

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LVI, FASCÍCULO IV

Octubre-diciembre, 2003



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA



BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador
FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Dirección
JUAN VALLET DE GOYTISOLO
MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS
LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN

Secretario
ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Coordinación
NIEVES FENOY PICÓN

Consejo de Redacción

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ
MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ
JESÚS DÍEZ DEL CORRAL
AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN
GABRIEL GARCÍA CANTERO
ANTONIO GORDILLO CAÑAS
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS

JUAN JORDANO BAREA
FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ
JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ
FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS
MANUEL OLIVENCIA RUIZ
JOSÉ POVEDA DÍAZ
LUIS PUIG FERROL
IGNACIO SOLÍS VILLA

En este número han colaborado en las tareas de redacción: Lis Paula San Miguel Pradera, Máximo Juan Pérez García y Beatriz Fernández Gregoraci.

SUMARIO

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Luis DÍEZ-PICAZO: «Reforma de los Códigos y Derecho Europeo»	1565
Martin EBERS: «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002»	1575
Antonio Manuel MORALES MORENO: «Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: La compraventa»	1609
María Paz GARCÍA RUBIO: «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil»	1653
Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI: «Resolución del contrato sobre el bien en comunidad. Legitimación activa de los comuneros»	1675
Crónica de Legislación y Jurisprudencia Comunitarias	
Por Marta REQUEJO ISIDRO	1701

Bibliografía

LIBROS

CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago: «El matrimonio canónico en la jurisprudencia civil», por Gabriel García Cantero	1721
CLEMENTE MEORO, Mario E./CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «Responsabilidad y contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la información y de Comercio Electrónico», por Sebastián López Maza	1722
DÍAZ ROMERO, M.ª Rosario: «La protección jurídico-civil de la propiedad frente a las invasiones», por Alma María Rodríguez Gutián	1729
FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz: «Legitimación posesoria y legitimación registral (algunos supuestos de aplicación)», por Carmen Jerez Delgado	1732
LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina: «Testamento vital y voluntad del paciente», por Sebastián López Maza	1738
SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: «Las anotaciones preventivas (en particular la de embargo) en los sistemas registrales alemán y español», por M.ª Aránzazu Calzadilla Medina	1747
VV. AA.: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Leyes de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra», por José Antonio Doral García	1752

REVISTAS EXTRANJERAS

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Eva CANO VILÀ, María Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Martín GARCÍA-RIOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUTIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Josep SOLÉ FELIU, Isabel SIERRA PÉREZ, Belén TRIGO GARCÍA	1767
---	------

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS, año 2002

Por Encarna ROCA TRÍAS, Ramón CASAS VALLÉS, Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Asunción ESTEVE PARDO, Elisabet GRATTI, Carlos MARTÍNEZ LIZÁN	1807
---	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Josep María BECH SERRAT, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lis SAN MIGUEL PRADEA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA	1841
---	------

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 (Secretaría General Técnica)
y Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 65,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 20,00 € (más gastos de envío).

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

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

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: (91) 538 21 21

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LVI, FASCÍCULO IV
Octubre-diciembre, 2003

MINISTERIO DE JUSTICIA
Centro de Publicaciones



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2003

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley.
Reservados todos los derechos.

ISSN: 0210-301-X
NIPO (BOE): 007-03-033-7
NIPO (M. de Justicia): 051-03-018-5
Depósito legal: M-125-1958

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

Reforma de los Códigos y Derecho Europeo *

LUIS DÍEZ-PICAZO

Tengo la impresión de que en el espíritu de los organizadores de estas Jornadas se encontraba la idea de que esta intervención propuesta por ellos se titulara algo así como el reto que para los reformadores de los Códigos y, especialmente, para los de nuestro Código civil, representan los últimos textos en que por el momento se ha querido anticipar una unificación del Derecho Europeo de Contratos. Aceptaré, de inmediato, la idea del reto y lo tomaré como un reto para mi mismo. Debo aclarar, enseguida, que el problema no estaba planteado sólo por esos textos antes aludidos, que son PECL y PCCOM¹. Seguramente, la cosa viene de algo más atrás. En mi opinión, lo que supuso una muy fuerte modificación de nuestros esquemas mentales en el antes plácido Derecho de obligaciones y contratos y que removió muy profundamente sus aguas, fue la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, donde por primera vez se encuentra una feliz fusión de esquemas que procedían del *common law* y otros que procedían del Derecho europeo continental, especialmente en lo que concierne a la idea de incumplimiento del contrato y a los remedios utilizables frente al incumplimiento. Para algunos de nosotros, la arribada a la convicción de la necesidad de reformar los Códigos fue una consecuencia del estudio y comentario de la Convención que, después, tanta influencia ha ejercido en los Principios de Unidroit y en los Principios de Derecho Europeo de Contrato.

* El presente trabajo tiene su origen en la ponencia que se presentó en las XII *Jornades de Dret català a Tossa*, celebradas los días 26 y 27 de septiembre de 2002, y que junto a otras ponencias y comunicaciones se recogerá en el libro *El dret civil català en el context europeu. Materials de les XII Jornades de Dret català a Tossa*.

¹ Las abreviaturas utilizadas son: PECL, Principios del Derecho Europeo de Contratos; PCCOM, Principios de los Contratos Comerciales Internacionales (Unidroit); y, CISG, Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

Es indudable que actualmente existe un movimiento muy fuerte, de carácter marcadamente profesoral, pero con claros adeptos entre los miembros del Parlamento Europeo, a favor de un Derecho uniforme de contratos en la Unión Europea. Tres resoluciones del Parlamento dan clara fe de ello. No es, seguramente, la misma la situación en aquellos puntos en que se adoptan los «impulsos políticos» por llamarlos de algún modo. Todos sabemos de la enemiga de los ingleses y las renuencias de los franceses, por citar sólo dos tipos de resistencias. El momento histórico está, de este modo, teñido por la ambigüedad y surge casi instintivamente la tentación de la espera. Si nos lo van a cambiar desde fuera, es mejor esperar a que nos lo cambien, tratando por las vías que sea posible de utilizar de acomodarnos a ello del mejor modo posible.

Nadie dudará que existían razones que podían impulsar una reforma, con una cierta dosis de profundidad, de nuestro Derecho de contratos. En mi opinión, la parte general de Obligaciones y Contratos es uno de los más endebles en la arquitectura de nuestro Código civil. Los autores de los textos de 1888-1889 no se esforzaron demasiado. En muy buena medida, se limitaron a recoger lo que había hecho ya el Proyecto de 1851, por donde se había recibido el Código civil francés. Y puede decirse que, cuando intentaron alguna innovación, extrayéndola de aquí y de allá, no es difícil sacar la conclusión de que hicieron los textos más enigmáticos. De creer a Manuel Peña, las únicas nuevas fuentes fueron el Código civil italiano de 1865, el Código civil argentino y el llamado Anteproyecto de Laurent.

Puede también pensarse que los legisladores estaban convencidos de que consagrando sin muchos límites la libertad contractual, daban cauce a los impulsos que en este punto necesitaba el primer desarrollo económico español que se acomete bajo la Restauración. No había, pues, que esforzarse mucho y, según leí en algún sitio, era fama que el autor de los textos era uno de los pasantes de Alonso Martínez. Tema pues sin gran importancia para dejarlo en manos de un pasante.

Las cosas quedaron mal, lo que ocasionó largas discusiones entre los comentaristas sobre el sistema de la responsabilidad contractual, sobre el alcance de la resolución por incumplimiento y sobre algunos otros temas que no parece necesario exponer aquí con detalle. Estos mismos datos han determinado que, sobre muchas de estas cuestiones, el aprendizaje en las Universidades haya sido confuso y que no se haya creado una jurisprudencia de los tribunales que pacificara tales cuestiones. Probablemente no faltaban razones para tratar de reelaborar los textos que van del 1.088 al 1.313.

No revelo secretos especiales al decir que no fue así. Nadie había pensado en semejante tarea y no resultaba fácil ponerse a ella.

Una segunda posibilidad se refería más bien a los problemas concretos que en nuestro ordenamiento jurídico había planteado la recepción de algunas directivas europeas, referidas a contratos de consumo contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, cláusulas abusivas en los contratos de consumidores, responsabilidad del fabricante, a la que hay que añadir la más reciente sobre garantías en la venta de bienes de consumo. Así como en algunos ordenamientos europeos se había optado por introducir estas normas en los códigos civiles –y esta es la técnica que, últimamente, ha seguido la muy reciente reforma del año 2001 de la Parte General de Obligaciones y de la regulación de los contratos en el Código civil alemán–, entre nosotros se prefirió la solución más fácil de dedicar a estos temas leyes especiales o todo lo más, introducir algunas modificaciones en la Ley General de Consumidores y Usuarios, lo que ha planteado siempre muy difíciles problemas de conexión y de coordinación entre códigos y leyes especiales, o entre Derecho general de contratos y Derecho de contratos de consumo. Naturalmente, en mi opinión, una reforma del Código civil en la materia a la que nos estamos refiriendo tiene que proceder a insertar dentro del ámbito del Código y en todas estas normas surgidas al socaire del Derecho de consumo que tan caro le resulta a la Comunidad Europea y hay, del mismo modo, que proceder a establecer la coordinación con las reglas generales.

Tampoco revelo secretos especiales si digo que tampoco ese fue el motivo de la reforma que hace algunos años acometió la Comisión General de Codificación.

Para contar las cosas tal como fueron, tengo que situar el motor de lo que luego han sido los trabajos de reforma en la sobresaliente personalidad del Presidente de la Sección Tercera –mercantil– el profesor A. Menéndez Menéndez, quien con el voto favorable de la Sección propuso hará ahora unos seis años una reforma que comenzará a aproximar entre nosotros en materia de Derecho de Contratos la legislación civil y mercantil. Según esto, toda materia de obligaciones y contratos pasará a ser objeto del Código civil y el Código de comercio si alguna vez se rehace, contendrá una regulación del Derecho de sociedades, del estatuto jurídico del comerciante o empresario, el Derecho de títulos valores y el Derecho concursal. La propuesta fue empezar por una regulación unitaria del contrato de compraventa para lo que ofrecía un marco especialmente idóneo el Convenio de Viena, de 1980. Sin embargo, la Sección de Derecho Civil prefirió, antes de embarcarse en una regula-

ción del contrato de compraventa, empezar por el principio y, como se sabe, cuando los órganos forman sus voluntades es muy difícil modificarlas. Así pues, a partir de 1995, la Sección empezó por el artículo 1.088 del Código civil. Ya en este punto existía un primer problema que entraña decididamente con las cuestiones alrededor de las cuales se han movido los textos que recogen los llamados Principios de un Derecho Europeo. La cuestión es que entre nosotros se siguió una tradición que procedía, indiscutiblemente, del Derecho francés: la regulación primero de las obligaciones en general y sólo después de los contratos en sentido estricto. Esta es la misma tónica que siguen, por ejemplo, el Código italiano y el Código civil portugués. Entre los textos más recientes es la que ha seguido el llamado Código Europeo de Contratos, elaborado por el Grupo de Pavía a cuya cabeza se encuentra el Profesor Gandolfi, más próximo que cualquier otro a esa tradición de la Europa que podemos llamar meridional. El Código civil alemán y los que habían recibido su influencia no se encontraban muy lejos, pues, como es sabido, en el Código civil alemán la regulación de los contratos es sólo un pequeño capítulo de la regulación general del negocio jurídico, mientras que existe antes de la regulación de los contratos en particular o de las llamadas relaciones obligatorias en particular, una extensa regulación del Derecho de obligaciones.

La raíz última de esta tradición debe encontrarse en las obras de los precedentes doctrinales del Código civil francés, por una parte, y, por otra, en las del Código civil alemán. Me refiero, naturalmente, al Tratado de las Obligaciones, de Robert L. Pothier y, al Derecho de Obligaciones de Federico Carlos de Savigny. El primero de ellos tenía algún antecedente en la obra de Domat donde se separan las obligaciones que se contraen en virtud de convención y las que se contraen sin ella. Todo ello, a su vez, procedía, probablemente, de la forma como había estado estructurada la *Instituta justiniane*, que, a su vez, provocó todo una serie de trabajos de autores que hay que colocar decididamente bajo la rúbrica de institutistas mucho más que de pandectistas. En efecto, la *Instituta justiniane* se abre en este punto como una definición bien conocida de la obligación, como *vinculum iuris* y, sólo después, se alude a la fuente de las obligaciones arrancando con los textos bien conocidos de Gayo que la *Instituta* reconstruye. Era este también el camino que habían seguido los iusnaturalistas racionalistas y, especialmente, Hugo Grocio, al llevar a cabo la tarea doctrinal que según se cuenta acometió cuando se encontraba prisionero de los españoles en el Castillo de Lovenstein, donde se dice que escribió un pequeño libro para que con él estudiaran su hijos. Sea de ello lo que fuere, este libro,

del que existe una traducción inglesa con el título «The jurisprudence of Holland», sigue básicamente esa misma tónica.

Distinto, sin embargo, fue el camino que siguió el Derecho inglés. En el Derecho inglés resulta difícil por no decir imposible, encontrar un «Derecho de obligaciones» y, en cambio, existen extensos manuales y tratados de Derecho de contratos, donde se sitúan no sólo las reglas relativas a la formación y a la interpretación o la validez de los contratos, sino también todas aquellas que guardan relación con el cumplimiento y con la responsabilidad contractual. No tengo que decir, porque resulta bastante claro, que esta última es la línea seguida por los llamados PECL.

La tradición de un Derecho de obligaciones previo a un Derecho de contratos ha planteado siempre algunos delicados problemas de ajuste. Es verdad que puede decirse, como se viene diciendo desde siglos, que el contrato es sólo una de las más importantes pero sólo una, de las fuentes de las obligaciones y que la regulación abstracta de las obligaciones tanto sirve para las obligaciones contractuales como para las no-contractuales, pero esto que es una verdad abstracta, cuando la cosas se miran en concreto y en detalle no lo es tanto, porque la mayor parte de las regulaciones de las obligaciones están pensadas y sólo son aplicables a las obligaciones de carácter contractual. No discutiré que las reglas de pago y las reglas de los subrogados del cumplimiento, lógicamente se aplican también a obligaciones no contractuales que son, normalmente, obligaciones de pagar sumas de dinero, pero resulta muy difícil pensar que las reglas sobre solidaridad o sobre mancomunidad, o sobre obligaciones condicionales o alternativas y sus respectivos cumplimientos o incumplimientos guarden directa relación con algo que no sea materia del contrato en sentido estricto, como lo demuestra que los mismos textos tengan que aludir casi de manera constante a las fuentes contractuales para explicar, por lo menos parcialmente, la regulación. Como he señalado en alguna otra ocasión, las líneas maestras se ven más claras en el Código civil francés que en el Código civil español, donde los nexos de unión se rompieron sin que se termine de saber por qué. Efectivamente, en el Código civil francés, después de regular con carácter general las obligaciones se abre directamente un capítulo dedicado a las obligaciones que se contraen en virtud de convención, seguido de otro dedicado a las obligaciones que se encuentran sin convención.

