OBLIGACIONES Y CONTRATOS
Cuestiones actuales

Carlos Rogel Vide
Catedrático de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

EDITORIAL UBIJUS

BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

TÍTULOS PUBLICADOS

La Corte Penal Internacional —soberanía *versus* justicia universal—, *Jean Marcel Fernandes* (2008).

El nuevo derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias, *Carlos de Cores y Enrico Gabrielli* (2008).

El divorcio en el Derecho iberoamericano, *Ángel Acedo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo (Coords.)* (2009).

La regulación jurídica de la muerte en Iberoamérica, con particular referencia al Derecho cubano, *Leonardo B. Pérez Gallardo* (2009).

Código europeo de Contratos, *Academia de Pavía* (2009).

***Favor debitoris* —análisis crítico—**, *Carlos Rogel Vide* (2010).

El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos, *Leonardo B. Pérez Gallardo (Coord.)* (2010).

Los tesoros del mar y su régimen jurídico, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2010).

Teoría y práctica del Defensor del Pueblo, *Carlos R. Constenla* (2010).

Derecho civil —método y concepto—, *Carlos Rogel Vide* (2010).

Contratos gratuitos, *Leonardo B. Pérez Gallardo (Coord.)* (2010).

Buena fe en los contratos, *Gustavo Ordoqui Castilla* (2011).

Contratos aleatorios, *Leonardo B. Pérez Gallardo (Coord.)* (2012).

El derecho en México, *Gisela María Pérez Fuentes (Coord.)* (2012).

Solidaridad contractual. Noción posmoderna del contrato, *Juan J. Benítez Caorsi* (2013).

Obligaciones y contratos. Cuestiones actuales, *Carlos Rogel Vide* (2013).

BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

Obligaciones y contratos
Cuestiones actuales

Carlos Rogel Vide
Catedrático de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

EDITORIAL UBIJUS

REUS

México, D.F., Madrid, 2013

BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

CONSEJO ASESOR

Carlos Cárdenas Quirós
Universidad de Lima

Carlos J. de Cores Helguera
Universidad Católica del Uruguay

Carlos Dario Barrera
Universidad Javeriana de Bogotá

Carmen Domínguez Hidalgo
Universidad Católica de Chile

Aida Kemelmajer de Carlucci
Universidad de Mendoza

Luis Leiva Fernández
Universidad de Buenos Aires

Claudia Lima Marques
Universidad Federal do Rio Grande do Sul

Gisela María Pérez Fuentes
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco

Leonardo B. Pérez Gallardo
Universidad de La Habana

Josefina del Carmen Quintero Lyons
Universidad de Cartagena de Indias

Fernando Serrano Migallón
Universidad Nacional Autónoma de México

María del Carmen Valdés Martínez
Universidad Veracruzana de Xalapa

COORDINADOR

Carlos Rogel Vide
Universidad Complutense de Madrid

EDITAN:

México
Editorial UBIJUS
Av. Jardín N°. 592 Col. Euzkadi,
Del. Azcapotzalco, México, D.F.,
C.P. 02660
Tfno: (52-5) 55 56 45 11
Tel/Fax: (52) 53 56 68 88
www.ubijus.com
ubijus@gmail.com

España
Editorial Reus, S. A.
Fernández de los Ríos, 31 – 28015 Madrid
Tfno.: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
http://www.editorialreus.es

ISBN: 978-84-290-1727-4
Depósito Legal: M 5578-2013
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni las editoriales, ni los miembros del Consejo Asesor, ni el coordinador de la Biblioteca Iberoamericana de Derecho responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.
Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

A Jesús Pinto y Florencio Sánchez, artífices principales de la Editorial Reus del siglo XXI

PRESENTACIÓN

En la presente obra se recogen trabajos publicados a partir del año 2008, que se reproducen, aquí, inalterados. No me resulta haber hecho cesión en exclusiva de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual sobre ninguno de ellos y, en todo caso, los publico juntos, ahora, ejercitando el derecho de colección que me corresponde como autor de los mismos.

