica, que tan sólo pretende advertir que cabe tal combinación, por contraste con el juicio de la novedad, que en ningún caso es posible. Pero, lógicamente, la procedencia de una determinada combinación está supeditada a la apreciación de que estuviera sugerida o fuera evidente para el experto medio. Sin perjuicio de que, con frecuencia, está ínsito en el juicio de obviedad la determinación de qué concretas anterioridades, combinadas, muestran que, para un experto medio, con sus conocimientos a la fecha de prioridad, la invención resultaba evidente.

Patente. Actividad inventiva: Método de enjuiciar.—No existe un único método para enjuiciar la actividad inventiva, pero debe seguirse uno que asegure que en el enjuiciamiento se tienen en cuenta los factores decisivos, sin perjuicio de que también se halla corroborado la validez e idoneidad del método «análisis problema-solución».

Patente. Indemnización de daños y perjuicios: Necesidad de acreditación.—La jurisprudencia considera en materia de resarcimiento de daños y perjuicios que no se presumen, sino que deben acreditarse por quien los reclama, tanto la existencia como su importe.

Patente. Indemnización de daños y perjuicios: Excepcionalidad de la presunción.—La doctrina de la necesidad de acreditación y ausencia de presunción es pacífica y reiterada, pero tiene una excepción en la propia jurisprudencia, la cual estima correcta la presunción de existencia del daño (aparte, claro ésta, cuando haya una norma legal específica) cuando se produce una situación en que los daños y perjuicios se revelan como reales y efectivos. Se trata de supuestos en que la existencia del daño se deduce necesaria y fatalmente del ilícito o del incumplimiento, o son consecuencia forzosa, natural e inevitable, o daños incontrovertibles, evidentes o patentes, según las diversas dicciones utilizadas. No hace falta prueba, porque la realidad actúa incontestablemente por ella.

Patente. Indemnización de daños y perjuicios: Reglas de cálculo.—La aplicación de las reglas de cálculo de la indemnización de daños y perjuicios

implica con carácter previo la apreciación de que la infracción los ha ocasionado. Y al respecto resulta de aplicación la doctrina sobre la necesidad de que el daño sea acreditado, sin perjuicio de los casos en que los hechos pongan por sí mismos de manifiesto la existencia del daño, sin exigir que se funde en la práctica de un medio de prueba concreto. No obstante, el contenido de las reglas de cálculo pone en evidencia que el objeto de lo que se denomina indemnización de daños y perjuicios trasciende a la eventual reparación de una acción resarcitoria, pérdidas sufridas y ganancias dejadas de obtener, porque puede incluir también la compensación por el enriquecimiento obtenido por el infractor que no necesariamente debe ser correlativo al perjuicio sufrido por el titular de la marca infringida.

Patente. Indemnización de daños y perjuicios: Cuantía.—La cuantía objeto de la condena de indemnización no tiene por qué ser el resultado de la determinación del perjuicio realmente sufrido por el titular de la marca, ni siquiera de forma estimativa. Y, desde luego, la opción por un criterio legal u otro, que es una facultad que se atribuye al titular de la patente, no debe venir determinado necesariamente por que se ajuste mejor al perjuicio realmente sufrido. Por ello, una vez que se ha puesto en evidencia que la infracción ha deparado un perjuicio» para el titular de la patente, entendido en aquel sentido amplio que incluye el enriquecimiento injustificado del infractor, puede optarse por un criterio legal u otro del artículo 66.2 Ley de Patentes (LP), aunque lo que se compense no responda al concreto perjuicio sufrido con la infracción.

Patente. Publicación de la sentencia: Procedencia.—En caso de infracción, la LP prevé que pueda solicitarse y acordarse la publicación de la sentencia condenatoria del infractor de la patente, a costa del demandado, mediante anuncios, y notificaciones a las personas interesadas, pero no se trata de un efecto consiguiente a la estimación de la infracción. Debe estar justificada en atención a la finalidad perseguida, que puede ser contribuir a la efectividad del cese y a la remoción los efectos de la infracción o, eventualmente, compensar el perjuicio. Y en cualquier caso la publicación, por su contenido y los medios empleados, debe ser adecuada y proporcionada.