¿Cuál de estas líneas debe seguirse en una reforma? No creo que el alcance normativo de los textos sea distinto, de manera que nos encontramos ante una cuestión de *elegantia iuris* o de estética de Derecho o como se le quiera llamar. En mi opinión, la parte del

Derecho a la que nos estamos refiriendo es sobre todo un Derecho de contratos y poner como cabeza la libertad contractual es dotar a la regulación de un sentido y de un contenido que se pierde cuando se empieza hablando, abstractamente y sin referencias especiales, de obligaciones. Esto hubiera determinado que, por lo menos en mi opinión, situándonos como he dicho en un campo de *elegantia iuris* o estética del Derecho, hubiera habido que inclinarse por una solución moderna o inglesa. Sin embargo, a la hora de reformar se debe reformar lo menos posible, lo que es una de las piedras angulares del pensamiento conservador, y se debe evitar que los destinatarios de las normas se vean metidos en los avatares en que el cambio de los esquemas mentales les sitúa. Aunque aquí hay un punto a debatir, finalmente en nuestro trabajo se decidió regular primero el Derecho de obligaciones y después el Derecho de contratos, aunque, a diferencia de lo que ocurre hoy con el Código civil en que el Libro Cuatro se llama «de las obligaciones y contratos», de manera que su Título Primero es «de las obligaciones» y su Título Segundo «de los contratos», nosotros preferimos dedicar un libro entero a las obligaciones y otro libro distinto a los contratos.

De esta suerte, la regulación de las obligaciones mantiene un aspecto que podríamos denominar clásico y en ella se acometen algunas reformas que, básicamente, tienden a esclarecer las oscuridades que el texto del Código tenía, aunque sin llevar a cabo reformas drásticas, por lo menos hasta la regulación del incumplimiento y de la responsabilidad contractual. Porque, en ese punto ha existido siempre, entre nosotros, un cúmulo de problemas nunca definitivamente pacificados.

Como es sabido, siempre hemos tenido problemas para definir el incumplimiento, porque nos hemos encontrado, al lado de la hipótesis de falta de ejecución de las prestaciones debidas, la regulación de la *mora debitoris* que a su vez nos hace reabrir la cuestión de separar la mora de los simples retrasos y cosas parecidas. Mayores dificultades, si cabe, tuvieron los alemanes, porque por obra de la influencia que en ellos ejerció, no se sabe muy bien por qué, la obra de Friedrich Momsen, en el Código el acento se colocó en la imposibilidad sobrevenida de la prestación que a su vez podría ser fortuita o imputable con una línea que parcialmente recogió el Código italiano y que ha terminado por resultar tormentosa. Esta equivocada solución alemana por más pandectista que quisiera ser, había tenido en los últimos años algún reflejo entre nosotros, aunque algunos, entre los que me encuentro, nunca hubieran podido entender que la resolución contractual, la indemnización de daños

y perjuicios y alguna otra cosa más, tengan que esperar a que se produzca un supuesto de imposibilidad objetiva de la prestación.

Por otra parte, nunca hemos tenido claridad en punto a si en el sistema de responsabilidad del deudor contractual el Código acoge un sistema subjetivista fundado en la imputabilidad o la culpa o es un sistema con alguna caída hacia el objetivismo de manera que el deudor contractual responde del incumplimiento salvo que existan razones especiales para que quede exonerado. Y todo ello entremezclado con la regulación que nunca termina de ser coherente entre pretensión de cumplimiento, resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios.

Las propuestas de reforma en este punto siguen la línea de CISG, PCCOM y PECL. Hay un concepto único y articulado de incumplimiento y una serie de remedios frente al incumplimiento, que no tienen, todos ellos, que seguir el mismo régimen jurídico.

La adopción de un concepto único y articulado de incumplimiento permite resolver algunos de los problemas que en la actualidad tiene planteado el Derecho de contratos. Me refiero, obviamente, a la regulación de las consecuencias que en la compraventa, en el arrendamiento y, probablemente, también en el contrato de obra, plantean los llamados vicios o defectos ocultos que en nuestro Derecho son todavía deudores de las viejas acciones «edilicias», aunque los problemas que tales acciones suscitan hayan tenido que ser reajustados por la jurisprudencia con la regla o doctrina de la compatibilidad de dichas acciones con las acciones generales de incumplimiento o con las que resulten del llamado *alio pro aliud*.

Los remedios utilizables por el acreedor insatisfecho frente al incumplimiento se articulan en CISG y en PECL del siguiente modo:

a) Existe la pretensión de cumplimiento, que, sin embargo, aparece, de algún modo, limitada en un doble sentido. Por supuesto la pretensión de cumplimiento no es viable cuando el cumplimiento se ha tornado sobrevenidamente imposible. Además, se exige que la pretensión de cumplimiento sea ejercitada tempestivamente, probablemente fundándose en la idea de que no es justo someter a la otra parte contratante a una continuada espera de tal pretensión, lo que, cuando el objeto de prestación es cosa distinta del dinero, se entiende por sí solo. Al lado de ello, los textos a que me refiero permiten que la pretensión de cumplimiento resulte enervada cuando suponga para el deudor una onerosidad excesiva. Puede pensarse, y la idea será seguramente certera, que con ello tanto CISG como PECL buscaban un punto medio entre la solución tradicional del

Derecho europeo continental, que era el ilimitado reconocimiento de su pretensión de cumplimiento, y las soluciones de *common law* que han sido siempre reacias a admitirla, pero, en todo caso, parece una regulación equilibrada y con un notable sentido de la justicia en el tratamiento de los intereses en juego.

b) La segunda variante de remedios es la pretensión resolutoria, que en los textos aludidos se admite en los casos en que el incumplimiento puede considerarse como esencial o en aquellos otros en que se ha producido un retraso en el cumplimiento y tras un requerimiento formulado *ad hoc* con concesión de un nuevo plazo de cumplimiento, lo que en el BGB se denominaba de antiguo *Nachfist*.

La pretensión de cumplimiento y la pretensión resolutoria son entre sí alternativas y, por consiguiente, opcionales. En este sentido, puede considerarse que continua teniendo vigencia la regla del artículo 1.124 CC que no impide al contratante que haya solicitado el cumplimiento pedir después la resolución. Es verdad que el artículo 1.124 CC dice que ello ocurre cuando el cumplimiento resulte imposible, y este punto merecerá también alguna modalización: el ejercicio de la pretensión de cumplimiento no impide la posterior facultad resolutoria si son sobrevenidamente ciertos los requisitos necesarios para ello.

c) El tercero de los remedios es la pretensión indemnizatoria. Debe entenderse que el contratante incumplidor es deudor de la indemnización de daños y perjuicios a menos que concurran lo que se definen como supuestos de exoneración: el incumplimiento ha sido debido a un impedimento de prestación imprevisible, inevitable y que estuviera, además, fuera del marco de control del deudor.

Un campo donde especialmente PECL ha obligado a efectuar algunas reflexiones y a modalizar la regulación es el tema específico de la formación. Doy por supuesto que es sumamente conveniente recoger las soluciones de CISG y de PECL, que son muy completas y pormenorizadas, en materia de formación del contrato por concurrencia de oferta y aceptación y algunas otras modalidades que en estos textos aparecen, como la llamada batalla de los formularios o conflicto de condiciones generales de la contratación. El punto central, sin embargo, es otro, como he tenido oportunidad de señalar en el libro que he escrito con la Profesora E. Roca y con el Profesor A. M. Morales, sobre *Los principios del Derecho europeo de contratos*. En la tradición de los códigos civiles de corte francés existía y ha continuado existiendo una consideración del contrato como una figura que requiere la concurrencia de una serie

de elementos o de presupuestos, de suerte que sólo con todos ellos resulta celebrado, lo que aparece claramente puesto de manifiesto en el artículo 1.261 CC que, además se abre con una expresión negativa: «no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes.»

El problema, en mi opinión, es definir claramente si en el Derecho moderno se debe seguir una política que por llamarla de algún modo denominaremos de favorecimiento de la contratación o si se debe seguir una política que en cierta medida resulta restrictiva. Mi opinión va en el primero de los sentidos mencionados. Puedo admitir, aunque las cosas no estén en este punto especialmente claras, que en los momentos en que el Código civil francés se promulgó, el contrato fuera considerado como una aventura especialmente arriesgada, de manera que para generar obligaciones vinculantes hubiera que tomar algunas precauciones y que no se sintiera la necesidad de un mundo con demasiados contratos, pero me parece que no es la misma la óptica que doscientos años después se debe adoptar. Aunque sea tachado de neoliberal, tendré que decir que el progreso económico va unido al desarrollo constante de la contratación y que, por consiguiente, cuantas más medidas se tomen en ese sentido mejor será para todos. En este orden de ideas conviene recordar que el favorecimiento de la nulidades arrastra consigo obvios inconvenientes. Ante todo, porque no resulta un buen sistema permitir a la gente liberarse de los compromisos adquiridos con relativa facilidad. Además, porque si los contratos han sido cumplidos, no basta la acción de nulidad, sino también la acción o pretensión restitutoria y de enriquecimiento que sea consecuencia de ello. Y, finalmente, porque el ejercicio de estas acciones puede resultar contrario a los parámetros de la buena fe y de la lealtad cuando se alegan tardíamente o en circunstancias que permiten a quien de tal modo actúa mejorar la situación económica rompiendo el compromiso.

En los PECL puede encontrarse un texto según el cual el contrato sólo requiere un acuerdo suficiente entre los contratantes sin necesidad de ningún otro requisito. Sin necesidad de ningún otro requisito significa, por supuesto, que los contratos no están sujetos a especiales requisitos de forma, pero significa también, que el legislador no reconoce lo que la tradición del Derecho europeo continental denominaba causa de los contratos y la de *common law consideration*. Probablemente nosotros hemos sufrido una inflación del concepto de causa y sus secuelas, que en la doctrina elaborada al filo de los años cuarenta encontraba su fundamento en la necesidad de que los tribunales ejercieran un pesado control de la

dignidad de la tutela jurídica y pudieran por esa vía decidir la validez o invalidez de los contratos por este tipo de razones. Ese control imperativo de carácter marcadamente intervencionista no resulta hoy políticamente oportuno, aunque haya que reconocer que un recorte de la regulación de la causa de los contratos tiene que ir acompañada de una regulación especial de la violación por el contrato de normas imperativas o de reglas morales. Para lo primero, el artículo 6 CC, sin ninguna modificación, da una base más que suficiente. Lo segundo abre el arduo problema de los contratos inmorales y de los contratos celebrados *ob turpem causam*. Puede pensarse que superponer un juicio de moralidad, marcado por la idea que los tribunales tengan, a un juicio de legalidad, es algo que no tiene un fundamento claro, especialmente en los tiempos en que no existen reglas morales absolutas. Por otra parte, la generalización de la privación de la *condictio* de restitución o acción de enriquecimiento en la prestación realizada *ob turpem causam*, ha encontrado siempre notoria resistencia y, tal vez, se pudiera considerar oportuno prescindir de ella.

A todo ello debe añadirse que en PECL, el efecto vinculante y creador de obligaciones no va unido sólo al acuerdo contractual, sino también a toda clase de promesas unilaterales. Este reconocimiento generalizado del valor vinculante de la promesa unilateral no puede, por menos de suscitar algún tipo de perplejidad. Todos estaremos dispuestos a admitir que las promesas unilaterales realizadas *solvendi causa* son creadoras de las obligaciones y que en cambio, no lo es nunca la promesa unilateral fundada exclusivamente en una causa *donandi*, pero este es un debate que debe quedar abierto.

He seleccionado apretadamente algunos de los temas que deja abierta una eventual reforma de los códigos en materia de obligaciones y contratos. En cualquier caso, y a modo de conclusión, quiero señalar que cualquier reforma que, en estos momentos o en el futuro, se acometa para modificar los actuales códigos civiles, tiene, naturalmente, que adquirir conciencia clara de que debe ponerlos en línea con los textos en los que hoy se plasma un proyecto de Derecho europeo. El Derecho de contratos se encuentra hoy en un momento delicado de su evolución y, si se considera necesario reformarlo, lo mejor que puede hacerse es colocarse en la misma línea que el llamado Derecho europeo.

La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002 *

MARTIN EBERS **

SUMARIO: I. *Previo:* 1. El camino hacia la Ley de modernización del Derecho de Obligaciones. 2. Recodificación y europeización del BGB. 3. Planteamiento.-II. *La exoneración del deudor de su deber primario de prestación:* 1. La exclusión del deber de prestación según el § 275 BGB: 1.1 Cambio de sistema en la regulación de las reglas sobre imposibilidad: 1.1.1 El sistema dual. 1.1.2 Codificación de nuevas causas de exoneración de la prestación. 1.1.3 Integración del saneamiento en el Derecho general sobre incumplimiento: la imposibilidad cualitativa. 1.2 Imposibilidad, según el § 275.1 BGB. 1.3 Agravación de la prestación, según el § 275.2 y 3 BGB: 1.3.1 Imposibilidad fáctica, según el § 275.2 BGB. 1.3.2 Prestación desmedida en relación con las circunstancias personales del deudor o imposibilidad ética, según el § 275.3 BGB. 2. La alteración de la base del negocio, según el § 313 BGB. 3. Comparación con las reglas internacionales: 3.1 Convención de Viena. 3.2 PECL y PU: 3.2.1 Reglas sobre imposibilidad. 3.2.2 «Change of circumstances» o «Hardship».-III. *La violación de un deber como noción central de las reglas sobre incumplimiento y fundamento de la responsabilidad del deudor:* 1. Deberes de la relación obligatoria (§ 241 BGB). 2. Sistematica de los deberes de indemnización

* El texto es la versión ampliada, con notas, de la conferencia que el autor pronunció en Barcelona, el 20 de octubre de 2003, en las III Jornadas sobre el Derecho civil catalán y la codificación, dirigida por el Prof. Dr. Ferrán Badosa Coll y la Prof. Dr. Esther Arroyo i Amayuelas. Agradezco a esta última la traducción al castellano de estas líneas, originariamente escritas en alemán y que, en esencia, reproducen y mantienen la estructura de la conferencia aludida.