Cual el título de la obra indica, se contienen, en la misma, estudios atinentes a cuestiones actuales relativas al Derecho de obligaciones y contratos ampliamente entendido, por mucho que, en ocasiones, se hable también de asuntos relacionados con el Derecho de la persona, de la familia y con el Procesal o el Fiscal incluso.

Seguidamente, haré una breve referencia a cada uno de ellos, indicando el origen, los lugares en que haya sido publicado y su razón de ser, incluso y llegado el caso, dejando constancia —obligada y agradecida— de la influencia del profesor Do-

mingo Bello Janeiro en la gestación de no pocos de los mismos.

I. Discapacidad, incapacidad e instituciones tutelares a la luz de la Ley 41/2003 (de protección patrimonial de las personas con discapacidad): Tiene su origen en la conferencia pronunciada en Aranjuez, el día 13 de julio de 2010, dentro del curso titulado *Propuestas en materia de inmigración, género y discapacidad*, dirigido por el Profesor Bello Janeiro, en el marco de los Cursos de Verano de la Universidad Rey Juan Carlos.

El trabajo fue publicado en el nº 1 de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia de 2011. En el mismo y como contrapunto a la capacidad de obrar —inclusa la contractual— se estudia la discapacidad y la incapacidad de las personas físicas, que puede conducir a la incapacitación de las mismas, con el consiguiente juego de las instituciones tutelares.

II. Crisis económica y solidaridad familiar. Los alimentos entre parientes: Tiene su origen en la conferencia pronunciada el 18 de julio de 2012 en la sede coruñesa de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, en el marco de un encuentro sobre *Mecanismos del Derecho civil ante la crisis económica* dirigido por el Profesor Bello Janeiro.

En el mismo se analiza el origen, convencional o legal, de la obligación de alimentos existente a

favor de una determinada persona o personas, prestando atención preferente a los sujetos obligados —muchas veces parientes de aquella o aquellas—, al modo de prestar los alimentos debidos, al montante, modificación y extinción, en fin, de la referida obligación alimenticia.

III. Utilización de datos personales en el ámbito contractual. Este trabajo tiene su origen en la conferencia pronunciada en Montevideo el 16 de febrero de 2009, en el marco del Curso de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, por invitación del profesor Carlos de Cores. Fue publicado en el nº 4 de la Revista General de la Legislación y Jurisprudencia del año 2009.

IV. Arbitradores en la compraventa, peritos y árbitros: Trabajo preparado para publicar en el primer número del *Anuario de Mediación*, patrocinado por el Instituto Complutense de Mediación, en colaboración con la Editorial Reus.

V. Sobre la permuta y su utilidad: Este trabajo tiene su origen en la comunicación presentada a las Jornadas de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía (Italia) celebradas los días 26 y siguientes del mes de junio del año 2009. Fue publicado en el nº 3 de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia del año 2010.

VI. Mediación y mediadores en la Ley 5/2012: Se contienen, aquí, las aportaciones realizadas a los *Comentarios a la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos civiles y mercantiles*, coordinados por quien suscribe y la Profesora Leticia García Villaluenga, para su publicación en la Colección de Mediación de la Editorial Reus, dirigida por la citada profesora.

VII. Culpa y responsabilidad civil extracontractual —apuntes para un debate inconcluso—: Este trabajo tiene su origen en la conferencia pronunciada en el Seminario de Derecho civil de la Facultad de Derecho de La Coruña el 27 de noviembre de 2006, por invitación del Profesor José María Pena. Apareció publicado, por primera vez, en el nº 1 de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia de 2008, estándolo también en mis *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y Contratos*, del mismo año.

VIII. Daños determinantes de responsabilidad médica: Tiene su origen en la conferencia pronunciada en La Coruña el 19 de julio de 2011, dentro del Encuentro sobre *Régimen Jurídico de la responsabilidad sanitaria*, organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y dirigido por el Profesor Bello Janeiro, encuentro cuyo contenido está destinado a integrar una de las monografías de la Colección de Derecho de daños de la Editorial Reus, colección dirigida por el propio profesor Bello.

