

Justitia Nemini Neganda Est

DERECHO PRIVADO Y DERECHO PÚBLICO ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

LIBER AMICORUM en homenaje
al magistrado y profesor Rafael Fonseca González



LEOPOLDO TOLIVAR ALAS
DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS
(Coordinadores)

REUS
EDITORIAL





Rafael Fonseca González

LEOPOLDO TOLIVAR ALAS Y DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS
(Coordinadores)

Justitia Nemini Neganda Est

DERECHO PRIVADO Y DERECHO PÚBLICO ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

LIBER AMICORUM en homenaje
al magistrado y profesor Rafael Fonseca González

MARÍA TERESA ALCOLADO CHICO	JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ
CÉSAR ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA	ANA ISABEL GONZÁLEZ GONZÁLEZ
JOAQUÍN ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS	OLGA GONZÁLEZ-LAMUÑO ROMAY
IGNACIO ARIAS DÍAZ	JAVIER JUNCEDA MORENO
ANTONIO ARIAS RODRÍGUEZ	JOSÉ LUIS LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA
HERMINIA CAMPUZANO TOMÉ	RAFAEL MARTÍN DEL PESO
FERNANDO CASTRO GONZÁLEZ	PILAR MARTÍNEZ CEYANES
JESÚS MARÍA CHAMORRO GONZÁLEZ	JUAN MÉJICA GARCÍA
JOSÉ RAMÓN CHAVES GARCÍA	ILDA MÉNDEZ LÓPEZ
MIRIAM CUETO PÉREZ	EVA M ^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
JUSTO DE DIEGO ARIAS	LOURDES MORATE MARTÍN
EDUARDO ESTRADA ALONSO	DOLORES PALACIOS GONZÁLEZ
JOSÉ ESTEBAN FERNÁNDEZ-ALÚ MORTERA	MIGUEL PRESNO LINERA
FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ GONZÁLEZ	JORGE PUNSET FERNÁNDEZ
JULIO L. GALLEGO OTERO	JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ
SERGIO GALLEGO RUESTRA	PILAR RODRÍGUEZ MATEOS
BEATRIZ GARCÍA FUEYO	CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI
JUAN CARLOS GARCÍA LÓPEZ	JOSÉ ANTONIO TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE

ENRIQUE VALDÉS JOGLAR

Madrid, 2019

REUS
EDITORIAL



Universidad de Oviedo



ICA
OVIEDO
Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo

© Los autores.
© Editorial Reus, S.A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
+34 915213619 – +34 915223054
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2019)
ISBN: 978-84-290-2182-0
Depósito Legal: M-36130-2019
Diseño de portada: Editorial Reus
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: *Estilo Estugraf Impresores S.L.*

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Para la reproducción de las figuras sujetas a derecho de autor, se ha solicitado la autorización correspondiente. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo 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.

ÍNDICE

Prólogo. Derecho privado, derecho público y jueces, de LEOPOLDO TOLLIVAR ALAS.....	21
Semblanza de Rafael Fonseca González: maestro de la vida, maestro de juristas, de DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS.....	29
PRIMERA PARTE. EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL DEL SIGLO XXI: DEL DERECHO CONSUETUDINARIO ASTURIANO AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA	33
CAPÍTULO I: La compilación del Derecho consuetudinario asturiano, de IGNACIO ARIAS DÍAZ.....	35
1. El artículo 16 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias	35
2. La compilación del Derecho consuetudinario asturiano.....	37
2.1. <i>Origen y desarrollo</i>	37
2.2. <i>Figuras que la integran</i>	39
2.2.1. <i>Andecha</i>	39
2.2.2. <i>Antoxana</i>	40
2.2.3. <i>Aparcería</i>	40
2.2.4. <i>Arriendo rústico y venta de hierba o pación</i>	40
2.2.5. <i>Bistechu</i>	41
2.2.6. <i>Casería</i>	41
2.2.7. <i>Cierres</i>	41
2.2.8. <i>Compañía pesquera</i>	41
2.2.9. <i>Compraventa de animales</i>	42
2.2.10. <i>Comunidades</i>	42
2.2.11. <i>Empeño</i>	43
2.2.12. <i>Facería</i>	43
2.2.13. <i>Hórreo y panera</i>	43
2.2.14. <i>Poznera</i>	44
2.2.15. <i>Prinda</i>	45
2.2.16. <i>Servidumbre de paso, serventía y tornabuey</i>	45
2.2.17. <i>Servidumbre de polea</i>	45
2.2.18. <i>Sestafería</i>	46
2.2.19. <i>Sociedad familiar asturiana</i>	47
2.2.20. <i>Testamento mancomunado</i>	47

2.2.21. Viudedad universal	48
3. Valor jurídico.....	48
4. Perspectivas de futuro.....	51
4.1. <i>Actualización</i>	51
4.2. <i>Fórmula jurídica adecuada</i>	52
4.3. <i>¿Debe darse rango de ley a la Compilación?</i>	53
CAPÍTULO II: Las funciones judiciales y el Registro Civil: perspectivas, de LEOPOLDO TOLIVAR ALAS	57
1. Los inicios: De las Cortes de Cádiz a la Revolución de 1868	58
2. La gestación de la Ley del Registro Civil de 1870.....	66
3. Registro Civil y justicia lega. La fórmula inicial de justicia municipal.	68
4. La solución de 1957.....	72
5. Las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.....	74
6. El cambio de orientación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.....	75
CAPÍTULO III: La prueba en la investigación de la paternidad, CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI.	79
1. Planteamiento	79
2. Las pruebas biológicas.....	83
2.1. <i>Significado de la negativa a someterse a las pruebas biológicas</i>	85
2.2. <i>La negativa como prueba indiciaria</i>	88
3. Las relaciones sentimentales y la prueba de la filiación.....	94
3.1. <i>La existencia de relaciones íntimas</i>	95
3.2. <i>La posibilidad o probabilidad de relaciones íntimas</i>	101
4. Bibliografía	106
5. Índice de sentencias y autos	108
<i>Tribunal Constitucional</i>	108
<i>Tribunal Supremo, Sala Primera</i>	108
<i>Tribunal Supremo, Sala Segunda</i>	112
CAPÍTULO IV: La aplicación de la Ley de represión de la usura a la cláusula de intereses remuneratorios abusivos, de EDUARDO ESTRADA ALONSO	113
1. Introducción.....	113
2. Tipos de cláusulas.....	115
2.1. <i>Las que son abusivas y las que no son abusivas. Este trabajo versa sobre los controles que se realizan sobre las primeras</i>	116
2.2. <i>Dentro de las cláusulas no abusivas, la jurisprudencia ha creado una nueva categoría al distinguir, las que son perjudiciales para el consumidor por falta de transparencia y las que no son perjudiciales</i>	116
2.3. <i>Las condiciones que el consumidor ha podido negociar individualmente, de las que el consumidor no ha podido negociar individualmente</i>	117
2.4. <i>Las condiciones que definen el objeto principal y los elementos esenciales del contrato, de las que son meramente accesorias</i>	117