Patente. Publicación de la sentencia: Función de resarcimiento.—La publicación de la sentencia, con funciones de resarcimiento específico del daño causado al derecho sobre el signo y, a la vez, de remoción de los efectos de la infracción, no tiene el carácter necesario. Antes bien, la referencia a las personas interesadas pone de manifiesto que los anuncios y las notificaciones deben cumplir una función empírica respecto a aquellas, no siempre concurrente. Lo que reclama la demostración de la utilidad de la publicación, como medio de restablecer la imagen dañada del signo o de que cesen todos los efectos de la infracción o cualquier otra que sea merecedora de tutela. (**STS de 3 de mayo de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La representación procesal de la entidad Industrial A. de N., S. A. U., interpuso ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Murcia demanda contra la mercantil M. E. S. A. U., solicitando se declare que la demandada está realizando actos que infringen su derecho de patente y consecuentemente se condene a cesar y abstenerse de realizar actos en infracción de sus derechos, junto con la indemnización de daños y perjuicios. La representación procesal de la parte demandada formuló reconvencción, solicitando se declarase la nulidad de las patentes de la actora. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda principal y declaró la violación del

derecho de exclusiva del que goza en virtud de la patente de invención registrada la actora y condenó a la demandada al abono de daños y perjuicios. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de M. E. S. A. U., la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia de instancia y también estimó parcialmente la demanda reconventional manteniendo la nulidad de la patente de invención de la Oficina Española de Patentes y Marcas, que ya venía acordada por la sentencia de primera instancia, y declaró también la nulidad de la patente de la actora, en ambos casos por falta de novedad y de actividad inventiva. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

33. Complicidad en concurso culpable.—Procede considerar cómplice por presunta cooperación en la calificación del concurso como culpable (art. 166 LC) sobre la base de la enajenación fraudulenta de activos de la sociedad concursada (art. 164.5.º LC) al socio de esta que, sin oponerse al traspaso de los activos, además era socio constituyentes de la sociedad a la que fueron a parar dichos activos. La razón está en que, aunque el socio no intervenga de forma activa, no por ello deja de colaborar conscientemente en el trasvase de activos, del que además obtiene un beneficio indirecto. En ese caso, junto con el elemento objetivo de cooperación en el traspaso de los activos, concurre un elemento subjetivo, manifestado en la connivencia con el concursado en la conducta merecedora de calificar el concurso como culpable. (**STS de 29 de marzo de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La sociedad D fue declarada en concurso de acreedores el 20 de diciembre de 2007. A lo largo del ejercicio 2007, se habían cometido irregularidades contables y D había concedido préstamos participativos a las sociedades Y y Z. También había transferido a las sociedades V y W una serie de activos. A, B y C eran socios constituyentes de las sociedades V y W, a quienes D había transferido una serie de activos. La administración concursal instó la calificación del concurso como culpable que fue ratificada por la sentencia de primera instancia. Esta sentencia declaró además A, B y C cómplices por haber cooperado con D, con dolo o culpa grave a la realización de actos determinantes para calificar como culpable el concurso. Recurrida en apelación, la Audiencia confirmó la sentencia de instancia, salvo en lo que afectó al administrador. Ante ello, A, B y C formularon recurso de casación. (*A. I. R. A.*)