El trabajo ha sido publicado en las siguientes revistas: *Diritto & Sttoria.* Revista Digital de la Universidad de Sassari (Italia), nº 10, años 2011 y 2012; Revista General de Legislación Jurisprudencia, nº 1 del año 2012; Revista Jurídica de Daños —digital—. Universidad de Buenos Aires, nº 2, marzo de 2012.

IX. Claroscuros del Derecho del consumo: Tiene su origen en la conferencia de apertura de las Jornadas sobre Consumidores y Derecho celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos durante los días 5 y 6 de noviembre de 2012, coordinadas por la profesora Olga Lucía Alfonso Velásquez.

En el mismo se analiza el Derecho del consumo desde una perspectiva crítica, poniendo de relieve como, en determinadas cuestiones —vicios ocultos, productos defectuosos, datos personales y otras más—, las normas incardinadas en el mismo, más que un avance, suponen un retroceso respecto de las propias del Derecho civil, del que ha salido, en buena parte, y al que debe volver, en bien de las personas.

Carlos ROGEL VIDE
Catedrático de Derecho civil

I. DISCAPACIDAD, INCAPACIDAD E INSTITUCIONES TUTELARES A LA LUZ DE LA LEY 41/2003

1. Discapacidad e incapacidad; las leyes 13/82 y 41/2003.– 2. Incapacidad e incapacitación: 2.1. Incapaces e incapacitados a lo largo de la Historia.– 2.2. La incapacitación y sus causas.– 2.3. Incapacitación y tutela.– 3. Instituciones tutelares modificadas por la Ley 41/2003.– 3.1. Tutela y guarda de menores desamparados.– 3.2. La llamada autotutela.– 3.3. El administrador de los bienes.– 3.4. La guarda de hecho.

1. Discapacidad e incapacidad; las leyes 13/82 y 41/2003

Ciertamente, en los términos *discapacidad* e *incapacidad* aparece la palabra *capacidad*, reducida, disminuida o anulada por los prefijos «dis» o «in», lo cual podría hacer pensar que, los dos términos citados, son especies de un mismo género. Tal pensamiento, con todo, es erróneo, al partir de la

premisa, falsa, de considerar que, la palabra *capacidad*, tiene, en los dos, el mismo valor, el mismo significado, no siendo ello así.

La discapacidad —término de utilización reciente[1]— es, fundamentalmente, física o sensorial, sin que quede afectada, en principio, la capacidad natural de entender y de querer ni la capacidad de obrar —Cervantes, no se olvide, era manco, Rodrigo ciego y Beethoven sordo—. La incapacidad, en cambio, implica limitación o ausencia de capacidad suficiente para llevar a cabo actos jurídicos con eficacia, resultante —una u otra— de la edad o de enfermedades o anomalías psíquicas.

La discapacidad dificulta o impide, a la persona que la sufre, valerse por sí misma; la incapacidad, por el contrario, dificulta o impide, a la persona que la sufre, gobernarse por sí misma.

Hay, pues, discapaces con plena capacidad de obrar; hay, también, incapaces cuyas facultades psíquicas y sensoriales son perfectas, pudiendo estar dotados, incluso y con cierta frecuencia, de una inteligencia superior, por mucho que esté afectada ésta por patologías.

---

[1] Como recuerda María Teresa ÁLVAREZ MORENO —«La protección de los discapacitados en el Derecho español», en *Familia y discapacidad*, varios autores, Reus, Madrid, 2010, página 13 y siguientes; en particular, página 14—, «El propio término de «discapacitado» o de «persona con discapacidad» es de reciente acuñación, puesto que, hasta hace 20 años, se hablaba de minusválido».

Siendo cierto lo anterior, parece que, al Derecho civil, habrían de interesarle los incapaces —hayan sido incapacitados o no—, en tanto que los discapaces quedarían al cuidado del Derecho administrativo, del Laboral o del Tributario incluso, llegado el caso.