3. Controles sobre las cláusulas abusivas	117
3.1. <i>El control de contenido</i>	119
3.1.1. La exclusión de la legislación sobre protección del consumidor de la anulación de las cláusulas referidas al objeto principal	119
3.1.2. Las cláusulas que afectan al objeto principal	120
3.2. <i>Control de incorporación</i>	122
3.3. <i>Control de transparencia. Y su aplicación como solución para anular cláusulas referentes al objeto principal</i>	124
4. La nulidad del interés remuneratorio abusivo.....	129
4.1. <i>La nulidad de las cláusulas abusivas para el consumidor referidas al interés remuneratorio</i>	132
4.2. <i>Inconvenientes de la aplicación de la Ley de Represión de la usura para anular el interés remuneratorio</i>	135
5. Posibilidades de anular la cláusula de interés abusivo con la legislación que protege al consumidor	136
5.1. <i>La falta de transposición del artículo 4.2. de la directiva</i>	137
5.2. <i>La falta de precisión en la definición del objeto del contrato</i>	139
CAPÍTULO V: Datos personales, relaciones jurídico privadas y jurisprudencia europea, de DOLORES PALACIOS GONZÁLEZ	141
1. Introducción.....	141
2. El régimen interdisciplinar de la protección de los datos personales de las personas físicas	143
3. La protección de datos frente a particulares en la jurisprudencia del TJUE.....	146
3.1 <i>Ficheros de datos, tratamiento de datos y responsabilidad del tratamiento</i>	147
3.2 <i>El olvido digital</i>	150
4. A modo de conclusiones.....	155
CAPÍTULO VI: El derecho a la protección de datos personales visto por un juez, de DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS	157
1. Introducción.....	157
2. ¿Cómo se debe leer la regulación europea y española sobre protección de datos?.....	159
2.1. <i>El derecho fundamental a la protección de los datos personales</i>	160
2.2. <i>El Reglamento General de Protección de Datos y la Ley española</i>	161
2.3. <i>La sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019 sobre el uso de datos personales por los partidos políticos</i>	163
3. ¿En qué consiste la aplicación administrativa de la protección de datos personales en la Unión Europea y en España?.....	165
3.1. <i>La aplicación administrativa de la protección de datos en España: las Agencias</i>	165
3.2. <i>El delegado de la protección de datos</i>	167
3.3. <i>Un caso práctico de protección ante la AEPD</i>	167

4. ¿Qué soluciones aportan los tribunales europeos y españoles en materia de protección de datos?	168
4.1. <i>La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	169
4.2. <i>La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>	171
4.3. <i>La jurisprudencia de los tribunales españoles</i>	173
5. Conclusión.....	176
CAPÍTULO VII: Gestación por sustitución: legislación española y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de MIGUEL PRESNO LINERA	179
1. Aproximación.....	179
2. La jurisprudencia del TEDH sobre gestación por sustitución	185
3. La gestación por sustitución en el Derecho español.....	188
CAPÍTULO VIII: La ejecución o colaboración por piedad en el suicidio, en oposición a la violencia de género, de JOAQUÍN ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS.	199
1. Planteamiento	199
2. La eutanasia	201
2.1. <i>Concepto y figuras afines</i>	201
2.2. <i>La dignidad humana y el derecho a la vida</i>	202
2.3. <i>Acotaciones a la eutanasia</i>	205
3. Regulación legal del suicidio: modalidades.....	207
4. Hacia una nueva cultura de la muerte	210
4.1. <i>Necesidad de la muerte y actualidad del tema</i>	210
4.2. <i>Acotaciones al tema</i>	211
5. Epílogo.....	212
CAPÍTULO IX: El dudoso título competencial y la excesiva injerencia de los legisladores autonómicos en la regulación del uso turístico de las viviendas, de HERMINIA CAMPUZANO TOMÉ	213
1. La cesión de competencias del legislador estatal a los legisladores autonómicos sobre las Viviendas de Uso Turístico.....	213
2. La excesiva injerencia del sector público en la regulación del AVUT..	218
3. La disparidad y falta de proporcionalidad de los requisitos y limitaciones impuestas por la normativa autonómica al AVUT.....	223
CAPÍTULO X: La cuantificación del daño en materia de responsabilidad extracontractual en el Derecho español, de RAFAEL MARTÍN DEL PESO	231
1. Introducción.....	231
2. El daño corporal. Sistema legal de valoración del daño. Regulación de la ley 35/2015	232
2.1. <i>Características del sistema</i>	232
2.2. <i>Breve análisis del sistema legal</i>	234
2.3. <i>El sistema de valoración del daño fuera de la circulación</i>	237
2.3.1. El criterio rigorista de la sala primera del Tribunal Supremo...	238
2.3.2. Un giro copernicano. La sentencia del Costa Concordia.....	238

3. El daño moral. ¿es posible su cuantificación? Supuestos.....	239
4. El daño patrimonial. Sus distintos aspectos y formas de cuantificación.....	244
4.1. <i>Cuantificación del daño emergente</i>	245
4.2. <i>El lucro cesante. La problemática sobre su determinación</i>	247
4.3. <i>El premio de afección</i>	249
CAPÍTULO XI: Derecho a un entorno saludable y sostenible. Una perspectiva jurídico-legal y retos, de JUAN MÉJICA GARCÍA.....	251
1. Cambio climático y deterioro medioambiental, amenazas para la salud.....	251
2. Los efectos de la contaminación atmosférica en la salud.....	252
3. El marco regulador.....	253
4. La calidad de vida como contenido fundamental del derecho a un medio ambiente saludable.....	254
5. Contaminación ambiental y responsabilidad por daños.....	256
5.1. <i>El régimen jurídico de la responsabilidad medioambiental desde una perspectiva civil</i>	258
5.1.1. Fijación del problema práctico.....	258
5.1.2. Nota aclaratoria sobre la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.....	259
5.1.3. Controversia sobre la jurisdicción competente.....	259
5.1.4. La objetivación de la responsabilidad medioambiental.....	260
5.1.5. Acreditación de la relación de causalidad.....	261
5.1.6. Los artículos 1902 y 1908 del Código Civil como preceptos de partida. Referencia a la inversión de la carga de la prueba...	261
5.1.7. El juicio de proporcionalidad.....	263
5.1.8. Los plazos para el ejercicio de la acción de responsabilidad medioambiental.....	263
6. Consideraciones conclusivas y una reflexión final.....	264
7. Bibliografía básica.....	266
CAPÍTULO XII: La evolución de los fundamentos del Derecho, de JOSÉ ESTEBAN FERNÁNDEZ-ALÚ MORTERA.....	269
1. Introducción.....	269
2. Concepto.....	269
3. Distintas concepciones jurídicas y reflexiones en torno a su objetividad.....	272
4. El Derecho y la moral.....	276
5. El Derecho positivo frente a sus contradicciones.....	277
6. El Derecho y la política.....	281
7. Análisis de la situación presente.....	282
8. Conclusión.....	285