34. La acción rescisoria concursal: Presupuestos para su ejercicio.—Ni por vía interpretativa ni por vía analógica puede aceptarse que quepa ejercitar la acción rescisoria concursal frente a actos realizados en un momento temporal distinto del expresamente previsto en el artículo 71.1 LC y, en concreto, que pueda ejercitarse cuando se abre la fase de liquidación por incumplimiento del convenio. (**STS de 23 de marzo de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Una sociedad limitada fue declarada en concurso por auto de 23 de enero de 2009. Por sentencia de 29 de marzo de 2010 fue aprobado el convenio. El 2 de abril de 2012 la concursada solicitó la apertura de la fase de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del convenio, que fue acordada por auto de 11 de abril de 2012. La administración concursal, una vez abierta la fase de liquidación, presentó una demanda de incidente concursal en la que ejercitó la acción de reintegración que prevé el artículo 71.1 LC. En la demanda solicitaba que se declarara la rescisión, por producir un perjuicio a la masa activa, el reconocimiento de deuda en favor de otra entidad mercantil llevado a cabo en escritura pública el 9 de marzo de 2012 y la constitución de hipoteca mobiliaria para garantizar su pago.

La sentencia dictada por el Juzgado Mercantil consideró procedente la acción de reintegración del artículo 71.1 LC. La entidad acreedora interpuso recurso de apelación y la Audiencia lo estimó al entender que es presupuesto de la acción de reintegración del artículo 71.1 LC que se trate de un acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, no a la fecha de la apertura de la liquidación. La administración concursal interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo no dio lugar al mismo. (*I. D.-L.*)

35. Concurso de acreedores. Interpretación del convenio por el Juez. No es necesario que exista oposición al convenio para proceder a su interpretación.—De acuerdo con el artículo 129.1 LC, el tribunal al resolver los motivos de oposición a la aprobación del convenio aceptado, puede interpretar el convenio cuando, como afirma el precepto, sea necesario para resolver sobre la oposición formulada. Pero esta previsión no excluye que, como ocurre con cualquier otro contrato o negocio jurídico, el tribunal pueda interpretarlo cuando sea necesario para resolver una pretensión relativa al incumplimiento de lo pactado y sobre las consecuencias de dicho incumplimiento.

Validez de la cláusula del convenio, aceptado libre y conscientemente, en la que se supedita el cobro de los pagos al cumplimiento de determinados requisitos y se prevén las consecuencias de su no cumplimiento.—El tenor literal de la cláusula no admite duda de lo consentido por las partes de forma libre y no viciada. Fuera del ámbito concursal no sería ilícita y afectaría a las partes en los términos pactados. Pero en el ámbito concursal surge la duda, ya que la aprobación judicial del convenio extiende sus efectos a todos los acreedores afectados, conforme a lo dispuesto en el artículo 134 LC, que pudiera permitir la aminoración del rigor de los efectos del incumplimiento de esa carga de comunicación. En este sentido, la previsión convencional no afecta propiamente al contenido del convenio concursal sino a la forma de hacerse el pago y no incumple los límites que respecto del contenido recoge el artículo 100 LC, ni infringe tampoco normas de carácter imperativo que permitan tenerla por no puesta. Nada impide que las partes se comprometan a comunicar la cuenta en que realizar el pago dentro de un plazo razonable y que acepten que, de no hacerse, se entienda que han renunciado al cobro de este pago. Y siendo válida la cláusula, sin que infrinja ninguna norma imperativa que impida su aplicación, debe desenvolver todos