** Doctor en Derecho y «wissenschaftlicher Assistent» en el «Institut für Internationales Wirtschaftsrecht» en la «Westfälischen Wilhelms-Universität» de Münster. El autor es, además, titular de una beca de investigación a cargo del Proyecto «Uniform Terminology for European Private Law», que se desarrolla en el marco del Programa IHP (*Improving Human Potential*) impulsado por la Comisión europea (*Contract* núm. HPRN-CT-2002-00229). Son miembros del Proyecto las Universidades de Barcelona, Lyon, Münster, Nijmegen, Oxford, Turín y Varsovia.

ción: 2.1 El § 280 BGB como supuesto de hecho principal de la violación del deber. 2.2 La indemnización de los daños causados por mora, según los §§ 286, 288 BGB. 2.3 Indemnización por daños en lugar de prestación, según los §§ 281-283 BGB. 3. Comparación con el Derecho comunitario y con las reglas internacionales: 3.1 Coincidencias. 3.2 Divergencias: 3.2.1 Infracción de un deber –Infracción del contrato– Incumplimiento. 3.2.2 Mantenimiento del principio de responsabilidad por culpa.–IV. *La resolución del contrato como consecuencia de un incumplimiento.* 1. Contenido de la regulación de los §§ 323 ss. BGB. 2. Comparación con las reglas internacionales.–V. *Intento de valoración provisional:* 1. Interpretación del Derecho nacional conforme con las Directivas. 2. El BGB como «obra en construcción permanente». 3. ¿El Derecho del consumo como modelo del BGB?

I. PREVIO

La mayor reforma del Código civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*), en sus más de cien años de vigencia, tuvo lugar, el mes de enero de 2002, mediante la Ley de modernización del Derecho de Obligaciones (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*)¹. Es una reforma que se prolonga a lo largo de más de 20 años.

1. EL CAMINO HACIA LA LEY DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES

El proyecto de modernización se plantea en Alemania tras constatarse que la realidad jurídica se estaba alejando cada vez más del Derecho codificado. Desde el año 1900 (fecha de entrada en vigor

¹ *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* de 26.11.2001, Bundesgesetzblatt (BGBl.) 2001 I, 3138. El BGB fue promulgado en fecha 2.1.2002 (BGBl. 2002 I, S. 42) y ha sido reformado por última vez el 28.08.2002 (BGBl. 2002 I, 3412). El lector puede encontrar información completa sobre la reforma del Derecho de Obligaciones en Alemania, en idioma alemán, en la página web del Prof. Dr. Stephan Lorenz: <<http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/schumod/index.htm>>. El Prof. Dr. Albert Lamarca Marquès coordina en la actualidad una versión española del nuevo BGB que aparecerá publicada a comienzos de año en la editorial Marcial Pons. Debo agradecer sinceramente a este último que me haya permitido consultar, antes de su publicación, algunos de los preceptos reformados por la Ley de modernización alemana del Derecho de Obligaciones de 2002. El lector puede leerlos al final de este artículo, en el anexo que lo acompaña. En cuanto a la bibliografía en español, *vid.* Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN, «La Modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado», *Revista de Derecho Privado* (RDP), 2002, 187 ss., y, el mismo autor, «Un nuevo Derecho de Obligaciones. La reforma 2002 del BGB», *Anuario de Derecho Civil* 3 (ADC) 2002, 1133 ss.; Francisco INFANTE RUIZ, «Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de Obligaciones: la necesidad modernización del Derecho de Obligaciones y la gran solución», *Revista de Derecho Patrimonial* 8 (RdP) 2002, 153 ss; Albert LAMARCA MARQUÈS, «La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB», *InDret* 2/2001. <www.indret.com>.

del BGB), la jurisprudencia y las leyes especiales habían ido perfeccionando determinadas materias e instituciones como, por ejemplo, la *culpa in contrahendo* o la violación positiva del contrato (*positive Forderungsverletzung*). A partir de esta última noción se acaba de señalar que, como es de creación jurisprudencial, la jurisprudencia ha establecido un nuevo sistema del incumplimiento («*Leistungsstörungsrecht*»)². Tal y como ahora lo configura el BGB, éste no sólo incluye el simple incumplimiento de la prestación pactada, sino también la infracción de los llamados «deberes de protección». Un ejemplo ayudará a explicarlo: si el vendedor entrega un electrodoméstico impecable, pero en su instalación golpea el mobiliario del dueño de la casa, según los principios de la violación positiva del contrato, en este comportamiento cabe apreciar «*Leistungsstörung*» o incumplimiento, que no sólo es sancionable según las normas de la responsabilidad extracontractual, sino que también genera responsabilidad contractual lo cual, desde luego, es mucho más favorable para el acreedor.

Existían también leyes al margen del Código, como por ejemplo la Ley de Condiciones Generales de la Contractación (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGB-Gesetz*) y un buen número de las dedicadas al Derecho del consumo. Muchas otras cuestiones, que no es del caso detallar aquí, eran igualmente resueltas por la jurisprudencia, en su labor de creación del Derecho.

Para poder tener en cuenta todas estas nuevas relaciones y, además, adaptar el Derecho de Obligaciones al nuevo contexto internacional, el Ministerio de Justicia encargó a finales de los años setenta una serie de Dictámenes jurídicos³ que fueron publicados entre 1981 y 1983 en tres volúmenes⁴. Muy poco después fue creada una comisión para la reforma del Derecho de Obligaciones, que

² «*Leistungsstörung*» significa incumplimiento, entendido como categoría general que, por tanto, debe diferenciarse de la «*Nichterfüllung*» o incumplimiento de la prestación debida. La expresión «*Leistungsstörung*» se debe al jurista Heinrich STOLL (*Die Lehre von den Leistungsstörungen*, Tübingen, 1936, 13). Según este autor, «*Leistungsstörung*» es cualquier obstáculo que impida realizar la finalidad pretendida en la relación obligatoria. Según Ulrich HUBER (*Leistungsstörungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, T. I, 1999, 22), existe «*Leistungsstörung*» cuando el deudor no cumple con la prestación debida o no lo hace según lo prescrito en la ley, en el contrato o en los principios generales del Derecho. Otras observaciones sobre la traducción de la expresión, Albiez DOHRMANN, «Un nuevo Derecho...», *op. cit.*, 1163, nota 54, quien, por lo demás, se muestra partidario de utilizar el término «contravención de la prestación» (ex art. 1101 Cc) para definir la expresión alemana «*Leistungsstörungsrecht*».

³ Vid. Alfred WOLF, «Weiterentwicklung und Überarbeitung des Schuldrechts», *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP) 1978, 249, 252 ss.

⁴ BUNDESMINISTER DER JUSTIZ (ed.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bundesanzeiger, Köln, T. I, 1981; T. II, 1981; T. III, 1983.

ya en 1992 publicó un informe final con los resultados de su trabajo⁵. Éste fue aprobado por amplia mayoría en la celebración del 60.º Encuentro de los Juristas alemanes, acaecido en septiembre de 1994⁶. Sin embargo, cabe añadir que el proyecto de reforma fue abandonado a mediados de los años noventa y, desde un punto de vista de política jurídica, apenas sin esperanzas de que fuera recuperado por el legislador en el futuro.

El panorama cambió en el año 1999, a partir de la promulgación de la Directiva sobre garantías en la venta de bienes de consumo⁷. Para muchos autores, una transposición exacta y estricta de esta Directiva, esto es, sólo en relación con la venta de bienes de consumo (la llamada «solución pequeña» o, si se prefiere, «solución menor»-*Kleine Lösung*), hubiera conducido a una fragmentación del Derecho⁸. En ese caso, en Alemania habrían existido diferentes tipos de compraventa, regulada en otros tantos lugares, a saber: la nueva compraventa de bienes de consumo, la compraventa internacional entre empresarios regulada en la Convención de Viena, la compraventa mercantil, regulada en el BGB y, en parte, en el Código de comercio (*Handelsgesetzbuch, HGB*) y, finalmente, la categoría residual de, por un lado, la compraventa entre particulares y, por otro, la concluida entre empresarios que no tienen la condición de comerciantes según el HGB, ambos tipos regulados en el BGB. Por todo ello, al final, la transposición de la citada Directiva aconsejó adoptar la llamada «gran solución» (*Große Lösung*) y, por fin, emprender la largamente aplazada reforma del Derecho de Obligaciones en Alemania.

⁵ BUNDESMINISTER DER JUSTIZ (ed.), *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bundesanzeiger, Köln, 1992.

⁶ Vid. los informes en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1994, 3070 y *Juristenzeitung* (JZ) 1995, 190.

⁷ Directiva 1999/44/CE del Parlamento europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de las garantías en la venta de los bienes de consumo, en Reiner SCHULZE/Reinhard ZIMMERMANN/Esther ARROYO, *Textos Básicos de Derecho Privado Europeo. Recopilación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, I. 30.

⁸ Dieter MEDICUS, «Dogmatische Verwerfungen im geltenden deutschen Schuldrecht», en: Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke (eds.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, 33 ss.; Wulf-Henning ROTH, «Europäischer Verbraucherschutz und BGB», JZ 2001, 475; Reiner SCHULZE/HANS SCHULTE-NÖLKE, «Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsrecht», en: Schulze/Schulte-Nölke, *op. cit.*, 3 ss.; Herta DÄUBLER-GMELIN, «Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform», NJW 2001, 2281 ss. Contra la «gran solución»: Gert BRÜGGEMEIER, «Zur Reform des deutschen Kaufrechts. Herausforderung durch die EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie», JZ 2000, 529 ss.; Barbara DAUNER-LIEB, «Die geplante Schuldrechtsmodernisierung. Durchbruch oder Schnellschuß?», JZ 2001, 8 ss.; Wolfgang ERNST/Beate GSELL, «Kaufrechtsrichtlinie und BGB», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (ZIP) 2000, 1410 ss.; Ulrich HUBER, «Die Pflichtverletzung als Grundtatbestand der Leistungsstörung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes», ZIP 2000, 2273, 2280.

2. RECODIFICACIÓN Y EUROPEIZACIÓN DEL BGB

Con estos hechos de fondo, la reforma del Derecho de Obligaciones en Alemania no sólo ha tenido repercusión nacional, sino que ha tomado también una dimensión internacional. Se puede decir, pues, que la reforma del BGB es, por un lado, expresión de una recodificación y, por el otro, de un fenómeno de europeización del Derecho.

Efectivamente, es expresión de una recodificación porque, a través de la nueva redacción de la mayor parte del Derecho de Obligaciones, el Derecho de creación judicial ha sido formulado legalmente⁹ y porque, además, han sido incorporadas en el BGB numerosas leyes que antes permanecían fuera y, especialmente, en relación con el Derecho del consumo. Todo ello con la finalidad de devolver al BGB su papel central en el ordenamiento jurídico privado alemán¹⁰.

Por otro lado, la reforma ha conducido a una europeización del BGB, mediante la integración en él de numerosas Directivas y, sobre todo, a partir de una transposición que ha ido más allá de lo estrictamente exigido en ellas (*überobligatorische Umsetzung*). El BGB se adapta aún mejor al desarrollo jurídico europeo actual, gracias a que, además, el legislador también ha tenido en cuenta los instrumentos jurídicos internacionales y, especialmente, la Convención de Viena (CV)¹¹, los Principios de Derecho contractual europeo (PECL)¹² y los Principios Unidroit (PU)¹³. La mejor muestra

⁹ *Vid. Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 4.8.2000*, impreso en: Claus-Wilhelm CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, C.H. Beck, Múnich, 2002, 73: «Zwar kann es nicht Aufgabe des Gesetzgebers sein, jede von der Rechtsprechung entwickelte Regel in Gesetzesform zu gießen. Wohl aber stellt sich die Frage, ob dies nicht jedenfalls dort geboten ist, wo das in Rede stehende Richterrecht für die Entscheidung praktischer Fragen in der täglichen Rechtsanwendung von grundlegender Bedeutung ist und eine befriedigende gesetzliche Regelung möglich erscheint.»

¹⁰ *Vid. Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 4.8.2000*, *op. cit.*, 66: «Eine Schuldrechtsmodernisierung wäre nicht vollständig, wenn sie nicht auch die inzwischen sehr unübersichtlich gewordene Zahl von Verbraucherschutzvorschriften im Umfeld des Bürgerlichen Gesetzbuchs bereinigen und dort integrieren würde; damit wird zugleich die Bedeutung des Bürgerlichen Gesetzbuchs als zentrale zivilrechtliche Kodifikation wiederhergestellt und gestärkt.»

¹¹ Convenio de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980, traducción española en Schulze/Zimmermann/Arroyo, *Textos Básicos*, *op. cit.*, II.5.

¹² LANDO/BEALE (eds.), *The Principles of European Contract Law. Parts I & II*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000; traducción española, *op. cit.*, III.10. Existe, además, versión castellana del texto y comentarios, a cargo de Pilar Barrés Benloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, publicado por la Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2003.

¹³ Principios de los contratos comerciales internacionales (Principios Unidroit). Traducción española en *Textos básicos*, *op. cit.*, III.15.

de ello son las nuevas normas codificadas sobre el incumplimiento: el legislador alemán no se ha limitado a transponer, en sede de compraventa, la Directiva 1999/44/CE, sobre venta y garantías de los bienes de consumo, sino que ha generalizado su planteamiento, a base de incorporar la noción de «falta de conformidad con el contrato» en la categoría del incumplimiento contractual. Todo ello, en clara conexión con las reglas de la Convención de Viena, los PECL y los PU.