SEGUNDA PARTE. LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EN EL CONTEXTO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	287
CAPÍTULO XIII: La pervivencia de la Lex Aquilia en el Derecho privado y en el Derecho público actual, de JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ y BEATRIZ GARCÍA FUEYO	289
1. Consideraciones previas.....	289
2. La ley Aquilia del Derecho romano.....	291
3. La Ley Aquilia: de la Edad Media a los humanistas.....	303
4. Del iusnaturalismo racionalista a la pandectística.....	307
5. Régimen legal de la acción aquiliana en las codificaciones de los siglos XIX	315
6. El artículo 1902 del CC español y la jurisprudencia.....	320
7. Consideraciones finales.....	330
CAPÍTULO XIV: Nacionalidad y ciudadanía de la Unión desde la perspectiva del Derecho español, de PILAR RODRÍGUEZ MATEOS	337
1. Introducción.....	337
2. Pluralidad de fuentes reguladoras de las migraciones	339
3. Regulación estatal de la nacionalidad y ciudadanía europea	342
3.1. <i>Interacción en la atribución de la nacionalidad</i>	342
3.2. <i>Interacción en la pérdida y privación de la nacionalidad: el principio de proporcionalidad</i>	344
3.3. <i>Eventual relevancia de la regulación sobre recuperación de la nacionalidad española</i>	346
4. El extranjero en España.....	348
4.1. <i>Regímenes aplicables</i>	348
4.2. <i>Acceso a la condición de español</i>	350
5. El español en el extranjero.....	353
6. Bibliografía citada	355
CAPÍTULO XV: El derecho de extranjería y la familia en el vigente Derecho español: breve bosquejo, de JOSÉ ANTONIO TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE.....	357
1. La presencia del extranjero en España: del ayer al hoy	357
2. Una aspiración justa en el marco de la extranjería: la reagrupación familiar.....	363
3. El extranjero ante las relaciones jurídicas propias del estatuto personal..	372
4. Epílogo.....	376
CAPÍTULO XVI: Los menores extranjeros no acompañados en España en el contexto del Derecho de la Unión Europea, de MARÍA TERESA ALCOLADO CHICO.....	379
1. Introducción.....	379
2. Menores no acompañados: Régimen jurídico español.....	381
2.1. <i>Real Decreto 557/2011</i>	383

2.2. <i>Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados de 2014</i>	384
2.3. <i>Legislación derivada a las Comunidades Autónomas</i>	385
3. Régimen de garantías.....	386
3.1. <i>Interés superior del menor</i>	386
3.2. <i>Determinación de la edad</i>	387
3.3. <i>Derecho a ser escuchado</i>	390
4. La visión de la Unión Europea.....	391
5. A modo de conclusión.....	395
CAPÍTULO XVII: Debilidades sustantivas y procesales de los funcionarios en defensa de sus funciones, de JOSÉ RAMÓN CHAVES GARCÍA	397
1. El funcionario ante los mandatos jurídicos obligatorios de su Administración.....	397
1.1. <i>Derechos e intereses en tensión</i>	397
1.2. <i>Las bases subyacentes del conflicto</i>	399
2. Las órdenes ilegales.....	400
2.1. <i>Razones y situaciones</i>	400
2.2. <i>Criterio legal ante la tensión entre jerarquía y legalidad</i>	401
2.3. <i>La exteriorización de la colisión entre autoridad y subordinado</i>	403
2.4. <i>La coartada de los informes jurídicos que sustentan la orden</i>	404
3. Supuestos singulares de agresión funcional.....	406
3.1. <i>La atribución de funciones ajenas al puesto de trabajo</i>	406
3.2. <i>La adaptación técnica impuesta</i>	408
3.3. <i>Escenarios de mobbing</i>	409
3.4. <i>Desviación de poder</i>	411
4. La hostilidad transversal.....	412
4.1. <i>La complicidad de las relaciones de puestos de trabajo</i>	412
4.2. <i>La actitud de sindicatos y órganos de representación</i>	414
5. La reacción fáctica.....	414
5.1. <i>Resistencia y queja</i>	414
5.2. <i>La actitud hostil y respuesta disciplinaria</i>	416
6. La reacción contencioso-administrativa.....	417
6.1. <i>La ausencia de acción pública</i>	417
6.2. <i>La ausencia de acción colectiva</i>	418
6.3. <i>La ausencia de defensa burocrática por parte de los letrados públicos</i>	419
6.4. <i>¿Recurrir o no recurrir en solitario?</i>	419
7. Debilidades procesales.....	421
7.1. <i>Los preliminares del litigio. Ejecutividad y la suspensión</i>	421
7.2. <i>La lucha probatoria desigual en el proceso</i>	423
7.3. <i>El nicho discrecional de las potestades funcionariales</i>	424
7.4. <i>La limitación temporal para la extensión de efectos de las sentencias</i>	425
8. Conclusiones.....	426
9. Bibliografía.....	426

CAPÍTULO XVIII: Reflexiones sobre el derecho de propiedad en el régimen urbanístico español, de JUSTO DE DIEGO ARIAS	429
1. Introducción.....	429
2. El derecho de propiedad en la Constitución y en la doctrina del Tribunal Constitucional.....	432
2.1. <i>La función social</i>	434
2.2. <i>El contenido esencial del derecho de propiedad</i>	437
2.3. <i>El derecho de propiedad en nuestro marco internacional de referencia</i>	442
3. El derecho de propiedad en el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, de 30/10/2015.....	448
3.1. <i>El derecho a edificar</i>	450
3.2. <i>Sobre las vinculaciones y limitaciones singulares que llevan consigo una restricción de la edificabilidad</i>	456
CAPÍTULO XIX: Reflexiones sobre algunas cuestiones relacionadas con la invalidez en el ámbito del derecho urbanístico, de FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ GONZÁLEZ	461
1. Reflexiones sobre la invalidez de los planes urbanísticos	461
1.1. <i>Introducción. Estado de la cuestión</i>	461
1.2. <i>Régimen jurídico vigente. La nulidad absoluta o de pleno derecho de los Planes Generales de Ordenación Urbana y sus consecuencias. Problemas que plantea y posibles soluciones</i>	463
1.3. <i>Una referencia al problema de la nulidad de los planeamientos urbanísticos por causas sobrevenidas y ajenas al plan. Propuestas de solución</i>	469
2. Reflexiones sobre algunos problemas que plantea la invalidez de las actuaciones urbanísticas. Referencia a la figura de las autorizaciones provisionales de edificaciones o actuaciones preexistentes	474
CAPÍTULO XX: La protección del medio ambiente y las transformaciones del Derecho Civil y el Derecho Administrativo, de JAVIER JUNCEDA MORENO.....	481
1. Introducción.....	481
2. La coexistencia del Derecho civil y del Derecho administrativo en la cuestión ambiental	482
3. Consecuencias de esta controvertida tutela ambiental público-privada.....	488
4. El Derecho civil en la vigente Ley de Responsabilidad Ambiental	492
5. Conclusiones	494
CAPÍTULO XXI: Lo que queda del Código civil en el desarrollo de las propiedades especiales: el caso del dominio público hidráulico, de FERNANDO CASTRO GONZÁLEZ	497
1. Apunte histórico sobre el Derecho de aguas en España	498
2. Bienes que integran del dominio público hidráulico	503
3. Bienes no incluidos en el dominio público hidráulico	505
4. Dominio privado de las aguas: régimen transitorio de la Ley de Aguas y mantenimiento de los derechos adquiridos.....	508