Con todo, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos —mediante la rehabilitación, la integración laboral, la movilidad propiciada de los mismos y la ruptura de barreras arquitectónicas que los incomoden—, aun moviéndose, como puede verse, en el ámbito de los discapaces y del Derecho administrativo o laboral, siembra una cierta confusión cuando —con un castellano defectuoso y una confusión permanente del masculino y el femenino y el singular y el plural— dice, en su artículo 7.1: «A los efectos de la presente Ley, se entenderá por minusválidos toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales».

Minusvalías, posibilidades disminuidas, deficiencias son, como puede verse, términos que se mezclan aquí —«a los efectos de la presente Ley», en moda tan frecuente, últimamente, como incorrecta, dado que una Ley, en el ámbito y jerarquía que le son propios, incide en el Ordenamiento entero y, por ello, en las leyes relacionadas con ella,

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 9

I. DISCAPACIDAD, INCAPACIDAD E INSTITUCIONES TUTELARES A LA LUZ DE LA LEY 41/2003 15
1. Discapacidad e incapacidad; las leyes 13/82 y 41/2003 15
2. Incapacidad e incapacitación 20
2.1. Incapaces e incapacitados a lo largo de la Historia 20
2.2. La incapacitación y sus causas 23
2.3. Incapacitación y tutela 26
3. Instituciones tutelares modificadas por la Ley 41/2003 28
3.1. Tutela y guarda de menores desamparados 28
3.2. La llamada autotutela 32
3.3. El administrador de los bienes 34
3.4. La guarda de hecho 37

II. CRISIS ECONÓMICA Y SOLIDARIDAD FAMILIAR. LOS ALIMENTOS ENTRE PARIENTES 41

1. Beneficencia y Estado Social. Prestaciones sociales y cargas familiares 41
2. Atención prestada por uno mismo a sus propias necesidades 45
3. Alimentos resultantes de diversas instituciones 46
4. Matrimonio, alimentos y pensiones compensatorias 49
5. Liberalidades de uso y donaciones 52
6. La obligación legal de alimentos entre parientes; alimentos y auxilios necesarios para la vida 53
7. Alimentantes, orden establecido para ellos y pluralidad de los mismos 57
8. Modo de prestar los alimentos 60
9. Montante, modificación y extinción de la obligación alimenticia 62
10. Los alimentos y el impuesto sobre la renta 65
11. A modo de epílogo. Alimentos, limosnas y obras de misericordia 69

III. UTILIZACIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL 71
1. Datos personales e intimidad. Marco normativo. Privacidad y libre utilización de datos 72
2. Las directivas de la Unión Europea sobre el particular 75

2.1. La Directiva 95/46. Privacidad de los datos personales: reglas y posibles excepciones. Objetivos posteriores, actividades de gestión ordinaria de empresas o de prospección comercial, registro previsto con fines de consulta por el público y ejecución de contratos; ulteriores fines y decisiones jurídicas tomadas sobre la base del tratamiento automático de datos 76
2.2. La Directiva 2002/58. Datos personales y comunicaciones electrónicas; datos de tráfico y servicios con valor añadido. Confidencialidad de comunicaciones y datos. Salvedades que restringen la privacidad y prescinden de consentimientos. Guías de abonados. Comunicaciones no solicitadas. El Servicio Listas Robinson 80
3. La Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal de 1999 y su Reglamento de 2007 89
3.1. Artículos dignos de aplauso. Datos que se pueden recoger y derechos de quienes figuran en ellos 90
3.2. Artículos susceptibles de crítica. Tratamiento de datos personales no recabados del interesado y supuestos

en los que no se requiere su consentimiento. Relación negocial. Fuentes accesibles al público. El censo promocional. Los ficheros de insolvencia 91
4. Recapitulación..... 103