3. PLANTEAMIENTO

Las líneas que siguen se centrarán sólo en algunas cuestiones de las muchas que permite plantear la reforma. En concreto, se examinará la modificación de las reglas fundamentales sobre el incumplimiento y se comprobará hasta qué punto el legislador alemán ha recibido la influencia del Derecho comunitario y de las reglas internacionales en esta materia¹⁴. En el punto central se sitúan las reglas sobre exoneración del deudor del deber primario de prestación (II), la pretensión de obtener una indemnización por infracción de un deber (III) y el nuevo derecho de resolución en caso de incumplimiento (IV). Para concluir, intentaré realizar un balance crítico sobre el nuevo Derecho del incumplimiento (V).

II. LA EXONERACIÓN DEL DEUDOR DE SU DEBER PRIMARIO DE PRESTACIÓN

La Ley de modernización del Derecho de Obligaciones ha comportado importantes cambios en lo tocante a la exoneración del deudor de su deber primario de prestación¹⁵: por un lado, se ha

¹⁴ Puesto que el Anteproyecto de Código de contratos, redactado por la Academia europea de Pavía (AvCEC) en el año 2001 –*vid.* Giuseppe GANDOLFI (ed.), *Code Européen des Contracts. Avant-projet*, Giuffrè, Milano 2001; traducción española a cargo del equipo de profesores de las Universidades de Zaragoza, La Rioja y La Laguna, dirigido por el Prof. Dr. Gabriel García Cantero, en *Revista Jurídica del Notariado* 44 (RJN) 2002– no ha sido tomado en consideración por el legislador alemán, lo que a continuación se diga se limita a una comparación del BGB con la CV, los PECL y los PU. Sobre la imposibilidad en el AvCEC, *vid.* Javier FAJARDO FERNÁNDEZ, «Forma, Objeto y Causa/Consideration», en Sergio CÁMARA LAPUENTE (ed.), *Derecho Privado Europeo*, Editorial Colex, Madrid, 2003, 399, 405 ss; para el concepto de incumplimiento, *vid.* Antoni VAQUER ALOY, «Incumplimiento del contrato y remedios», en Sergio Cámará Lapuente, *op. cit.*, 525 ss.

¹⁵ En Derecho alemán, el concepto «deber primario de prestación» («*primäre Leistungspflicht*») designa el deber del deudor de cumplir la prestación según lo acordado (*in natura*) y también se refiere a la pretensión de cumplimiento. Por el contrario, el «deber secundario de prestación» («*sekundäre Leistungspflicht*»), se dirige a obtener la indemnización de daños y perjuicios.

visto considerablemente ampliado el supuesto de hecho de la imposibilidad de la prestación (§ 275 BGB) (*Unmöglichkeit der Leistung*) y, por el otro, también el instituto de la alteración de la base del negocio (*Störung der Geschäftsgrundlage*), de creación juríspudencial, ha sido incorporado en el § 313 BGB y tipificado como un caso más de exoneración del deudor de la prestación debida.

1. LA EXCLUSIÓN DEL DEBER DE PRESTACIÓN SEGÚN EL § 275 BGB

1.1 Cambio de sistema en la regulación de las reglas sobre imposibilidad

En contra de lo previsto originariamente¹⁶, la reforma ha mantenido la imposibilidad como causa de exoneración. Sin embargo, las actuales reglas se diferencian claramente de las anteriores.

1.1.1 EL SISTEMA DUAL

En el sistema anterior, la imposibilidad incluía dos categorías distintas. Por un lado, era el fundamento de la exoneración del deudor de su deber primario de prestación y, por otro, lo era de los derechos del acreedor, supuesto que se hubiera producido la violación de un deber. Según el texto literal de la ley, ambas funciones estaban estrechamente entrelazadas. Efectivamente, a tenor del § 275 BGB antiguo, «el deudor sólo puede quedar exonerado de su deber de prestación, si ésta deviene imposible como consecuencia de una circunstancia acaecida tras el nacimiento de la relación obligatoria *de la que él no es responsable*»¹⁷. La verdadera causa de la

¹⁶ En las sesiones sobre la discusión del proyecto, la imposibilidad debía ser eliminada como categoría independiente del incumplimiento y ser reemplazada por un derecho general a la exclusión del deber de prestación. Según el § 275 del Proyecto de discusión (*Diskussionsentwurf, op. cit.*), el deudor podía negarse a cumplir «soweit und solange er diese nicht mit denjenigen Anstrengungen zu erbringen vermag, zu denen er nach Inhalt und Natur des Schuldverhältnisses verpflichtet ist» («si no está en condiciones de hacerlo según las exigencias derivadas del contenido y la naturaleza de la relación jurídica»). Tal formulación inconcreta fue duramente criticada –*vid.* especialmente Ulrich HUBER, «Die Unmöglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes», *ZIP* 2000, 2137, 2140 ss.; Claus-Wilhelm CANARIS, «Zur Bedeutung der Kategorie “Unmöglichkeit” für das Recht der Leistungsstörungen», en Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke, *op. cit.*, 43 ss., así como Jan WILHELM/Peter DEEG, «Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen», *JZ* 2001, 223, 230 ss.–, y por eso se retomó de nuevo el concepto de imposibilidad.

¹⁷ La cursiva es mía.

exoneración era, pues, no tanto la imposibilidad de la prestación como la circunstancia de que el deudor no era responsable de la imposibilidad en el sentido de los §§ 276 ss. BGB¹⁸.

Por el contrario, con la nueva regulación jurídica, la exoneración de la prestación principal y la de pagar indemnización se separan y se configuran como presupuestos distintos. Es el llamado «sistema dual»¹⁹.

Efectivamente, el nuevo § 275.1 BGB sólo trata la cuestión de cuándo puede el deudor quedar exonerado de su deber primario de prestación, sin que importe si éste es o no responsable de la causa que impide la prestación. Y ello es así porque, aun cuando se pruebe que es culpable de ello –por ejemplo porque tras la conclusión del contrato destruye la cosa vendida– ningún sentido tiene ya condenarle a cumplir con la entrega. Por eso, la existencia o no de culpabilidad sólo tiene relevancia para determinar si es o no posible exigirle indemnización (deber secundario de prestación).

1.1.2 CODIFICACIÓN DE NUEVAS CAUSAS DE EXONERACIÓN DE LA PRESTACIÓN

La segunda novedad está estrechamente vinculada a la incorporación del derecho de origen jurisprudencial, que tanta importancia ha tenido en su recodificación: a diferencia de lo que sucedía anteriormente, el nuevo § 275 BGB regula dos tipos de impedimentos para la prestación: en el § 275.1 BGB han sido recogidas las clases de exoneración hasta la fecha codificadas, según las cuales la prestación no se debe cuando sea imposible cumplir tanto para el deudor como para cualquier otra persona. Pero ya es otra la nueva aproximación que realizan los § 275.2 y 3 BGB –preceptos que se limitan a recoger lo que ya antes había desarrollado la jurisprudencia–, que consignan la exoneración de la prestación cuando, a pesar de serle posible al deudor su cumplimiento, éste le resulta demasiado gravoso (es la llamada «falsa imposibilidad» de la prestación, en forma de «agravamiento de la prestación»).

¹⁸ Volker EMMERICH, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, T. II, C.H. Beck, München 2001, § 275 núm. 3.

¹⁹ Sobre esto, Claus-Wilhelm CANARIS, «Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts. Grundstrukturen und Problemschwerpunkte», en Egon Lorenz (ed.), *Karlsruher Forum 2002, 2003*, 5, 18 ss.; Wolfgang ERNST, «Kernfragen der Schuldrechtsreform», *JZ 1994*, 801, 803 ss.; el mismo autor, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, T. II a, C.H. Beck, München 2003⁴, § 275 núm. 3.

1.1.3 INTEGRACIÓN DEL SANEAMIENTO EN EL DERECHO GENERAL SOBRE INCUMPLIMIENTO: LA IMPOSIBILIDAD CUALITATIVA

En tercer lugar, es también nuevo el grupo de casos de la llamada «imposibilidad cualitativa». Esta categoría se explica a partir de la transposición de la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de los bienes de consumo y la integración del sistema del saneamiento dentro del Derecho general sobre el incumplimiento: el vendedor que entrega una cosa defectuosa, según la concepción de la citada Directiva, incumple su obligación. El comprador tiene una pretensión al suministro de bienes que sean conformes con el contrato, de manera que cuando ello no es así puede exigir su reparación o sustitución (art. 3.2 Directiva 1999/44/CE). De todas maneras, de acuerdo con el artículo 3.3 Directiva 1999/44/CE, el vendedor puede liberarse de tal deber de cumplimiento posterior, cuando este sea «imposible o desproporcionado».

Este modelo se ha integrado en la Ley de reforma del Derecho de Obligaciones. Según la nueva redacción dada al § 433.1, II BGB, el vendedor está obligado a entregar al comprador la cosa vendida libre de vicios. Es decir que, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, la ausencia de vicios en la prestación es también un deber del vendedor. Consiguientemente, si un cumplimiento posterior es imposible, ello debe juzgarse a la luz del Derecho general sobre el incumplimiento y, en concreto, del § 275 BGB²⁰. El legislador sólo ha dado normas especiales en relación con el criterio de la «desproporción» y las ha ubicado sistemáticamente en sede de compraventa (§ 439.3 BGB).

1.2 Imposibilidad, según el § 275.1 BGB

¿Bajo qué circunstancias puede liberarse el deudor de su deber de prestación en caso de imposibilidad?

La imposibilidad, en el sentido del § 275.1 BGB, se da cuando el deudor no puede cumplir por causas legales²¹ o jurídicas²². En particular, pueden distinguirse los siguientes grupos:

²⁰ En consecuencia, se rigen por estas mismas reglas generales sobre la imposibilidad, las eventuales pretensiones del comprador a la indemnización de daños [§§ 437 núm. 3, 283 o bien 311 a) (2) BGB]. Ídem, en caso de resolución (§§ 437 núm. 2, 326.5, 323 BGB). Con detalle, Stephan LORENZ, «Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform», *JZ* 2001, 742 ss.

²¹ Ejemplo: la cosa vendida se destruye antes de la tradición.

²² Ejemplo: se vende una cosa ajena y el propietario no presta su consentimiento en el negocio traditorio.

- El deudor se libera del deber primario de prestación cuando él no pueda cumplir por sí mismo, aunque sí exista un tercero que pueda (imposibilidad subjetiva) o bien cuando nadie –ni el deudor ni un tercero– esté en disposición de cumplir (imposibilidad objetiva).
- A continuación, además de los casos de imposibilidad sobrevenida, deben incluirse los casos de imposibilidad inicial, puesto que así lo da a entender la nueva redacción del § 275.1 BGB, que ya no prevé que la prestación sea imposible en el futuro, sino que afirma que «es» imposible. La imposibilidad objetiva originaria no es motivo de nulidad del contrato. Así lo establece claramente el § 311 a) 1 BGB, a diferencia de lo que sucedía antes de la reforma. En ese caso, no se excluye una eventual pretensión a la indemnización del interés positivo, de acuerdo con el § 311 a) 2 BGB²³.
- A través de la palabra «soweit» («en tanto que [ésta sea imposible]») queda finalmente claro que tanto la imposibilidad total como la parcial es causa de exoneración de la prestación, en el sentido del § 275.1 BGB.

Si se dan los requisitos del § 275.1 BGB, entonces la prestación se extingue *ipso iure*²⁴. Por consiguiente, el § 275.1 BGB opera como una excepción apreciable de oficio.

1.3 Agravación de la prestación, según el § 275.2 y 3 BGB

Junto a los casos en que existen dificultades insuperables para cumplir con la prestación debida y en los cuales el deudor queda liberado de la misma por ministerio de la ley, el § 275.2 y 3 BGB también reconoce otros casos en los que existe una agravación de la prestación, de manera que aunque ésta sea posible, sin embargo es desproporcionada para el deudor. A diferencia de lo que sucede con la «imposibilidad simple», la agravación de la prestación se configura dogmáticamente como una excepción que debe ser alegada por el interesado²⁵. Por tanto, para verse liberado el deudor debe recurrir al § 275.2 y 3 BGB.

²³ La indemnización del *interés negativo* incluye la de todos los daños que genera la infracción de la confianza que la parte defraudada había depositado en la conclusión del contrato. El resarcimiento debe colocarle en la misma situación en que se encontraba antes de celebrar el contrato. En el *interés positivo*, por el contrario, tiende a resarcir tanto las ganancias dejadas de obtener con la no-celebración, como cualquier otro daño derivado del incumplimiento (v. gr. los costes de reposición).

²⁴ *Vid.* la dicción literal del § 275.1 BGB: «Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen» («La pretensión de recibir la prestación queda excluida») (la cursiva es mía).

²⁵ *Vid.* la dicción literal del § 275.1 BGB: «Der Schuldner kann der Leistung verweigern» («El deudor puede negarse a cumplir») (la cursiva es mía).

1.3.1 IMPOSIBILIDAD FÁCTICA, SEGÚN EL § 275.2 BGB

El § 275.2 BGB acoge los casos de la llamada «imposibilidad práctica o fáctica» (*praktische oder faktische Unmöglichkeit*), según la cual teóricamente sería posible eliminar los obstáculos que impiden cumplir con la prestación pero, sin embargo, no es razonablemente esperable que alguien lo haga. Un caso típicamente reconducible al § 275.2 BGB –y citado en los motivos de la ley– es el del anillo que, tras la venta pero antes de la tradición, se cae al fondo de un lago y sólo tras considerables esfuerzos puede ser recuperado²⁶. En este supuesto, un acreedor razonable no puede esperar que el deudor cumpla su prestación *in natura*. El deudor puede, pues, renunciar a cumplir con la prestación según lo dispuesto en el § 275.2 BGB.

1.3.2 PRESTACIÓN DESMEDIDA EN RELACIÓN CON LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL DEUDOR O «IMPOSIBILIDAD ÉTICA», SEGÚN EL § 275.3 BGB

El § 275.2 BGB se complementa todavía con el derecho que tiene el deudor a rechazar el cumplimiento en casos en que entra en juego una ponderación de las dificultades que éste entraña. El ejemplo típico es el de la cantante que no quiere salir a escena porque su hijo está en casa gravemente enfermo. También cae bajo la órbita del § 275.3 BGB el caso del trabajador que se niega a trabajar, porque es llamado a filas en Turquía y sabe que si no acude será sancionado con la pena de muerte²⁷. En estos supuestos de desproporción o «imposibilidad ética», el nuevo § 275.3 BGB concede al deudor un derecho a negarse a cumplir la prestación.