5. Usos y títulos jurídicos para el aprovechamiento del dominio público hidráulico	510
6. Conclusión.....	516
7. Bibliografía	517
CAPÍTULO XXII: La contratación pública y sus dimensiones administrativa y civil: jurisdicción, invalidez e indemnización, de OLGA GONZÁLEZ-LAMUÑO ROMAY	519
1. Introducción.....	519
2. Los contratos públicos en el Derecho español: contratos administrativos y contratos privados de las Administraciones	521
3. La contratación pública ante la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción civil	525
3.1. <i>Las previsiones legales sobre la competencia de la jurisdicción civil y contencioso-administrativa en materia de contratación administrativa</i>	<i>525</i>
3.2. <i>La jurisprudencia sobre el reparto de la competencia entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la civil</i>	<i>526</i>
4. La invalidez de los contratos administrativos: causas de Derecho civil y de Derecho administrativo.....	531
4.1. <i>Las causas de invalidez de derecho civil y de derecho administrativo de los contratos públicos</i>	<i>531</i>
4.2. <i>La jurisprudencia sobre las causas de invalidez de los contratos públicos</i>	<i>532</i>
5. La indemnización derivada de la responsabilidad extracontractual de la Administración en la celebración de contratos públicos.....	534
5.1. <i>La regulación de la responsabilidad de las Administraciones por incumplir la legislación en materia de contratación pública.....</i>	<i>535</i>
5.2. <i>La jurisprudencia sobre el alcance de la responsabilidad y de la indemnización por vulneración por las Administraciones de las normas de contratación administrativa.....</i>	<i>536</i>
6. Conclusión.....	537
CAPÍTULO XXIII: La crisis del concepto de empleado público. Problemática de la temporalidad en las Administraciones públicas y su interpretación por los Tribunales de Justicia, de LOURDES MORATE MARTÍN ...	539
1. Introducción.....	539
1.1. <i>Contexto actual del empleo público</i>	<i>539</i>
1.2. <i>La aplicación de la doctrina europea y su efecto sobre el concepto de empleado público.....</i>	<i>541</i>
1.2.1. Temporalidad y la creciente laboralización de la administración: doctrina europea sobre equiparación de derechos entre temporales y fijos.....	542
1.2.2. Efectos en la temporalidad en las Administraciones de base territorial (Administración del Estado, C.C.A.A. y Administración local)	545

1.2.3. Efectos de la temporalidad en la Universidad: personal de servicios; profesor universitario: del profesor investigador al profesor asociado.....	547
1.3. <i>Otros supuestos de incorporación de personal indefinido no fijo. La problemática de las contrataciones de servicios: cesión ilegal de trabajadores u sucesión de empresas</i>	549
2. Consecuencias del incremento del personal laboral temporal	553
3. Conclusión: soluciones para la reducción de la temporalidad y perspectivas de futuro	554
4. Bibliografía	556
CAPÍTULO XXIV: Empleo público y Estado social de Derecho, de EVA M^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN	557
1. Introducción.....	557
2. El Estado social como fin constitucional	557
3. El papel de la Administración en el Estado social	562
4. El derecho a una buena administración en el Estado social.....	565
4.1. <i>El porqué o fundamento de la exigencia de una buena Administración.</i>	565
4.2. <i>Las distintas manifestaciones de una buena Administración</i>	568
5. La labor fundamental de los empleados públicos en la consecución del derecho a una buena administración	571
6. Conclusión.....	574
7. Bibliografía	575
CAPÍTULO XXV: La protección fiscal de la familia: ¿mito o realidad?, de ANA ISABEL GONZÁLEZ GONZÁLEZ	577
1. Introducción.....	577
2. La protección de la familia en la Constitución Española.....	579
3. La Ley del IRPF. Elección del sujeto contribuyente.....	582
4. La opción por la tributación conjunta.....	588
5. Familia y relaciones familiares.....	593
6. Otras medidas	598
6.1. <i>Reducciones en la base</i>	598
6.2. <i>Deducción en la cuota</i>	598
7. Normativa autonómica	599
8. Conclusiones	603
CAPÍTULO XXVI: La responsabilidad sanitaria de las Administraciones y la responsabilidad individual de los médicos, de SERGIO GALLEGO RUESTRA	605
1. Los albores de la responsabilidad sanitaria.....	605
2. El incremento de la exigencia de responsabilidad por los ciudadanos y sus posibles causas	607
3. Los cambios introducidos en el ordenamiento jurídico y la consecuente consolidación de la responsabilidad patrimonial	609

4. La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria y sus peculiaridades. Construcción jurisprudencial.....	613
4.1. <i>La doctrina de la pérdida de oportunidad</i>	615
4.2. <i>Los efectos de la ausencia del consentimiento informado en la responsabilidad patrimonial sanitaria</i>	618
TERCERA PARTE. LAS RELACIONES JURÍDICAS PRIVADAS Y PÚBLICAS ANTE LOS TRIBUNALES.....	625
CAPÍTULO XXVII: Los conflictos de jurisdicción: aspectos evolutivos y procesales, de ILDA MÉNDEZ LÓPEZ.....	627
1. Introducción y justificación	627
2. Delimitación del concepto.....	627
3. Evolución histórica de los conflictos de jurisdicción.....	629
4. Los conflictos jurisdiccionales en el sistema vigente de la LO 2/1987	632
5. Los diversos tipos de conflictos.....	634
5.1. <i>Los conflictos entre los juzgados y tribunales ordinarios y la Administración</i>	634
5.1.1. Legitimación para su planteamiento.....	634
5.1.2. Tramitación para el planteamiento del conflicto (<i>a quo</i>).....	636
5.1.3. Tramitación ante el Tribunal de conflictos (<i>ad quem</i>).....	637
5.1.4. La sentencia y el régimen de recursos	638
5.2. <i>Los conflictos entre los juzgados y tribunales (ordinarios) y la jurisdicción militar</i>	639
5.2.1. Órgano competente para resolver el conflicto	639
5.2.2. Legitimación para plantear el conflicto	640
5.2.3. Tramitación del conflicto (<i>a quo</i>).....	642
5.2.4. Tramitación del conflicto (<i>ad quem</i>).....	643
5.3. <i>Conflictos entre la jurisdicción militar y la Administración</i>	643
5.4. <i>Conflictos con la jurisdicción contrable</i>	643
6. Conclusión.....	645
7. Bibliografía	646
CAPÍTULO XXVIII: De nuevo sobre los interdictos frente a las Administraciones públicas, de CÉSAR ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA	647
1. Introducción.....	647
2. La prohibición de los interdictos frente a las Administraciones públicas...	648
3. Concepto y contenido de la vía de hecho.....	649
3.1. <i>Cuestiones de incompetencia</i>	649
3.2. <i>Vicios de procedimiento</i>	652
4. Especial referencia a la doctrina y jurisprudencia respecto a la reforma de la ley jurisdiccional	655
5. Inconvenientes de la actual regulación procesal del interdicto de obra nueva y posibles soluciones por vía legislativa	658
6. Conclusiones	659