IV. ARBITRADORES EN LA COMPRAVENTA, PERITOS Y ARBITROS..... 109
1. La determinación del precio en la compraventa y el señalamiento del mismo por arbitradores. El artículo 1447 del Código civil y su ámbito efectivo de aplicación.. 109
2. Arbitradores y peritos. Obligatoriedad de las decisiones de los arbitradores 112
3. Arbitradores y árbitros. Pretendida incidencia, en los primeros, de ciertas normas relativas a los segundos..... 115
4. El arbitrador en la determinación de la cosa vendida. Arbitrador y sobreprecio, rentas, remuneraciones, pérdidas y ganancias..... 119
Bibliografía..... 121
Sentencias del Tribunal Supremo 123

V. SOBRE LA PERMUTA Y SU UTILIDAD..... 125
1. La permuta en la Historia 125
2. La permuta en la cultura iberoamericana..... 134
3. La permuta en la realidad cotidiana..... 136

4. Singularidades de la permuta respecto de la compraventa 138
5. A modo de colofón. ¿Interesado desinterés en la permuta? 143

VI. MEDIACIÓN Y MEDIADORES EN LA LEY 5/2012 149
1. La Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles 150
1.1. Antecedentes de la Ley. El Real Decreto-Ley 5/2012 y otras disposiciones 150
1.2. Proceso legislativo de la Ley 156
1.3. Estructura de la Ley y ámbito de aplicación de la misma 163
1.4. El Preámbulo de la Ley y las modificaciones operadas en el contenido de éste 167
1.5. Parecer de los Grupos Parlamentarios sobre la Ley. Ventajas e inconvenientes apreciados en torno a ella 171
2. Concepto de mediación 174
2.1. Mediación, negociación y transacción 174
2.2. La mediación como procedimiento .. 177
2.3. Mediación y solución de conflictos .. 179
2.4. Mediación, intermediación y corretaje 184
3. Mediaciones en asuntos civiles y mercantiles a las que la Ley es de aplicación 187

4. Actuación del mediador 195
5. Responsabilidad de los mediadores 204
5.1. Antecedentes. Responsabilidad, garantías y seguro..... 204
5.2. Requisitos de los daños y perjuicios indemnizables..... 208
5.3. La responsabilidad de la institución de mediación y sus causas..... 213
5.4. La acción directa del perjudicado contra la institución de mediación y la de ésta contra el mediador 217

VII. CULPA Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. *Apuntes para un debate inconcluso* 221
1. Culpa, falta, pecado, riesgo y responsabilidad. Notas romanas. Libertad y responsabilidad..... 222
2. Culpa, fallo y error humano. Maquinismo, pingües beneficios, daños habidos y su resarcimiento. La protección de las víctimas como prioridad creciente 226
3. Los expedientes jurisprudenciales paliativos de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad sin culpa..... 231
4. Retorno —criticable— a la culpa de la mano del llamado Derecho del consumo y, en particular, de la normativa sobre responsabilidad resultante de daños causados por productos defectuosos 239

5. Argumentos, a favor de la culpa, esgrimidos por algunos autores y su refutación 245
6. La superación de la culpa como requisito ineludible de la responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva o por riesgo 254

VIII. DAÑOS DETERMINANTES DE RESPONSABILIDAD MÉDICA..... 263
1. El daño. Aproximación al concepto. Daños y perjuicios 263
2. Daños indemnizables. Daños injustos ... 265
3. Culpa y relación de causalidad..... 266
4. Consentimiento informado y antijuridicidad 274
5. Clases de daños..... 278
6. Daños punitivos..... 283
7. Daños derivados de cirugía estética 285
8. Daños derivados de la muerte. El estado de coma 290
Bibliografía..... 293

IX. CLAROSCUROS DEL DERECHO DEL CONSUMO. *Algunos botones de muestra* ... 295
1. Consideraciones preliminares..... 295
2. Primer botón: Saneamiento por vicios o defectos ocultos y garantías de la cosa comprada por el consumidor..... 298

3. Segundo botón: la responsabilidad por daños resultantes de productos defectuosos 302
4. Tercer botón. Uso abusivo e indiscriminado de datos personales en el ámbito contractual..... 307
5. Otros botones posibles. Servicio telefónico, transporte aéreo, ventas efectuadas por Internet..... 314
6. A modo de conclusión 316