2. LA ALTERACIÓN DE LA BASE DEL NEGOCIO, SEGÚN EL § 313 BGB

El § 313 BGB regula por primera vez la institución conocida como «alteración de la base del contrato» (*Störung der Geschäftsgrundlage*), cuyo origen y desarrollo es jurisprudencial, y la configura como una causa autónoma e independiente de exclusión del deber de prestación. Tal y como se aprecia en los motivos de la ley,

²⁶ *Bundestagsdrucksache* (BT-Drucks.) 14/6040, 129 ss. Los *Bundestagsdrucksachen* (Diarios Oficiales del Bundestag) pueden localizarse, a partir de la 13.^a Legislatura, en internet, en la siguiente dirección: <<http://dip.bundestag.de/parfors/parfors.htm>>.

²⁷ BT-Drucks. 14/6040, 130.

se pretendía codificar, pero en ningún caso proceder a la reforma de la doctrina de la base del negocio.

El § 313.1 BGB permite exigir la modificación del contrato en el caso de que desaparezcan las circunstancias que fueron determinantes para su conclusión y ello comporte un cumplimiento mucho más gravoso para el deudor. Se exige la constatación de que los contratantes tampoco habrían pactado la prestación de haber previsto ese nuevo contexto. El § 313.2 BGB equipara al cambio sobrevenido de las circunstancias externas, el hecho de que ambos contratantes hubieren albergado expectativas falsas que hubiesen sido consideradas esenciales para la contratación. Finalmente, el § 313.3 BGB permite la resolución del contrato o su desistimiento (en los contratos de larga duración) siempre que la modificación no sea posible o no pueda imponerse el contrato a uno de los contratantes.

3. COMPARACIÓN CON LAS REGLAS INTERNACIONALES

¿Cómo se compaginan estas reglas del BGB con las reglas internacionales?

3.1 Convención de Viena

Un análisis de Derecho comparado con la Convención de Viena presenta importantes dificultades ya que, a diferencia de la regulación del BGB, la de la Convención no está basada en un sistema dual que diferencie entre la exoneración de un deber primario de prestación y otro secundario y, además, tampoco regula el supuesto de hecho de exoneración del deudor de su deber primario de prestación. En el artículo 79.1 CV²⁸, el supuesto de hecho de la imposibilidad no emerge de los deberes primarios de prestación, sino que sólo se da en relación con la pretensión a la indemnización (como causa de exoneración). Efectivamente, la imposibilidad aparece sólo en el contexto de la reclamación de daños y perjuicios y, seguramente, la razón de que ello sea así es que la CV no reconoce ninguna pretensión al cumplimiento²⁹.

²⁸ Según el artículo 79.1 CV, «Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias» (*Textos Básicos, op. cit.*, II.5).

²⁹ La razón se encuentra en el hecho de que los ordenamientos jurídicos angloamericanos sólo reconocen la pretensión al cumplimiento (*specific performance*) en determinadas condiciones. La CV fue objeto de mutuas concesiones recíprocas y soluciones de com-

Tampoco es prevista como causa autónoma de exoneración la alteración de la base del negocio.

3.2 PECL y PU

3.2.1 REGLAS SOBRE IMPOSIBILIDAD

Por el contrario, tanto los PECL como los PU reconocen al acreedor una pretensión general al cumplimiento [art. 9:101 (1) PECL; art. 7.2.2. PU]. Igual que el BGB, los PECL y los PU se basan en un sistema dual. De ahí que los PECL y los PU conozcan el supuesto de hecho de la «simple imposibilidad» y el del agravamiento de la prestación. Según ambas reglas de Principios, el cumplimiento de una obligación no pecuniaria no puede ser exigida si el cumplimiento fuere imposible³⁰. Esta regla es la misma que ya contiene el nuevo § 275.1 BGB. Además, según los Principios, la pretensión al cumplimiento está excluida cuando éste supone para el deudor esfuerzos o costes desproporcionados, igual que en el § 275.2 BGB³¹.

Debe ser añadido que los PECL y los PU disponen que la exoneración de la prestación tiene lugar cuando el cumplimiento consiste en una prestación de servicios u obra de carácter personal, o bien se basa en una relación personal³². Esta regla básica se corresponde en su mayor parte con el § 275.3 BGB. Pero, a diferencia de los PECL y los PU, la norma alemana exige adicionalmente que la prestación no pueda serle exigida al deudor «teniendo en cuenta los obstáculos que se opongan a su realización frente al interés que el acreedor pueda tener en el cumplimiento de la misma».

Finalmente, de conformidad con el § 311 a)1 BGB, las reglas internacionales establecen que un contrato no es nulo por el simple hecho de que en el momento de su conclusión fuere imposible el cumplimiento de la obligación contraída, o por el hecho de que una de las partes no tuviera poder de disposición sobre los bienes objeto del contrato³³. En esos casos, la parte contractual que ha asumi-

promiso y ello explicaría la regulación actual. Según el artículo 28 «si conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciere, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención» (*Textos Básicos, op. cit.*, II.5). Por eso la CV tampoco regula la cuestión de en qué circunstancias y bajo qué requisitos puede liberarse del cumplimiento el deudor.

³⁰ Artículo 9:102 (2) (a) PECL, artículo 7.2.2. (a) PU.

³¹ Artículo 9:102 (2) (b) PECL, artículo 7.2.2. (b) PU.

³² Artículo 9:102 (2) (c) PECL, artículo 7.2.2. (c) PU.

³³ Artículo 4:102 PECL; artículo 3.3 PU.

do el riesgo de la imposibilidad debe responder no sólo del interés negativo sino también del positivo, análogamente a lo dispuesto en el § 311 a) 2 BGB.

3.2.2 «CHANGE OF CIRCUMSTANCES» O «HARDSHIP»

También existen importantes coincidencias entre las reglas internacionales y el derecho alemán en lo que concierne a las normas que regulan la alteración de la base del negocio. Efectivamente, bajo la rúbrica «Change of circumstances» o «hardship», los artículos 6:111 PECL y 6.2.1-6.2.3 PU regulan una causa de exclusión de la prestación que esencialmente corresponde con lo que en el § 313 BGB es la alteración de la base del negocio³⁴.

Pero, a diferencia de lo que prevé el § 313 BGB, los *presupuestos* de este instituto jurídico han sido regulados de manera mucho más restrictiva. Así, mientras que en el Derecho alemán prácticamente es contemplada como causa de alteración cualquier circunstancia sobrevenida y, especialmente, la falsa representación de las expectativas de ambos contratantes, resulta que las reglas internacionales sólo se refieren, bien al caso en que se produce un incremento de los costes de la prestación, bien a aquel que supone una disminución del precio. No se incluye el caso de error de los contratantes sobre circunstancias esenciales del contrato. En los PECL y los PU, el tema debe ser solucionado al amparo de las normas que regulan el error³⁵.

Las *consecuencias jurídicas* previstas en el § 313 BGB y en la reglas internacionales también son distintas. Según los PECL y los PU, en caso de alteración de la base del negocio, los contratantes deben intentar primero una renegociación de las condiciones. El juez podrá modificar o declarar extinguido el contrato, sólo cuando ésta no sea posible [art. 6:111 (2) PECL; art. 6.2.3 (1) PU]. Por el contrario, el § 313 BGB prevé una pretensión a la adaptación o modificación del contrato pero no, además, una renegociación obligatoria³⁶. Según el derecho alemán, y también a diferencia de lo

³⁴ Vid. Wolfgang ERNST, «Die Verpflichtung zur Leistung in den Principles of European Contract Law und in den Principles of International Commercial Contracts», en Jürgen Basedow (ed.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, 129, 147 ss.

³⁵ Artículo 4:103 PECL; artículo 3.5 PU.

³⁶ Reiner SCHULZE, en Reiner Schulze *et alii* (ed.), *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden, 2003³, § 313 núm. 26. A veces se afirma que, efectivamente, es posible sostener una pretensión a la modificación del contrato y a una renegociación de las condiciones. Así, en particular, Horst EIDENMÜLLER, «Der Spinnerei-Fall: Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung», *Jura* 2001, 824, 830 ss. Con anterioridad, sin

previsto en las reglas internacionales³⁷, no es posible una pretensión a la indemnización cuando uno de los contratantes ha rehusado entrar en nuevas negociaciones o bien las ha interrumpido bruscamente y de forma unilateral.

III. LA VIOLACIÓN DE UN DEBER COMO NOCIÓN CENTRAL DE LAS REGLAS SOBRE INCUMPLIMIENTO Y FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR

La orientación internacional del legislador alemán se aprecia igualmente en el ámbito de la responsabilidad del deudor (indemnización de daños y perjuicios). Hasta ahora, el Derecho alemán no conocía un supuesto de hecho unitario para el incumplimiento. El BGB venía caracterizado por una compleja y poco clara variedad de supuestos individuales de incumplimiento, a veces previstos en la ley, otras no. Desde la reforma operada por la Ley de modernización del Derecho de obligaciones, la regulación general se contiene en el § 280 BGB, que prevé un único supuesto de hecho basado en el concepto de violación de un deber (*Pflichtverletzung*).

1. DEBERES DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA (§ 241 BGB)

El cambio de paradigma es notorio, ya desde el comienzo del Libro II BGB, a la luz de la nueva formulación del § 241 BGB. Hasta ahora, la regla del § 241 BGB se agotaba en la disposición que establecía que, en virtud de la existencia de una relación obligatoria, el acreedor podía exigir al deudor una prestación. El crédito del acreedor (la relación jurídica entendida en sentido estricto) sólo hacía referencia a los deberes principales y accesorios que formaban parte de la prestación. Por el contrario, la perspectiva del deudor, su obligación frente al acreedor, no se abordaba. Esto es lo que ahora recupera la Ley de modernización del Derecho de obligaciones. A la regla del § 241 BGB le ha sido añadida un segundo

embargo, muy crítico con la idea de que sea necesaria una renegociación, Michael MARTINEK, «Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten – Bestandsaufnahme, Kritik ... und Ablehnung», *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP) 198 (1998), 329 ss., así como Wolfgang ERNST, *op. cit.*, 151 ss.

³⁷ Tal tipo de pretensión a la indemnización de daños y perjuicios es prevista expresamente en el artículo 6: 111 (3) PECL. Los PU, por el contrario, no prevén expresamente un deber de indemnización.

párrafo, según el cual en la relación obligatoria (esta vez en sentido amplio) cada parte debe tener en cuenta los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra. Con esta norma han encontrado regulación legal los deberes que no forman parte de la prestación (deberes de protección) como, por ejemplo, el deber del vendedor al que con anterioridad se hizo referencia de no dañar los muebles del comprador en el momento en que va a su casa a instalarle el electrodoméstico previamente adquirido.

2. SISTEMÁTICA DE LOS DEBERES DE INDEMNIZACIÓN

Tal concepción se basa también en la sistemática de los deberes de indemnización.

2.1 El § 280 BGB como supuesto de hecho principal de la violación del deber

El § 280 BGB establece como supuesto de hecho básico, que cada violación de un deber genera la obligación de indemnizar daños. Según el § 280.1 BGB, la violación de un deber ofrece el supuesto de hecho objetivo de la pretensión a la indemnización y la carga de la prueba corresponde al acreedor. Ante esta situación, debe diferenciarse si el deudor es responsable o no de la violación del deber. El § 280 BGB establece fundamentalmente el principio de culpa y ésta se presume a favor del acreedor, sin perjuicio de la posibilidad de prueba en contrario (§ 280.1, II BGB).

Esencialmente, la noción de «violación de un deber» incluye todo tipo de incumplimiento. Según el razonamiento del legislador, no depende de si el deudor ha infringido un deber principal o accesorio, un deber de prestación o un deber de protección, y tampoco de si no ha cumplido a tiempo o en el lugar indicado o si ha cumplido con cosa distinta de la debida, o con una prestación que tiene defectos o que no corresponde a la clase o calidad pactada³⁸. El concepto de «violación de un deber» comprende los antiguos tipos referidos al incumplimiento por imposibilidad, mora, cumplimiento defectuoso y violación positiva del contrato, pero también –a partir del § 311.2 y 3 BGB– el grupo de casos de la *culpa in contrahendo*.

Frente al § 280 BGB, la única base para una pretensión independiente viene especificada en el § 311 a) 2 BGB, para el caso de

³⁸ BT-Drucks. 14/6040. 93.

imposibilidad inicial. El fundamento de la indemnización es la promesa de prestación del deudor, mientras que los §§ 280 ss. BGB presuponen ya la existencia de una prestación o un deber de protección. Según el § 311 a) 2 BGB, el deudor debe responder porque se obliga a una prestación, aunque él conoce o debiera conocer que no puede cumplirla. A diferencia de lo que sucedía con anterioridad, el deudor no sólo debe indemnizar el interés negativo, sino también el positivo.

En cambio, sí que resulta adecuado el § 280.1 BGB, en relación con otras eventuales pretensiones a la indemnización derivadas de infracción obligacional. Aunque no todos los casos de incumplimiento pueden ser solucionados al amparo del § 280.1 BGB, porque para determinadas cuestiones rigen adicionalmente otras disposiciones, ello no impide que todas las categorías sobre el incumplimiento puedan ser reconducidas al § 280.1 BGB como norma básica³⁹.

2.2 La indemnización de los daños causados por mora, según los §§ 286, 288 BGB

En relación con la indemnización por mora rigen disposiciones específicas. Según el § 280.2 BGB la indemnización sólo es exigible si se dan los requisitos adicionales previstos en el § 286 BGB. El deudor que no ha cumplido una obligación vencida y exigible debe ser intimado al pago por el acreedor (§ 286.1 BGB). Ello es superfluo cuando esté fijado un momento determinado para la prestación, de acuerdo con el calendario (§ 286.2, núm. 1 BGB), cuando la prestación presuponga un acontecimiento y esté determinado un tiempo razonable para su ejecución que puede calcularse según el calendario a partir de la producción de tal acontecimiento (§ 286.2, núm. 2 BGB), cuando el deudor rechace de manera seria y definitiva el cumplimiento (§ 286.2, núm. 3 BGB), o cuando por cualquier otra razón, y ponderando los intereses de ambas partes, esté justificado el comienzo inmediato de la mora (§ 286.2, núm. 4 BGB). Rige una regla especial en el supuesto de prestaciones remuneratorias, cuando el deudor haya recibido una factura o documento de pago equivalente. En ese caso, el deudor incurre en mora a lo más tardar a partir de los treinta días tras el vencimiento y recepción de la factura o nota de pago equivalente (§ 286.3 BGB). Finalmente, el § 286.4 BGB establece que el deudor no incurre en mora

³⁹ BT-Drucks. 14/6040, 93, 135; Dieter MEDICUS, *Schuldrecht I*, C.H. Beck, Múnich. 2002¹³, núm. 385.

cuando el incumplimiento de la prestación sea consecuencia de una circunstancia de la que él no es responsable.