CAPÍTULO XXIX: La Administración pública ante la jurisdicción civil. Del peregrinaje jurisdiccional a la acción directa, de JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ	663
1. Esfuerzos legislativos para la superación del peregrinaje jurisdiccional	663
2. La postura del Tribunal Supremo ante el peregrinaje de jurisdicciones	667
3. ¿«Tacticismo» procesal?.....	673
4. La acción directa exclusivamente contra la aseguradora.....	674
CAPÍTULO XXX: Aspectos jurisdiccionales controvertidos de las relaciones entre Parlamentos e Instituciones de Control Externo, de ANTONIO ARIAS RODRÍGUEZ	681
1. La función de fiscalización	681
2. Designación de los miembros de la Instituciones de Control.....	684
2.1. <i>Requisitos</i>	687
3. El plan anual de fiscalización	690
3.1. <i>Litigiosidad</i>	691
3.2. <i>Comisiones parlamentarias de investigación</i>	693
3.3. <i>Jurisprudencia sobre el “saqueo” del Ayuntamiento de Marbella</i>	693
4. El informe de fiscalización	695
4.1. <i>Las alegaciones</i>	697
5. Reflexión final	698
6. Bibliografía	699
CAPÍTULO XXXI: Unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad de la Administración por asistencia sanitaria: nuevas quiebras, de MIRIAM CUETO PÉREZ	703
1. Evolución normativa: la anhelada y no lograda unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial.....	703
2. La jurisdicción contencioso-administrativa única competente para declarar la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria.....	709
3. La regulación contenida en las Leyes 39 y 40/2015: la desaparición de la disposición sobre responsabilidad de la Administración en el ámbito sanitario	712
4. La acción directa contra la aseguradora: necesidad de una nueva regulación.....	715
CAPÍTULO XXXII: La cuestión de ilegalidad en la Jurisdicción Contencioso-administrativa: 20 años de experiencia, de JORGE PUNSET FERNÁNDEZ	721
1. Introducción.....	721
2. La impugnación directa e indirecta de los reglamentos. Antecedentes legislativos y jurisprudenciales	722
3. La cuestión de ilegalidad en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998.....	724
4. Aspectos procedimentales	727
5. El alcance de la cuestión de ilegalidad en la jurisprudencia.....	732
5.1. <i>La cuestión de ilegalidad y las Relaciones de Puestos de Trabajo</i>	732

5.2. Casación ordinaria y en interés de ley	734
5.3. La impugnación por motivos formales.....	736
5.4. Cuestión de ilegalidad y disposiciones derogadas	737
6. Conclusión.....	738
7. Bibliografía	738
CAPÍTULO XXXIII: El recurso de casación por infracción de legislación autonómica en el ámbito de las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, de JESÚS MARÍA CHAMORRO GONZÁLEZ.....	741
1. Consideraciones generales sobre el nuevo modelo	741
2. Problemas de planta en nuestro sistema de Justicia Administrativa	744
3. Aspectos críticos de la reforma en relación al recurso de casación autonómico	744
4. Doctrina del Tribunal Constitucional.....	750
5. El interés casacional	753
6. Conclusiones	757
CAPÍTULO XXXIV: Las decisiones de las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos y su control judicial. Conflicto de competencias entre las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa, de ENRIQUE VALDÉS JOGLAR.....	759
1. Introducción.....	759
2. Naturaleza jurídica de las juntas arbitrales de arrendamientos rústicos y de sus decisiones ejecutivas	760
3. Jurisdicción competente para controlar la legalidad de las decisiones ejecutivas de las juntas arbitrales de arrendamientos rústicos	760
4. Competencia jurisdiccional para la ejecución forzosa de las decisiones ejecutivas de las juntas arbitrales de arrendamientos rústicos	765
5. A la espera del pronunciamiento de la sala de conflictos de competencia del Tribunal Supremo	770
6. Conclusiones	771
7. Bibliografía	771
CAPÍTULO XXXV: Los litigios de dominio público en la jurisdicción contencioso-administrativa, de PILAR MARTÍNEZ CEYANES	773
1. Introducción.....	773
2. Clasificación tradicional de los bienes públicos: demaniales y patrimoniales.....	775
3. La protección de los bienes públicos	776
4. Litigios derivados de la declaración de la titularidad pública de un bien. Inclusión en el inventario	777
5. Investigación de bienes y derechos	779
6. Recuperación posesoria de los bienes	781
7. Deslinde administrativo.....	784
8. Los denominados “bienes de interés público”, problemática que plantean en el orden civil y contencioso-administrativo	785

9. A modo de conclusión	792
10. Bibliografía	793
CAPÍTULO XXXVI: Discapacidad y derechos fundamentales: experiencias comunes a las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa, de JUAN CARLOS GARCÍA LÓPEZ	795
1. Introducción.....	795
2. El concepto de discapacidad en el ordenamiento jurídico, instrumentos internacionales y normativa interna	797
3. Incidencia de la discapacidad en el ejercicio de los derechos fundamentales en el proceso civil.....	801
3.1. <i>Los procesos de modificación de la capacidad civil de las personas. La doctrina del “traje a medida”</i>	801
3.2. <i>Problemas prácticos en el desarrollo del proceso de modificación de la capacidad</i>	803
3.3. <i>Esterilización de personas con discapacidad psíquica</i>	806
3.4 <i>El internamiento por razón de un trastorno psíquico</i>	808
4. Incidencia de la discapacidad en el ejercicio de los derechos fundamentales en el proceso contencioso-administrativo	810
CAPÍTULO XXXVII: La valoración del daño corporal y su aplicación por los tribunales contencioso-administrativos, de JULIO GALLEGO OTERO	813
1. Régimen Legal	813
2. Requisitos y acreditación.....	815
2.1. <i>Requisitos: efectividad, individualización, evaluación y antijuricidad del daño</i>	815
2.2. <i>Acreditación</i>	817
3. Sistemas de valoración.....	819
4. Aplicación de intereses.....	825
5. Baremo de daños de la Ley 35/2015, por la que se aprueba el nuevo baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico	827
CAPÍTULO XXXVIII: Intervención judicial en donación de órganos procedentes de donante vivo, de JOSÉ LUIS LÓPEZ DEL MORAL ÉCHEVERRÍA	831
1. La Ley 30/79 de 27 de octubre sobre extracción y trasplante de órganos..	831
2. Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad	833
2.1. <i>Fundamento y precedentes</i>	833
2.2. <i>Ámbito de la norma y principios inspiradores de la nueva regulación</i> ...	834
2.3. <i>Obtención de órganos de donante vivo</i>	837
2.4. <i>Prestación del consentimiento por el donante</i>	838
3. Infracciones y sanciones.....	840

Prólogo

Derecho privado, derecho público y jueces

LEOPOLDO TOLIVAR ALAS

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo
y Presidente de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia

No es frecuente en nuestros días encontrarse con juristas que hayan cultivado el Derecho en todas sus dimensiones, privada y pública; y de todas las maneras, teórica y práctica; proviniendo, además, de profesiones, como la de ingeniero, con una neta formación científico-técnica. Este es el caso de Rafael Fonseca González, magistrado y profesor universitario, docente de todo el programa de Derecho civil del antiguo plan de estudios establecido por el Decreto de 11 de agosto de 1953, del segundo al quinto curso de la Licenciatura en Derecho; y juez especialista en la jurisdicción contencioso-administrativa, probablemente la especialización más prestigiosa de la carrera judicial. Este caso singular, lejos de ser una rareza, debería constituir un ejemplo de cómo abordar el Derecho en el siglo XXI.