sus efectos. (STS de 15 de marzo de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.-En octubre de 2008 se declaró el concurso voluntario de la mercantil G., aprobándose judicialmente el convenio en diciembre de 2009, sin que se hubiera formulado oposición a su aprobación. En dicho convenio constaba una cláusula por la cual los pagos a realizar por la concursada se realizarían por transferencia bancaria en la cuenta corriente que cada acreedor indicase. Estableciéndose que los acreedores debían comunicar fehacientemente a la concursada los datos de la cuenta dentro de los tres meses siguientes a la aprobación judicial del convenio. Si no se efectuara dicha comunicación se entendería que el acreedor renunciaba al cobro del primer pago, sin necesidad de comunicación ni formalidad alguna. Y si no se comunicase dentro de los tres primeros meses del periodo de pago siguiente, se entendería que el acreedor renunciaba automáticamente a todos los pagos subsiguientes. La entidad CDTI, como acreedora, instó la declaración de incumplimiento del convenio por el impago de su respectivo crédito y la apertura de la fase de liquidación. La concursada se opuso alegando que no había incumplimiento sino que tan solo se había producido el efecto de renuncia previsto en el convenio. El Juzgado de lo Mercantil rechazó la demanda de incumplimiento pero ordenó la subsanación de la situación y el pago de la cantidad en cuestión a la acreedora demandante, concediendo a la concursada el plazo de un mes para regular la situación con los acreedores frustrados, además de entender ineficaz para lo sucesivo la polémica cláusula del convenio. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de la concursada. El Tribunal Supremo apreció incongruencia en la sentencia recurrida, por conceder cosa distinta a la pedida y, asumiendo la instancia, dictó nueva sentencia en la que desestimó la demanda inicial de incumplimiento del convenio y declaró la vigencia del convenio y la extinción del crédito litigioso conforme a lo dispuesto en aquél. (*L. A. G. D.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador
FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)
Catedrático de Derecho civil

Dirección
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

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho civil.
Universidad Carlos III de Madrid

JORGE CAFFARENA LAPORTA
Catedrático de Derecho civil.
Universidad Carlos III de Madrid

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático de Derecho civil.
Universidad de Zaragoza

ANTONIO GORDILLO CAÑAS
Catedrático de Derecho civil.
Universidad de Sevilla

VICENTE GUILARTE ZAPATERO
Catedrático de Derecho civil.
Universidad de Valladolid

ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS
Catedrático de Derecho civil.
Universidad de Alcalá de Henares

JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ
Notario

JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho civil.
Universidad Autónoma de Madrid

FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS
Notario

MANUEL OLIVENCIA RUIZ (†)
Catedrático de Derecho mercantil.
Universidad de Sevilla

FERNANDO PANTALEÓN PRIETO
Catedrático de Derecho civil.
Universidad Autónoma de Madrid

ANTONIO PAU PEDRÓN
Registrador de la Propiedad

JOSÉ POVEDA DÍAZ
Registrador de la Propiedad

LUIS PUIG FERRIOL
Catedrático de Derecho civil.
Universidad Autónoma de Barcelona

IGNACIO SOLÍS VILLA
Notario

TEODORA F. TORRES GARCÍA
Catedrática de Derecho civil.
Universidad de Valladolid

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 2018, FASCÍCULO II

	<i>Pág.</i>
In Memoriam	
Manuel OLIVENCIA RUIZ, por Alberto Bercovitz	261
Estudios monográficos	
Sara ZUBERO QUINTANILLA: «Límites a la autonomía de la voluntad en las asociaciones privadas»	267
Pedro Ignacio BOTELLO HERMOSA: «Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español»	339
Sabrina LANNI: «El consumidor en la venta de bienes de consumo en Italia. Notas de derecho comparado»	395
Estudio legislativo	
Judith SOLÉ RESINA: «Las voluntades digitales: marco normativo actual»	417
Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea	
Por Marta OTERO CRESPO	441
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
BECH SERRAT, Josep Maria: «Sistema de restitución ante un enriquecimiento por mejora», por Carles Vendrell Cervantes	531
DE SALAS MURILLO, Sofía: «Titularidad de los montes», por Pedro de Pablo Contreras	536
EGEA I FERNÁNDEZ, Joan/FERRER I RIBA, Josep (dir.), FARNÓS AMORÓS, Esther (coord.): «Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya-La persona física i les institucions de protecció de la persona», por Pilar Benavente Moreda	546
GARCÍA GARCÍA, José Manuel: «La finca registral y el Catastro», por Jacobo Fenech Ramos	555
REVISTAS EXTRANJERAS	
Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M. ^a del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Sebastián LÓPEZ MAZA, Alma M. ^a RODRÍGUEZ GUITIÁN	561
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
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, Francisco SANTANA NAVARRO	587