Si se dan los presupuestos del § 286 BGB, el deudor debe compensar al acreedor por todos los daños que le cause el retraso. Fundamentalmente, debe satisfacer un tipo de interés de demora anual superior en cinco puntos al tipo de interés básico (§ 288.1 BGB), siendo el tipo de referencia el del Banco Central Europeo, que varía cada semestre (§ 247 BGB).

Las reglas contenidas en los §§ 286, 288 BGB son, sobre todo, la transposición de la Directiva 2000/35/CE, sobre lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales⁴⁰. En este caso, también la nueva regulación del BGB va mucho más lejos que las disposiciones comunitarias. Según los artículos 1, 2, núm. 1 de la citada Directiva, ésta sólo se ocupa de la morosidad en los pagos efectuados como contraprestación (prestaciones remuneratorias), entre empresas o poderes públicos. Por el contrario, el § 286 BGB se aplica a todos los negocios jurídicos, es decir, también a los celebrados con consumidores. Sólo en dos casos, el nuevo derecho sobre la mora contiene reglas especiales dirigidas al consumidor. Por un lado, el § 286.3 BGB establece que el plazo de 30 días sólo empieza a contar frente a éste cuando el acreedor le haya advertido expresamente de las consecuencias de la mora en la factura o nota de pago equivalente (§ 286.3, III BGB). Por otro lado, en los negocios jurídicos en los que no sea parte un consumidor, el tipo de interés de demora para las prestaciones remuneratorias no es de cinco sino de ocho puntos por encima del tipo básico de interés (§ 288.2 BGB).

2.3 Indemnización por daños en lugar de prestación, según los §§ 281-283 BGB

Para que el acreedor pueda solicitar indemnización por daños «en sustitución de la prestación debida», bien porque el deudor no realiza la prestación, bien porque no la realiza conforme a lo debido, rigen presupuestos especiales. Efectivamente, en estos casos sólo es posible obtener indemnización si se dan las circunstancias adicionales de los §§ 281-283 BGB, según dispone el § 280.3 BGB. En primer lugar, el § 281 BGB establece que para apreciar que ha habido incumplimiento (*Nichtleistung*) o cumplimiento defectuo-

⁴⁰ Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, de 29 de junio de 2000, en *Textos Básicos, op. cit.*, I.12.

so, es necesario –y suficiente– que el acreedor haya otorgado sin éxito al deudor un plazo razonable para realizar la prestación o su cumplimiento ulterior (una vez constatado un previo incumplimiento o un cumplimiento defectuoso), transcurrido el cual puede obtenerse la indemnización en sustitución de la prestación debida. En el § 281 BGB tienen cabida, sobre todo, la mora y la entrega de una cosa defectuosa. Por el contrario, el § 283 BGB establece que la fijación de un plazo para los casos del § 275 BGB es superfluo.

Finalmente, el § 282 BGB concede al acreedor el derecho a la indemnización en lugar de la prestación en caso de violación de deberes de protección que no forman parte de la prestación (en el sentido del § 241.2 BGB). La regla se aplica cuando el deudor cumple regularmente la prestación pero concurren circunstancias que ponen en peligro la finalidad del contrato. En estos casos, el acreedor debe poder, no sólo exigir los daños de acuerdo con el § 280.1 BGB, sino también desistir de su interés en la ejecución del contrato y exigir indemnización en lugar de la prestación. En este sentido, el § 282 BGB asume los principios fundamentales desarrollados por la jurisprudencia en relación con la violación positiva del contrato⁴¹.

3. COMPARACIÓN CON EL DERECHO COMUNITARIO Y CON LAS REGLAS INTERNACIONALES⁴²

3.1 Coincidencias

Si se compara la noción, recientemente incorporada en el BGB, de *Pflichtverletzung* o «violación de un deber», con el Derecho comunitario y las reglas internacionales, se constata que el legislador alemán se basa en buena parte en las disposiciones de la CV, los PECL y los PU, así como en la Directiva sobre garantías en las ventas de consumo. El modelo de una norma fundamental única en

⁴¹ *Vid. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (BGHZ) 11, 84 y *Rechtsprechungsreport Zivilrecht der Neuen Juristischen Wochenschrift Zivilrecht* (NJW-RR) 96, 950.

⁴² La comparación que a continuación se realiza se limita al concepto de «violación de un deber» o *Pflichtverletzung*. No procede desarrollar aquí ulteriores particularidades, aunque sí cabe señalar que desde diferentes sectores se ha señalado que, posiblemente, el legislador alemán no ha transpuesto correctamente la directiva sobre morosidad. Así, *vid.* Wolfgang ERNST, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, *op. cit.*, § 276 núm. 86; Hans SCHULTE-NÖLKE, en Barbara Dauner-Lieb/Thomas Heidel/Manfred Lepa/Gerhard Ring (eds.), *Anwaltkommentar Schuldrecht*, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn, 2002, § 286 núm. 32 ss, 57.

materia de incumplimiento fue tomado de la CV. Es una solución que luego también han adoptado tanto los PU como los PECL, aunque refinada en algunos puntos⁴³. Finalmente, es notorio que con la categoría de la «conformidad con el contrato» o, lo que es lo mismo, la «infracción contractual»⁴⁴, la Directiva 1999/44/CE también ha adoptado el modelo que proporciona la CV, aunque aquélla no prevé la pretensión a la indemnización por daños⁴⁵.

En mi opinión, hay que celebrar que las cosas sean así. La anterior división entre formas distintas de infracción contractual llevaba a una situación en la que coexistían supuestos de hecho previstos legalmente con otros que no lo estaban. Un supuesto de hecho único, por el contrario, proporciona la ventaja de abarcar sin lagunas todos los tipos de incumplimiento y con ello se gana tanto en sencillez como en claridad sistemática y dogmática.

Pero, a pesar de las coincidencias constatadas entre el BGB y las normas europeas, también existen divergencias.

3.2 Divergencias

3.2.1 INFRACCIÓN DE UN DEBER –INFRACCIÓN DEL CONTRATO– INCUMPLIMIENTO

Una diferencia esencial en el BGB y en los cuerpos de reglas internacionales se aprecia, en primer lugar, en la terminología utilizada por el § 280 BGB. Mientras que la pretensión de daños, en el BGB, debe vincularse al supuesto de hecho de la «violación de un deber» (*Pflichtverletzung*), la CV utiliza principalmente el concepto de «violación del contrato» (*Vertragsverletzung*)⁴⁶. En los PECL y los PU, por el contrario, el incumplimiento («*Nichterfüllung*») es la categoría central en el momento de fijar los recursos que tiene la parte perjudicada⁴⁷.

Los conceptos no reflejan solamente diferencias terminológicas sino también de concepción⁴⁸. Esto se aprecia claramente a

⁴³ Ulrich MAGNUS, «Der Tatbestand der Pflichtverletzung», en Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke, *op. cit.*, 67, 68.

⁴⁴ Artículos 2 y 3.1 Directiva 1999/44/CE.

⁴⁵ Artículo 8.1 Directiva 1999/44/CE.

⁴⁶ Artículos 25, 45 (3), 61 (3), 74 CV. A veces también se utiliza el concepto de incumplimiento: artículos 49 (1) (a), 64 (1) (a), 79 (1) CV.

⁴⁷ Artículos 8:101 PECL y 7.1.1 PU.

⁴⁸ Contrariamente, los redactores de la ley sobre la modernización del Derecho de Obligaciones eran de la opinión de que la divergencia de conceptos no obedecía a un tema de contenido sino tan solo de dicción. BT-Drucks. 14/6040, 92, 133 ss.

partir de dos constataciones. Por un lado, el § 280 BGB se ubica sistemáticamente en la Parte general del Derecho de obligaciones. A diferencia de lo que sucede en las reglas internacionales, el supuesto de hecho de la violación del deber no se refiere al incumplimiento de deberes contractuales sino, en general, a la violación de deberes que resultan de una relación jurídica obligacional. Por eso el § 280 BGB tiene aplicación no sólo a los contratos, sino también a la responsabilidad civil extracontractual y al enriquecimiento injusto⁴⁹. Por otro lado, debe ser observado que, finalmente, el legislador alemán se ha decantado por el concepto de «violación de un deber», debido a la imposibilidad de incluir la violación de un deber de protección dentro del concepto general del incumplimiento (*Nichterfüllung*)⁵⁰. En eso, la concepción alemana también se aparta de las reglas internacionales, puesto que ni la CV, los PECL o los PU conocen un supuesto de hecho general de los deberes de protección comparable al § 241.2 BGB⁵¹.

3.2.2 MANTENIMIENTO DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR CULPA

Mientras que la Ley de modernización del Derecho alemán de obligaciones se basa en el principio de responsabilidad por culpa, por el contrario y, como es conocido, la CV, los PECL y los PU prescinden de la culpa como fundamento de la responsabilidad⁵² y, además, limitan tal responsabilidad, esto es, la indemnización, a tan sólo los daños previsibles⁵³. Ahora bien, tales regulaciones no son, en el fondo, tan divergentes. Cabe afirmarlo a la vista del establecimiento, en el § 280.1, II BGB, de un principio de culpa presunta, en virtud del cual el deudor debe probar que no ha actuado culposamente. Resulta, pues, que las diferencias prácticas entre una responsabilidad estricta y por culpa presunta no son tantas como generalmente se afirma⁵⁴.

⁴⁹ Crítico, Ole LANDO, «Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 2003, 231, 244.

⁵⁰ BT-Drucks. 14/6040, 133 ss. Además fue determinante la idea de que el retraso en el cumplimiento y el cumplimiento defectuoso no podían ser comprendidos adecuadamente dentro del concepto de incumplimiento.

⁵¹ Con detalle, Ulrich MAGNUS, *op. cit.*, 67, 71 ss.

⁵² Artículo 45 (1) (b); 61 (1) (b) CV; artículo 9:501 PECL y artículo 7.4.1 PU.

⁵³ Artículo 74 CV; 9:503 PECL; 7.4.4 PU.

⁵⁴ En esta línea, MAGNUS, *op. cit.*, 75 y LANDO, *op. cit.*, 241.

IV. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO COMO CONSECUENCIA DE UN INCUMPLIMIENTO

1. CONTENIDO DE LA REGULACIÓN DE LOS §§ 323 SS. BGB

La transposición de la Directiva sobre garantías en la compra-venta de bienes de consumo⁵⁵ también ha llevado a regular de nuevo los derechos de resolución en caso de incumplimiento. El legislador alemán no se ha limitado a transponer literalmente el derecho de resolución previsto en la Directiva 1999/44/CE (art. 3.5), sino que ha optado por regular conjuntamente y de manera armónica tanto el derecho de resolución previsto en la citada directiva, como los otros derechos de resolución por causa de incumplimiento recogidos en los PECL/PU.

El § 323 BGB es el parágrafo central en materia de resolución para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso. A diferencia de lo que sucedía anteriormente⁵⁶, el derecho de resolución no presupone que el deudor haya actuado culposamente. Según el concepto dado por la Directiva 1999/44/CE (art. 3.5, segundo guión), el acreedor puede resolver el contrato cuando haya concedido al deudor sin éxito un plazo adecuado para cumplir con su obligación (de saneamiento, en este caso).

Si se da el caso de imposibilidad, el establecimiento de un plazo es prescindible (art. 326.5 BGB), análogamente a la Directiva 1999/44/CE (*vid. art. 3.3, I y art. 3.5 primer guión*). Finalmente, el § 324 BGB regula derechos de resolución en caso de violación de deberes secundarios que no formen parte del contenido de la prestación (deberes de protección, § 241.2 BGB).

2. COMPARACIÓN CON LAS REGLAS INTERNACIONALES

El § 323 no sólo refleja la concepción de la Directiva 1999/44/CE, sobre garantías en la venta de bienes de consumo, sino también el de las reglas internacionales. En caso de resolución del contrato, e igual que la CV, los PECL y los PU, el Derecho alemán no presupone que el deudor sea culpable del incumplimiento. Esta solución es, francamente preferible. Que alguien deba responder personalmente sólo en caso de conducta culpable, queda justificado

⁵⁵ *Vid. artículo 3.5 Directiva 1999/44/CE y el derecho de resolución allí previsto.*

⁵⁶ *Vid. § 326 BGB, versión anterior.*

supuesto que el contratante exija indemnización por daños. Otra cosa es, por el contrario, que se exija resolución del contrato, puesto que entonces no parece justificado exigir el requisito de culpa. El deudor que no cumple con sus deberes no puede esperar de sus acreedores que éstos continúen vinculados ilimitadamente a sus deberes.

A diferencia del § 323 BGB, los PECL y los PU conceden un derecho de resolución sólo en caso de «infracción contractual esencial» (*fundamental breach*)⁵⁷. Frente a ello, el § 323 BGB permite desistir tras el transcurso infructuoso de un plazo legal. Se dan requisitos limitados –en armonía con la Directiva sobre garantía en las ventas de consumo (art. 3.6)– sólo para el caso de cumplimiento defectuoso: supuesto que la infracción sea insignificante, el acreedor no tiene un derecho de resolución (§ 323.5, II BGB)⁵⁸.

La CV ofrece otra solución. Principalmente, la CV concede derecho de resolución sólo cuando la infracción del contrato es esencial. Alternativamente, en caso de no entrega de la cosa vendida en el plazo establecido, el comprador también puede resolver el contrato⁵⁹. Eso ahorra tanto al comprador como al vendedor la en ocasiones difícil prueba de que la infracción tiene el carácter de «esencial».