Los juristas hemos aprendido desde nuestro primer día en la Facultad a distinguir, como hace el *Digesto* justiniano en su Libro primero, entre las dos perspectivas de nuestra disciplina: el derecho público y el derecho privado. Sin embargo, si bien son útiles las clasificaciones, hay, en realidad, un único sustrato común que constituye la esencia de nuestra profesión. Es precisamente a esta idea a la que se dedica este libro que se estructura en torno a tres constataciones: el inagotable poder de adaptación y de regulación del Derecho civil, la interacción de lo público y lo privado en un contexto europeo, y la especial manera de abordar estas cuestiones públicas y privadas que tienen los tribunales de justicia.

En primer lugar, el Derecho civil rige nuestras vidas y lo hace con una flexibilidad y una sabiduría que nos hace deudores de los juristas romanos. Es difícil que en una institución básica de nuestro tiempo no se observen las huellas del genio jurídico de Roma. Por eso sorprende que en los países culturalmente más cercanos a la tradición latina se postergue la atención al Derecho romano y que, paradójicamente, sean los países anglosajones del *Common Law* los que mantengan una envidiable atención a la tradición jurídica romana. Es probable que se cite más a los juristas romanos y que se utilicen con más propiedad los bro-

cardos latinos en los tribunales supremos de Londres o Washington que en los supremos tribunales con sede en las ciudades del continente europeo.

Por eso no puede extrañar un análisis provechoso de la responsabilidad extracontractual que indague los vestigios de la *Lex Aquilia* en la responsabilidad civil y en la responsabilidad de las Administraciones.

Y en una obra, elaborada en honor de Rafael Fonseca, no puede faltar una referencia a la tradición y a las costumbres, a las modestas instituciones consuetudinarias asturianas como el hórreo o la antojana que tanto dicen de nuestro pasado y que también pueden seguir aportando soluciones a nuestra convivencia.

Pero también el viejo derecho civil tiene que hacer frente a los más modernos desafíos con que la ciencia y la técnica retan al derecho de familia, a la función notarial o a un medio ambiente saludable y sostenible.

En segundo lugar, en nuestros días resulta manifiesto el interés que presenta la interacción entre lo público y lo privado como se aprecia en el Derecho español y en el contexto europeo.

En los siglos XIX y XX se llegó a decir en Francia, como ha explicado S. Martín-Retortillo, que «el derecho administrativo y el derecho civil forman como si fueran dos mundos separados» (Alexis de Tocqueville) y que «el Derecho administrativo repudia en bloque al Derecho privado» (Georges Vedel)¹.

Sin embargo, en el siglo XXI dichas afirmaciones no dejan de ser exabruptos ilustrados y basta con observar el reparto de tareas entre las distintas jurisdicciones en cada país, según la tradición jurídica a la que pertenezcan, la del *Civil Law* o la del *Common Law*, o de acuerdo con el espacio supranacional al amparo del que se desarrolla, por ejemplo el Derecho de la Unión Europea, para comprender el carácter meramente convencional de tal división público-privado para los estudiosos y la necesidad que tiene el profesional del Derecho de abordar las cuestiones jurídicas con toda la panoplia de conceptos e instituciones que pacientemente ha ido creando cada sociedad.

En el caso de España, anclado su Derecho público firmemente en la tradición del Derecho administrativo francés, no ha dejado de utilizar conceptos propios del *ius civile* cuando se trata de abordar ámbitos como el dominio público, la responsabilidad patrimonial, la contratación administrativa, que, no obstante, requieren una revisión y su correspondiente reformulación. Así se observa también en los desarrollos de políticas públicas en ámbitos tan distintos como la inmigración, el medio ambiente, la protección de los datos personales

¹ S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1960, p. 30.

o la defensa del consumidor, en cuyos litigios se solapan cuestiones de derecho público y de derecho privado que no siempre son fáciles de comprender ni de resolver. En fin, en nuestro país se han producido fenómenos menos ejemplares como el de la huida del Derecho administrativo: la huida del derecho Administrativo general, bien hacia un régimen administrativo singular, la primera fase de la huida; bien hacia el Derecho Privado, la segunda fase de la huida; es decir, ese intento indisimulado por parte de los poderes públicos de aplicar regímenes que estén menos sujetos al control y en situaciones en las que el interés privado se confunde interesadamente con el interés público².

Así pues, es obvio el proceso de ‘publicización del Derecho privado’ pero sin duda ha habido una ‘privatización del Derecho público’ que, finalmente, se presentan como la realidad compleja que debe ser desentrañada y resuelta.

En tercer lugar, las relaciones jurídicas privadas y públicas se plantean finalmente ante los tribunales. En este caso ya no estamos ante el estudio de la Facultad sino que nos vemos obligados a dirimir controversias aplicando el Derecho y haciéndolo a una realidad que supera la imaginación más desbordada. Son las mismas cuestiones de la responsabilidad patrimonial, de la contratación pública o de la protección de los consumidores que se plantean ante el juez civil o ante el juez contencioso-administrativo, o ante los dos.

En materia de dominio público las relaciones triangulares entre denunciante, administración y poseedor o propietario tienen siempre difícil solución por estar encajada la controversia entre la posesión o la propiedad de los implicados sobre una franja de terreno, lo que obliga a un análisis típicamente privado, y lo público, la protección y defensa del interés público. En estos casos, resulta patente que el reparto jurisdiccional no resulta satisfactorio: los jueces contencioso-administrativos no pueden pronunciarse sobre la titularidad de los bienes sino que deben controlar la legalidad de la actuación de la Administración (en el ejercicio de sus competencias de recuperación de oficio y deslinde de los bienes públicos) de modo que, por ejemplo, «el ejercicio de la facultad de recuperación se reconoce [a la Administración] sin perjuicio de la acción de quien se crea titular de los bienes sobre los que se ejercita el *interdictum proprium* para reivindicarlos ante la jurisdicción civil»³; en cambio, los jueces civiles tie-

² TS (Sala 3ª, Sección 2ª), sentencia de 17 de mayo de 2012, recurso nº 2616/2009, ES:TS:2012:3634, ponente: Aguillo Avilés, FJ 3 (precio público por el amarre en un puerto deportivo de Bermeo).

³ TS (Sala 3ª, Sección 7ª), sentencia de 28 de diciembre de 2005, recurso nº 3151/2002, ES:TS:2005:7721, ponente: Maurandi Guillén, FJ 4 (recuperación de oficio de terreno de la Universidad Pablo de Olavide).

nen la potestad de pronunciarse sobre la titularidad dominical pero ven limitado o incluso tienen prohibido enjuiciar la actuación de la Administración.

En la contratación administrativa se ha producido también una utilización de los conceptos de Derecho privado en el marco de una tarea de armonización europea y de intensa jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, a la vez y con el fin de asegurar el funcionamiento del mercado único europeo, ha ampliado el concepto de los poderes adjudicadores que ya no solo son las Administraciones sino también otros organismos «creados con la finalidad específica de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y cuya actividad responda a tales necesidades»⁴.

Ya en 1963 García de Enterría, al plantear si los contratos administrativos eran instituciones de Derecho administrativo o de Derecho civil, explicaba: «Si tuviéramos que ofrecer una representación gráfica expresiva de la relación entre las dos figuras, habría de ser, no la de dos islas separadas y cada una suficiente sobre sí misma (imagen que nunca cuadra a la pretendida autonomía de las distintas ramas del Derecho), sino la de dos montañas de una misma cordillera, cuya base es, y no puede dejar de ser, absolutamente común e indiferenciada, teniendo, por otra parte, que reconocer llanamente, como es, por lo demás, tan obvio, y sería simplemente infantil intentar negar, que esa base común es precisamente la ofrecida por la multiseccular y refinada elaboración técnica del Derecho civil»⁵.

La omnipresencia de la Administración en nuestras vidas también ha sido impugnada por aquellos a quienes interesa únicamente una relación jurídica privada. Precisamente, una de las últimas indicaciones que ha tenido que hacer el Tribunal Supremo se ha referido al alcance de la potestad sancionadora de la Administración sobre estas relaciones jurídico-privadas. Se cuestionaba por algunos tribunales el ejercicio de la potestad sancionadora de las Administraciones en los supuestos de cláusulas abusivas de la contratación con entidades bancarias. De hecho, estos tribunales acogieron la tesis de los bancos conforme a la cual la potestad sancionadora estaba limitada en este ámbito al tratarse de una cuestión privada que tenía que dirimirse previamente en la jurisdicción civil. En consecuencia, anularon numerosas multas impuestas a los bancos que seguían aplicando cláusulas abusivas en la contratación.

Ahora bien, en 2017 intervino el Tribunal Supremo y tuvo que señalar enérgicamente: «el bloqueo del ejercicio de la potestad sancionadora de todas las Administraciones Públicas en materia de protección de los consumidores es

⁴ TJUE, sentencia de 5 de octubre de 2017, LitSpecMet, C-567/15, EU:C:2017:736, apartado 35.

⁵ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, "La figura del contrato administrativo", *Revista de administración pública* nº 41, 1963, p. 116.

una doctrina gravemente dañosa y errónea»⁶. Corrigiendo a estos tribunales, la Sala Tercera del Tribunal Supremo interpretó: «La Administración puede sancionar la utilización de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y usuarios en aplicación de los tipos infractores previstos en [la legislación sobre protección de los consumidores] sin necesidad de previa declaración judicial del orden civil».

En 2019 el Tribunal Supremo ha confirmado esta doctrina y ha recordado y puntualizado, no obstante, que en determinadas ocasiones las Administraciones Públicas están legitimadas para acudir a la jurisdicción civil para instar la nulidad de una cláusula contractual abusiva⁷.

En fin, el nuevo derecho fundamental a la protección de los datos personales, consagrado por el artículo 8 de la Carta de la Unión Europea para sobrevivir dignamente a los avances tecnológicos se configura con sus características esenciales y también exige que haya una autoridad independiente que asegure su protección. El propio derecho fundamental tiene como característica contar con un organismo público de control, en España la Agencia Española de Protección de Datos, que asegure su efectividad pero que también dota a este derecho fundamental de una dimensión pública que se añade al mero interés privado.

De todas estas cuestiones trata este libro inspirado precisamente por la trayectoria vital y profesional del magistrado y del profesor Rafael Fonseca González. Para ello han contribuido generosamente –bajo el impulso de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia, a la que tan destacados servicios viene prestando el homenajeado desde hace muchos años y, en la actualidad, como Secretario de la misma– destacados miembros de la judicatura, de la abogacía, de las administraciones y de la universidad con el fin de iluminar esa visión práctica del derecho que se propone, en definitiva, ofrecer soluciones a los litigios de la vida cotidiana.

⁶ TS (Sala 3ª, Sección 4ª), sentencia de 16 de septiembre de 2017, recurso nº 2452/2016, ES:TS:2017:3731, ponente: Teso Gamella (anulación de sanciones administrativas de la Junta de Andalucía por prejudicialidad civil del carácter abusivo de las cláusulas en los contratos bancarios).

⁷ En el mismo sentido se han pronunciado TS (Sala 3ª, Sección 4ª), sentencia de 18 de junio de 2019, recurso nº 3972/2017, ES:TS:2019:2090, ponente: Fonseca-Herrero Raimundo (multa de la Junta de Andalucía a entidad bancaria por la comisión de infracción de protección del consumidor frente a cláusulas abusivas).

SEMBLANZA

Semblanza de Rafael Fonseca González: maestro de la vida, maestro de juristas

DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS

Magistrado

Hay quienes creemos, la mayoría, en el destino; mientras que otros, muy pocos, se dedican a forjar su vida según el plan que ellos mismos se proponen y lo hacen afrontando dificultades que a los ciudadanos comunes nos parecen insuperables.

Que un aprendiz llegue a maestro del taller parece reservado solo a los buenos profesionales; pero que ese mismo aprendiz se diplome como Ingeniero Técnico de Minas y termine diseñando y levantando torres eléctricas, está reservado solo a las personas especiales.

Que un ingeniero estudie Derecho no deja de ser infrecuente aunque no imposible; pero que ese ingeniero termine de discípulo de uno de los mejores civilistas españoles y que él mismo cree una escuela de discípulos en todas las profesiones jurídicas, que lo recuerdan con veneración y agradecimiento, ya es propio de un jurista excepcional.

Que un civilista termine de juez no resulta difícil; pero que se convierta en un reputado magistrado especialista de lo contencioso-administrativo, que sirva de ejemplo para tantos jueces, solo es dado conseguirlo a un juez extraordinario.

Esa persona especial, ese jurista excepcional y ese juez extraordinario es Rafael Fonseca González.

Asturiano, nacido en Tuilla, en el concejo de Langreo, el 15 de diciembre de 1947, cursa sus primeros estudios en la escuela del pueblo y prepara el bachillerato y el preuniversitario en una academia donde no le cobran por ser huérfano de padre y por lo aprovechado en sus estudios. Los exámenes, por libre, los supera en el Instituto Jovellanos de Gijón. Mientras era aprendiz en la Central Térmica de Lada obtiene en 1970 el título de Ingeniero Técnico de Minas en la especialidad de Electromecánica y pasa a trabajar levantando torres de alta tensión en una filial de Electra de Viesgo en Mieres.

Paralelamente cursa los estudios de Derecho y, una vez licenciado en 1976, pide la excedencia para dedicarse al ejercicio de la abogacía. En 1980, ya bajo el magisterio del catedrático Manuel Iglesias Cubría, lee su tesis doctoral sobre

La sociedad legal de gananciales (aportaciones críticas para la reforma de su régimen jurídico) por la que recibe por unanimidad el sobresaliente *cum laude* de un tribunal integrado por los ilustres civilistas Manuel Gitrama, Manuel Albaladejo, José Luis de los Mozos, Joaquín Arce y el propio Manuel Iglesias Cubría.

Después de haber superado la oposición de profesor adjunto de Derecho civil obtiene en 1984 la plaza de profesor titular de Universidad. En la Universidad de Oviedo forma numerosas generaciones de juristas que siguen con él la programación de todo el Derecho civil, la base de la carrera de Derecho del plan de 1953, y desempeña en 1986 las funciones de vicedecano.

En 1988 ingresa en la carrera judicial y es destinado a la Audiencia Territorial de Madrid. En 1991 supera las pruebas de magistrado especialista de lo Contencioso-administrativo y accede a la correspondiente plaza en la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Es miembro de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia: correspondiente (1983), numerario (2000), después de leer un discurso relativo a *La cuestión de ilegalidad como procedimiento especial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, que fue contestado por Eduardo Gota Losada, y en la actualidad actúa como su secretario. Es miembro correspondiente del Real Instituto de Estudios Asturianos (RIDEA) y dirige la *Revista Jurídica de Asturias*. Desde 1992 y en la medida en que se lo permiten sus obligaciones judiciales también desempeña tareas de profesor asociado de Derecho civil de la Universidad de Oviedo.