Cuál de estos modelos sea preferente, no es cuestión que pueda dilucidarse aquí de manera concluyente. A fin de cuentas, todos los caminos llevan a Roma, de forma que el acreedor que establece un plazo transforma en la forma conocida, cuando éste transcurre, lo que hasta entonces era una infracción no esencial en otra que sí lo es⁶⁰.

V. INTENTO DE VALORACIÓN PROVISIONAL

Aun siendo de lamentar el grado de abstracción del nuevo Derecho de obligaciones⁶¹, la reforma merece una valoración positiva. La Ley de modernización del Derecho de Obligaciones en Alema-

⁵⁷ Artículo 9: 301 (1) PECL; artículo 7.3.1 (1) PU.

⁵⁸ Una nueva limitación se encuentra en el caso del cumplimiento parcial. En ese caso, según el § 323.5, I BGB, el acreedor sólo puede resolver el contrato cuando no tenga ningún interés en el cumplimiento parcial.

⁵⁹ Artículo 49 (1) (b), 64 (1) (b) CV.

⁶⁰ Así, con razón, Michael STATHOPOULOS, «Europäisches Vertragsrecht und ratio scripta. Zuständigkeiten und Perspektiven», *ZEuP* 2003, 243, 260.

⁶¹ Así, especialmente, Ole LANDO, *op. cit.*, 244: «Der deutsche Gesetzgeber formuliert heute wie früher kurze und präzise Regeln. Das Abstraktionsniveau ist jedoch zu hoch. (...). Ich bedauere die deutschen Jurastudenten, die, wie ihre Vorgänger, viel Zeit und Mühe verwenden müssen, um das System zu lernen. Für die Ausländer ist die Unzugänglichkeit auch bedauerlich (...) Es wäre wichtig, dass die deutschen Regeln über Verträge für die Nachbarstaaten verständlich sind.»

nia ha procurado la discusión sobre la europeización del Derecho privado y, en ella, la participación de nuestra doctrina. Así, es posible que el BGB pueda ejercer alguna influencia en las tareas que todavía quedan pendientes en relación con la armonización del Derecho de contratos, según la descripción realizada en el Plan de Acción de la Comisión europea⁶².

Pero tampoco deben ser omitidos los problemas que genera este nuevo Derecho de obligaciones. Desde el momento en que el legislador alemán ha decidido integrar el saneamiento en la compraventa, en las normas que regulan el incumplimiento (*Leistungstörungsrecht*), a partir de ahora corresponde a las muchas disposiciones que regulan esta materia la función de transponer la Directiva 1999/44/CE. Las reflexiones precedentes han mostrado sobre todo que las reglas sobre imposibilidad y las disposiciones sobre resolución del contrato se han visto directamente afectadas por la Directiva referida. Debe añadirse, además, que también el derecho relativo a la mora viene determinado por la Directiva sobre morosidad. Estos dos ejemplos permiten apreciar claramente hasta qué punto, tras la reforma, en Alemania el derecho general sobre el incumplimiento de las obligaciones viene determinado por el Derecho comunitario.

1. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO NACIONAL CONFORME CON LAS DIRECTIVAS

Para concluir, las consecuencias de la reforma sólo pueden ser presentadas aquí muy sumariamente.

En primer lugar debe constatarse que el Derecho general sobre incumplimiento de las obligaciones debe ajustarse, en lo sucesivo, al mandato de «interpretación conforme» con el Derecho comunitario. Eso quiere decir que no sólo debe realizarse una interpretación conforme cuando el precepto que se interprete sea un resultado directo de la transposición de una directiva, sino también cuando se trate de una transposición que vaya más allá de su texto obligato-

⁶² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relaciones –Un derecho contractual Europeo más coherente– Plan de acción, COM 2003, 68 final, DOCE C 63, de 15.3.2003, 1. *Vid.* Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, «Droit européen des contrats: première réaction au plan d'action de la Commission», *Le Dalloz* 2003, núm. 18, 1171 ss.; Reiner SCHULZE, «The Acquis Communautaire and the Development of European Contract Law», en Reiner Schulze/Martin Ebers/Hans Christoph Grigoleit (eds.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis Communautaire*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, 15 ss.; Dirk STAUDENMAYER, «Der Aktionsplan der EG-Kommission zum Europäischen Vertragsrecht», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (EuZW) 2003, 165 ss.

rio, tal y como viene exigiendo el TJCE⁶³. Los tribunales alemanes, por tanto, deben proceder a una interpretación conforme con la Directiva 1999/44/CE también cuando, por ejemplo, el § 323 BGB resulte de aplicación a un contrato de servicios (y no sólo a la compraventa). Las dificultades, en la práctica, están servidas. Porque, aparte del hecho de que el aplicador del derecho deberá cerciorarse en adelante de en qué medida una norma tiene su origen o no en el Derecho comunitario, resulta que hasta la fecha falta todavía un marco general de referencia para todas las Directivas, que permita establecer criterios de interpretación comunes⁶⁴. La coherencia del Derecho comunitario actualmente vigente debe ser mejorada, tal y como recientemente se ha preocupado de señalar la Comisión europea en su Plan de Acción y ello también es necesario para mejorar igualmente la seguridad jurídica en Alemania.

2. EL BGB COMO «OBRA EN CONSTRUCCIÓN PERMANENTE»

Además, la decisión adoptada por el legislador alemán de incluir el Derecho del consumo en el BGB implica calificar a este último, de ahora en adelante, de «obra en construcción permanente»⁶⁵. La transposición de directivas comunitarias y la adaptación de la jurisprudencia que las mismas genere será una tarea continua y a largo plazo para el legislador alemán. Éste ha renunciado a

⁶³ TJCE 17.7.1997 –Asunto C-28/95– A. Leur-Bloem c. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam, Rec. 1997, I-04161, núm. 27, 32; TJCE 17.7.1997 –Asunto C-130/95– Bernd Giloy c. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost, Rec. 1997, I-04291, núm. 28. En la Sentencia Leur-Bloem, el TJCE ha afirmado que «[...] cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho comunitario con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones de nacionales propios o, como sucede en el procedimiento principal, de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse». Pero no está demasiado claro de qué requisitos ello depende; el TJCE ha realizado esta afirmación, en un contexto que se refiere a la evitación de reglas nacionales que supongan perjuicios a los nacionales o una restricción a la competencia. Sobre todo ello, cfr. Reiner SCHULZE, «Auslegung Europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts – Einführung», en Reiner Schulze, *Auslegung Europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Nomos, Baden-Baden, 1999, 9, 18; Klaus TONNER, «Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts», *JZ* 1996, 533, 539.

⁶⁴ Vid. el Plan de Acción de la Comisión de 12.02.2003, sobre un Derecho contractual europeo más coherente, *op. cit.*

⁶⁵ Wulf-Henning ROTH, «Die Europäisierung des Bürgerlichen Gesetzbuchs», en Barbara Dauner-Lieb/Horst Konzen/Karsten Schmidt (eds.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis. Akzente-Brennpunkte-Ausblick*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 2003, 25, 26 ss.

hacer una transposición estricta de las concretas disposiciones contenidas en las Directivas y, de momento, esto puede evitar fracturas y divergencias de valores en el sistema nacional. Pero, desde luego, está todavía por ver si tal tipo de transposición, más allá de lo exigible, será o no conforme con el Derecho comunitario futuro y la jurisprudencia del TJCE.

Más bien parece que no, a la vista de la sentencia del TJCE «Heininger»⁶⁶, que trata sobre la regulación alemana de los plazos para revocar un contrato. Las muchas directivas comunitarias de protección del consumidor que conceden a éste un derecho de revocación⁶⁷ fueron transpuestas en Alemania en forma de leyes especiales⁶⁸. Con la transposición de la Directiva 1997/7/CE, sobre contratos a distancia, en el año 2000, se dió un primer paso hacia la armonización de los derechos de revocación⁶⁹, pero con la reforma del Derecho de obligaciones se fue más lejos y se reguló unitaria-

⁶⁶ TJCE 13.12.2001, –Asunto C-481/99– Georg Heininger y Helga Heininger c. Bayreische Hypo- und Vereinsbank AG, Rec. 2001, I-09945. *Vid.* la reseña que a esta sentencia han realizado Mathias HABERSACK/Christian MAYER, «Der Widerruf von Haustürgeschäften nach der „Heininger“- Entscheidung des EuGH», *Wertpapiermitteilungen* (WM) 2002, 253; Peter MANKOWSKI, «Zur Neuregelung der Widerrufsfrist bei Fehlen einer Belehrung im Verbraucherschutzrecht», *JZ* 2001, 745; Norbert REICH/Ursula RÖRIG, *EuZW* 2002, 84; Peter Rott, «„Heininger“ und die Folgen für das Widerrufsrecht», *Verbraucher und Recht* (VuR) 2002, 49; Ansgar STAUDINGER, «Der Widerruf bei Haustürgeschäften: eine unendliche Geschichte?», *NJW* 2002, 653.

⁶⁷ Artículo 5.1 Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en caso de contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales (*Textos Básicos*, *op. cit.*, I.15); artículo 5, núm. 1 Directiva 94/47/CE, de 26 octubre de 1994, relativa a la protección de adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (*Textos Básicos*, *op. cit.*, I.70); artículo 6 Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (*Textos Básicos*, *op. cit.* I.25); artículo 6 Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (DOCE L 2002 271/16). Sin embargo, en el anexo de la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (*Textos Básicos*, *op. cit.*, I.20), sólo se halla la mención de que el consumidor debe ser informado, en su caso, del período de reflexión (Anexo I, núm. 1 vii, núm. 2 iii, núm. 3 iii y núm. 4 iv). Los Estados miembros deben decidir si al consumidor se le debe conceder o no un derecho de revocación. Es lo que ha hecho el legislador alemán (*vid* nota siguiente).

⁶⁸ § 1 *Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften* [Ley sobre el derecho de revocación en los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles y similares], según redacción de 29.6.2000 (BGBI. I 955); § 5 *Teilzeit-Wohnrechtsgesetz* [= Ley de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido], según redacción de 29.6.2000 (BGBI. I 957); § 3 *Fernabsatzgesetz* [= Ley de contratos celebrados a distancia], de 27.6.2000 (BGBI. I 897); § 7 *Verbraucherkreditgesetz* [= Ley de crédito al consumo], según la redacción de 29.6.2000 (BGBI. I 940).

⁶⁹ *Vid.* §§ 361 a), b) BGB en la redacción de la *Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro*, de 27.6.2000 (BGBI. I 897 y 1139) [= Ley sobre los contratos a distancia y otras cuestiones de derecho de consumo, así como de adaptación de las disposiciones al euro].

mente todos los plazos de ejercicio. El § 355.3 BGB, según la versión dada por la Ley de modernización del Derecho de Obligaciones, preveyó que todos los derechos de revocación se extinguieran, a lo más tardar, tras el transcurso de seis meses a partir de la conclusión del contrato. Pero, según la sentencia «Heininger» antes mencionada, tal regulación no era admisible: el TJCE estableció que, si no se proporciona información al consumidor sobre el derecho de revocación que le asiste, según la Directiva 85/577/CEE, sobre negocios celebrados fuera de los establecimientos comerciales, los Estados miembros no pueden limitar a un plazo determinado el ejercicio de tal derecho, puesto que es evidente que el mismo sólo puede ejercerse a partir del momento en que el interesado ha sido informado de su existencia⁷⁰.

El legislador alemán tuvo que apresurarse a proceder a la reforma del § 355.3 BGB, para evitar que el Estado incurriera en responsabilidad, tal y como exige la sentencia «Francovich» y la jurisprudencia generada a partir de ella, para los casos de infracción del ordenamiento jurídico comunitario⁷¹. El cambio se produjo mediante la *OLG-Vertretungsänderungsgesetz*, que entró en vigor el 1 de agosto de 2002⁷², añadiendo una nueva frase al § 355.3 BGB (= § 355.3, III BGB). Ahora, gracias al § 355.3, III BGB, el consumidor goza de un plazo ilimitado para ejercer el derecho de revocación, mientras no sea informado sobre el mismo por el comerciante. Puesto que esta regla es común para todos los derechos de revocación, puede decirse que el legislador alemán ha ido, de nuevo, más allá que el Derecho comunitario⁷³. Lo cierto es que, al menos teóricamente, el legislador podía haber establecido un plazo máximo de ejercicio en relación con algunos casos distintos a los negocios fuera de establecimientos comerciales: así lo autoriza la Directiva 97/7/CE, sobre negocios celebrados a distancia, y la

⁷⁰ TJCE 13.12.2001, Asunto C-481/99, núm. 45 ss.

⁷¹ TJCE 19.11.1991, Asuntos C-6/90 y C-9/90, Andrea Francovich y otros c. República Italiana, Rec. 1991, I-5357. *Vid.* el resumen en Reiner Schulze/Arno Engel/Jackie Jones (eds.), *Casebook Europäisches Privatrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2000, 69 ss.

⁷² *Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten* también conocida como *OLG-Vertretungsänderungsgesetz*, de 23 de julio de 2002 (BGBI. I 2002, 2850) [Ley de modificación del derecho de representación a través de abogado ante los Tribunales Superiores de los Länder]. Sobre el tema: Alexander BODENDIEK, «Verbraucherschutz - Die neue Musterwiderrufsbelehrung», *Monatsschrift für Deutsches Recht* (MDR) 2003, 1; Andreas MASUCH, «Musterhafte Widerrufsbelehrung des Bundesjustizministeriums?», *NJW* 2002, 2931; Alexander MEINHOF, «Neuerungen im modernisierten Verbrauchervertragsrecht durch das OLG-Vertretungsänderungsgesetz. Heininger und die Folgen», *NJW* 2002, 2273; Sven TIMMERBEIL, «Der neue § 355 III BGB - Ein Schnellschuss des Gesetzgebers?», *NJW* 2003, 569.

⁷³ Crítico, Ansgar STAUDINGER, *op. cit.*, 656; Mathias HABERSACK/Christian MAYER, *op. cit.*, 258 ss.

Directiva 94/47/CE, sobre tiempo compartido⁷⁴. Sin embargo, tal posibilidad fue expresamente rechazada durante la tramitación legislativa⁷⁵, con el argumento de que una regulación unitaria concedería mayor transparencia al derecho y se proporcionaría, así, un uso más adecuado.