Las publicaciones de Rafael Fonseca abordan cuestiones de Derecho privado y de Derecho público. Por una parte, realiza estudios sobre los aspectos civiles tradicionales, en particular los arrendamientos rústicos y urbanos, el derecho de familia y el derecho consuetudinario asturiano, del que son memorables sus estudios sobre el hórreo y la antojana. Y, por otra parte, ha profundizado en el conocimiento, en el ámbito del derecho público, de la responsabilidad patrimonial, especialmente en el sector sanitario, de la contratación administrativa, la expropiación, el urbanismo y el régimen administrativo local.

En un mundo cada vez más bárbaramente especializado, en una sociedad cada vez más tecnificada, en unas profesiones cada vez más compartimentadas quedan pocos humanistas que conjuguen una formación integral, técnica como la Ingeniería y humanística como el Derecho.

Ahora bien, Rafael Fonseca no se limita a conocer y a enseñar la base del Derecho, el milenario *ius civile*, sino que lo trasciende y su labor judicial consiste en aplicar el Derecho que está en la vanguardia; un Derecho administrativo de poco más de dos siglos desde que se promovió en la Francia napoleónica hasta la irradiación de los derechos fundamentales al modo germánico y por influencia estadounidense, que actúan como valladar frente a la intromisión de los poderes

públicos. Precisamente, la Constitución española de 1978 ha sido la síntesis feliz de esas tradiciones jurídicas que erigen al juez en una garantía para nuestra sociedad frente a las intromisiones de los poderes públicos apoyados en el avance vertiginoso de las nuevas tecnologías. Es esta Constitución la que con tanta dignidad y tanta prudencia aplica el magistrado Fonseca González en un mundo que ha ayudado a construir, a entender y a ordenar conforme al Derecho.

Bien es verdad que la regulación del mundo tecnológico actual, su creciente uberización y las complejas relaciones que va creando no serán mucho más que una nota al pie del *Digesto* de Justiniano. Sin embargo, el factor humano en la aplicación judicial es esencial. Por eso, en Rafael Fonseca, como juez, convergen su formación humana y su personalidad forjada a través del esfuerzo personal y gracias al apoyo familiar y social; la formación universitaria alimentada por maestros inolvidables como Iglesias Cubría y anclada en los modos de un quehacer judicial que imprime en los jueces, como diría Alexis de Tocqueville, «hábitos de orden, un cierto apego a las formas, una especie de amor instintivo por el encadenamiento regular de las ideas, que les hacen naturalmente opuestos al espíritu revolucionario». Y así podremos imaginar siempre a Rafael Fonseca, el magistrado que se dedica al Derecho, como pretendía hacer Tácito con la Historia, *sine ira et studio*, sin prejuicios y con esfuerzo, que diríamos hoy en día. Quizás el secreto de tantos logros profesionales y de tan extraordinario acervo jurídico esté en una vida familiar plena, apoyado por Marisa, su esposa, rodeado de sus hijos, Alberto y Cecilia, su nuera Vanesa, su yerno Gustavo y su nieto Leo.

Quien conozca a Rafael Fonseca sabe que su vida como juez se guía por los principios de independencia y de imparcialidad; que no ha dejado de cultivar las virtudes judiciales por excelencia: la integridad, la prudencia, la honradez; y que sigue a rajatabla el aviso del artículo 60 del *Código Iberoamericano de Ética Judicial*: «El juez debe evitar comportamientos o actitudes que puedan entenderse como búsqueda injustificada o desmesurada de reconocimiento social».

Este homenaje tampoco vulnera la referida regla ética porque el festejado nunca ha pedido ni sugerido nada y los que lo promovemos estamos convencidos de que un libro, con contribuciones de juristas que han compartido o se han forjado bajo el magisterio en la universidad y en la judicatura de un hombre de bien, de un maestro de juristas excepcional, de Rafael Fonseca González, está justificado y es proporcionado.



La evolución social ha alterado en gran medida los criterios de separación entre el derecho privado y el derecho público tal como fueron fijados en el *Digesto* y ha producido una fecunda interacción del Derecho civil y el Derecho administrativo en ámbitos como la protección del consumidor, el urbanismo, la contratación pública, la responsabilidad patrimonial o el dominio público.

Ante los tribunales de justicia esta división cobra una especial dimensión pero resulta atenuada al estar sometidos los jueces a este principio universal: la justicia no puede negarse a nadie. Es en estos ámbitos fronterizos, de la extranjería, la protección de datos, la gestación subrogada, la eutanasia o el medio ambiente, donde los tribunales se esfuerzan por dar respuestas razonables y útiles a los problemas cotidianos y donde se producen los avances más significativos.

Rafael Fonseca González, ingeniero, profesor de Derecho civil y magistrado especialista de lo contencioso-administrativo, ha dedicado toda su vida a comprender, enseñar y resolver estas controversias. En la Universidad ha formado generaciones de exquisitos profesionales y en el foro ha interpretado y aplicado ponderadamente el ordenamiento con una sabiduría y una prudencia propias de los jurisconsultos romanos. Numerosos colegas y discípulos se suman al homenaje a un profesor brillante, a un juez prudente y a un ciudadano ejemplar.

LEOPOLDO TOLIVAR ALAS Y DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS
(coordinadores)

MARÍA TERESA ALCOLADO CHICO	JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ
CÉSAR ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA	ANA ISABEL GONZÁLEZ GONZÁLEZ
JOAQUÍN ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS	OLGA GONZÁLEZ-LAMUÑO ROMAY
IGNACIO ARIAS DÍAZ	JAVIER JUNCEDA MORENO
ANTONIO ARIAS RODRÍGUEZ	JOSÉ LUIS LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA
HERMINIA CAMPUZANO TOMÉ	RAFAEL MARTÍN DEL PESO
FERNANDO CASTRO GONZÁLEZ	PILAR MARTÍNEZ CEYANES
JESÚS MARÍA CHAMORRO GONZÁLEZ	JUAN MÉJICA GARCÍA
JOSÉ RAMÓN CHAVES GARCÍA	ILDA MÉNDEZ LÓPEZ
MIRIAM CUETO PÉREZ	EVA M ^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
JUSTO DE DIEGO ARIAS	LOURDES MORATE MARTÍN
EDUARDO ESTRADA ALONSO	DOLORES PALACIOS GONZÁLEZ
JOSÉ ESTEBAN FERNÁNDEZ-ALÚ MORTERA	MIGUEL PRESNO LINERA
FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ GONZÁLEZ	JORGE PUNSET FERNÁNDEZ
JULIO L. GALLEGO OTERO	JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ
SERGIO GALLEGO RIESTRA	PILAR RODRÍGUEZ MATEOS
BEATRIZ GARCÍA FUEYO	CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI
JUAN CARLOS GARCÍA LÓPEZ	JOSÉ ANTONIO TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE
ENRIQUE VALDÉS JOGLAR	

REUS
EDITORIAL



ISBN 978-84-290-2182-0



9 788429 021820