Habrá que esperar todavía a ver como se desarrollan las cosas en el futuro y cuáles serán los próximos avances en Europa. El tantas veces mencionado Plan de Acción de la Comisión «para un Derecho contractual más coherente» indica que la regulación de los derechos de revocación que, hasta la fecha, han sido regulados de manera muy diferente en las directivas comunitarias (sobre todo en lo que respecta a duración y plazo de ejercicio), deberían ser objeto de una regulación más coherente, dentro de un marco común de referencia⁷⁶. Lo cual significa que, a la larga o a la corta, el legislador alemán podría verse obligado a modificar de nuevo los derechos de revocación regulados en el BGB en beneficio del consumidor.

3. ¿EL DERECHO DEL CONSUMO COMO MODELO DEL BGB?

Finalmente, cabe preguntarse hasta qué punto una transposición que va más allá de lo exigido por las directivas, modifica el modelo en el cual se inspira el BGB. A la hora de transponer las directivas sobre el consumo, el legislador alemán ha generalizado sus previsiones, de manera que éstas se aplican ahora tanto a las compraventas entre particulares como a las comerciales. Ello entraña el peligro de que la transposición de las reglas sobre contratos de consumo a las ventas mercantiles acabe petrificando el Derecho, sobre todo en relación con el control de las condiciones generales de la contratación. Efectivamente, al decir el § 307.2 núm. 1 BGB que una cláusula es ineficaz si no es compatible con los principios generales de la regulación legal (de la que difiere), y estando esta regulación legal guiada por los principios que prevén la protección al consumi-

⁷⁴ Según el artículo 6.1, apartado 3 de la Directiva sobre negocios a distancia, el plazo es de tres meses, cuando el consumidor no ha sido informado de su derecho, que empieza a contar a partir del momento en que éste reciba los bienes y, tratándose de servicios, a partir del día de celebración del contrato. También la Directiva sobre tiempo compartido establece un plazo de tres meses en el artículo 5, núm. 1, guiones 2 y 3.

⁷⁵ *Vid.* BT-Drucks. 14/9266, 45.

⁷⁶ *Vid.* el Plan de Acción de la Comisión de 12.02.2003, sobre un Derecho contractual europeo más coherente, *op. cit.*, núm. 16, 24, así como, en el anexo del Plan de Acción, bajo el núm. 3.2, el resumen de las diferentes tomas de posición acerca de la Comunicación de la Comisión sobre el futuro del Derecho contractual en Europa.

dor, en los contratos entre comerciantes es evidente el riesgo de que tal regulación acabe siendo un freno a la autonomía privada⁷⁷. De todas maneras, todavía es pronto para saber si la modernización del derecho de obligaciones ha comportado, para las empresas, nuevas limitaciones a la libertad de contratación.

ANEXO

Traducción al castellano de los §§ del BGB utilizados a lo largo del texto⁷⁸

§ 241. Deberes de la relación obligatoria

(1) En virtud de la relación obligatoria el acreedor está legitimado para reclamar una prestación del deudor. La prestación puede consistir también en una omisión.

(2) La relación obligatoria, de acuerdo con su contenido, puede obligar a cada parte a respetar los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte.

§ 247. Tipo de interés básico

(1) El tipo de interés básico es del 3,62 por ciento. Se modifica cada 1 de enero y 1 de julio de cada año de acuerdo con la variación porcentual al alza o a la baja del tipo de referencia desde la última modificación del tipo de interés básico. El tipo de referencia es el tipo de interés para la operación de refinanciación principal más reciente del Banco Central Europeo anterior al primer día del semestre correspondiente.

(2) El Banco Federal Alemán publica sin demora en el Boletín Federal, en las fechas fijadas en el apartado 1, frase 2, el tipo de interés básico vigente.

§ 275. Exclusión del deber de prestación

(1) La pretensión a la prestación está excluida si es imposible para el deudor o para cualquier persona.

(2) El deudor puede rechazar la prestación si ésta requiere un esfuerzo que, teniendo en cuenta el contenido de la relación obligatoria y las exigencias de la buena fe, resulte un fuerte desequilibrio con el interés del acreedor a la prestación. En la determinación del esfuerzo exigible al deudor debe tam-

⁷⁷ Está mayoritariamente asumido que los cambios en el Derecho de consumo no tienen la finalidad de limitar el poder de configuración del contrato en los contratos entre empresas o entre privados, más de lo que actualmente está ya limitado; Harm Peter WESTERMANN, «Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs», *JZ* 2001, 530, 535 ss. *Vid.* además sobre este problema, Claus-Wilhelm CANARIS, «Die AGB-rechtliche Leitbildfunktion des neuen Leistungsstörungsrechts», en *Festschrift für Peter Ulmer*, De Gruyter, Berlin, 2003, 1073 ss.; Thomas PFEIFFER, «Neues Schuldrecht – neues Leitbild im AGB-Recht», en Barbara Dauner-Lieb/Horst Konzen/Karsten Schmidt, *op. cit.*, 225 ss.

⁷⁸ Los §§ 241, 247, 280-283, 286, 288, 307, 311 a) 313, 323-324, 355, han sido traducidos por el Prof. Dr. Albert LAMARCA MARQUÈS, mientras que la traducción del § 439 BGB corresponde al Prof. Dr. Jordi NIEVA, ambos en: Albert Lamarca Marquès (coord.), *Código Civil alemán (Traducción)*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2004 (en prensa).

bién tenerse en cuenta si el deudor debe responder del impedimento de la prestación.

(3) El deudor puede además rechazar la prestación si debe cumplirla personalmente y, ponderando los impedimentos para la prestación con el interés del acreedor a la misma, no se le puede exigir su cumplimiento.

(4) Los derechos del acreedor se determinan por los §§ 280, 283 a 285, 311 a y 326.

§ 280. Indemnización por violación de un deber

(1) Si el deudor viola un deber de la relación obligatoria, el acreedor puede reclamar indemnización por los daños que resulten. Ello no rige si el deudor no debe responder de la violación de un deber.

(2) El acreedor sólo puede reclamar indemnización de daños por mora de acuerdo con los requisitos adicionales del § 286.

(3) El acreedor sólo puede reclamar indemnización en lugar de la prestación de acuerdo con los requisitos adicionales del § 281, § 282 o § 283.

§ 281. Indemnización en lugar de la prestación por falta de cumplimiento o de cumplimiento según la prestación debida

(1) En tanto que el deudor no ha cumplido la prestación vencida o no la ha cumplido según lo debido, el acreedor puede reclamar una indemnización en lugar de la prestación, de acuerdo con los requisitos del § 280, apartado 1, si ha fijado sin éxito un plazo razonable al deudor para la prestación o la corrección del cumplimiento. Si el deudor ha cumplido parcialmente la prestación, el acreedor sólo puede reclamar indemnización en lugar de la entera prestación si no tiene ningún interés en la prestación parcial. Si el deudor no ha cumplido la prestación según lo debido, el acreedor no puede reclamar indemnización en lugar de la entera prestación si la violación de un deber es irrelevante.

(2) No es necesario fijar un plazo si el deudor rechaza seria y definitivamente la prestación o si se dan circunstancias especiales que, ponderando ambos intereses, justifican ejercitarse de manera inmediata la pretensión de indemnización.

(3) Si de acuerdo con la naturaleza de la violación de un deber no procede fijar un plazo, en su lugar opera una intimación.

(4) La pretensión a la prestación queda excluida una vez el acreedor ha reclamado indemnización en lugar de la prestación.

(5) Si el acreedor reclama indemnización en lugar de la entera prestación, el deudor está legitimado, de acuerdo con los §§ 346 a 348, para pedir la restitución de lo ya prestado.

§ 282. Indemnización en lugar de la prestación por violación de un deber del § 241, apartado 2

Si el deudor viola un deber del § 241, apartado 2, el acreedor puede reclamar indemnización en lugar de la prestación, de acuerdo con los requisitos del § 280, apartado 1, si ya no se le puede exigir que acepte la prestación por el deudor.

§ 283. Indemnización en lugar de la prestación por exclusión del deber de prestación

Si el deudor, de acuerdo con el § 275, apartados 1 a 3, no debe cumplir la prestación, el acreedor puede reclamar indemnización en lugar de la prestación de acuerdo con los requisitos del § 280, apartado 1. El § 281, apartado 1, frases 2 y 3, y apartado 5 se aplican analógicamente.

§ 286. Mora del deudor

(1) Si el deudor no cumple la prestación ante una intimación del acreedor, realizada con posterioridad al vencimiento, incurre aquél en mora mediante la intimación. A la intimación se equiparan la presentación de la demanda a la prestación, así como la notificación de una orden de pago en un proceso monitorio.

(2) La intimación no es necesaria si,

1. está determinado un momento para la prestación de acuerdo con el calendario,

2. la prestación presupone un acontecimiento y está determinado un tiempo razonable para la prestación de modo que se puede calcular según el calendario a partir de la producción del acontecimiento,

3. el deudor rechaza seria y definitivamente la prestación,

4. por motivos especiales, y con ponderación de los intereses de ambas partes, está justificada la inmediata entrada de la mora.

(3) A más tardar, el deudor de un crédito remuneratorio incurre en mora si no presta dentro de los treinta días siguientes al vencimiento y a la recepción de una factura o nota de pago equivalente; para el caso en que el deudor sea un consumidor ello sólo ocurre si estas consecuencias están especialmente advertidas en la factura o nota de pago. Si la fecha de la recepción de la factura o nota de pago es incierta el deudor, que no sea consumidor, incurre en mora a más tardar a los treinta días del vencimiento y recepción de la contraprestación.

(4) El deudor no incurre en mora en tanto que la prestación no se cumple como consecuencia de una circunstancia de la que no debe responder.

§ 288. Intereses de demora

(1) Una deuda dineraria devenga intereses durante la mora. El tipo de interés de demora anual es superior en cinco puntos porcentuales al tipo de interés básico.

(2) En los negocios jurídicos de los que no es parte un consumidor el interés para los créditos remuneratorios es superior en ocho puntos porcentuales al tipo de interés básico.

(3) El acreedor puede reclamar intereses superiores por otro fundamento de derecho.

(4) No se excluye la alegación de un daño adicional.

§ 307. Control de contenido

(1) Las cláusulas en condiciones generales de la contratación son ineficaces si, en contra de las exigencias de la buena fe, perjudican injustificada-

mente a la contraparte contractual del predisponente. También puede resultar un perjuicio injustificado del hecho que la cláusula no sea clara y comprensible.

- (2) En la duda cabe deducir un perjuicio injustificado si una cláusula,
 - 1. no es compatible con principios fundamentales de la regulación legal de la que difiere,
 - 2. limita derechos o deberes esenciales, que resultan de la naturaleza del contrato, de un modo que pone en peligro la obtención de la finalidad del contrato.

(3) Los apartados 1 y 2, así como los §§ 308 y 309, rigen sólo para cláusulas en condiciones generales de la contratación mediante las cuales se pactan reglas que modifican las disposiciones legales o bien las complementan. Otras disposiciones pueden ser ineficaces de acuerdo con el apartado 1, frase 2 en relación con el apartado 1, frase 1.

§ 311a. Impedimento de la prestación en el momento de la celebración del contrato

(1) No afecta a la eficacia de un contrato que el deudor, de acuerdo con el § 275, apartados 1 a 3, no deba cumplir la prestación y que el impedimento de la prestación ya exista antes de la celebración del contrato.

(2) El acreedor, a su elección, puede reclamar indemnización en lugar de la prestación o resarcimiento de sus gastos en el ámbito determinado en el § 284. Ello no rige si el deudor no conocía el impedimento de la prestación en el momento de la celebración del contrato y tampoco debe responder de su desconocimiento. El § 281, apartado 1, frases 2 y 3, y apartado 5 se aplican analógicamente.

§ 313. Alteración de la base del negocio

(1) Si con posterioridad a la celebración del contrato se han modificado de modo substancial las circunstancias que han devenido fundamento del contrato y, de haber previsto esta modificación, las partes no hubieran celebrado el contrato o lo hubieran celebrado con otro contenido, puede exigirse la adaptación del contrato en tanto que no pueda ser exigible para una de las partes el mantenimiento del contrato no modificado, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, especialmente la distribución legal o contractual del riesgo.

(2) Se equipara a una modificación de las circunstancias el hecho que presupuestos esenciales, que han devenido fundamento del contrato, resulten ser falsos.

(3) Si la adaptación del contrato no es posible o no es exigible a una de las partes, la parte perjudicada puede resolver el contrato. Para las relaciones obligatorias duraderas en lugar de la resolución rige el derecho al desistimiento del contrato.

§ 323. Resolución por incumplimiento de la prestación o por falta de cumplimiento según el contrato

(1) Si en un contrato bilateral el deudor no cumple una prestación vencida o no la cumple según el contrato, el acreedor, si ha fijado un plazo razonable al deudor para el cumplimiento de la prestación o para su corrección, puede resolver el contrato.

- (2) El establecimiento de un plazo no es necesario si,
1. el deudor deniega la prestación seria y definitivamente,
 2. el deudor no cumple la prestación en el término fijado en el contrato o dentro del plazo determinado y el acreedor ha vinculado contractualmente la subsistencia de su interés en la prestación a su cumplimiento tempestivo o
 3. se dan circunstancias especiales que, ponderando ambos intereses, justifican la inmediata resolución,
- (3) Si de acuerdo con la naturaleza de la violación de un deber no procede fijar un plazo, en su lugar opera una intimación.
- (4) El acreedor puede resolver antes del vencimiento de la prestación si es manifiesto que se darán los presupuestos para la resolución.
- (5) Si el deudor ha cumplido parcialmente la prestación, el acreedor sólo puede resolver totalmente el contrato si no tiene ningún interés en la prestación parcial. Si el deudor no ha cumplido la prestación según el contrato, el acreedor no puede resolver el contrato si la violación de un deber es irrelevante.
- (6) Se excluye la resolución si el acreedor es exclusiva o principalmente responsable de la circunstancia que le legitimaría para resolver, o bien si la circunstancia de la cual no debe responder el deudor se produce en un momento en que el acreedor está en mora en cuanto a la aceptación.

§ 324. Resolución por violación de un deber del § 241, apartado 2

Si el deudor viola un deber del § 241 apartado 2, en un contrato bilateral, el acreedor puede instar la resolución si ya no le es exigible el mantenimiento del contrato.

§ 355. Derecho de revocación en contratos de consumo

(1) Si por ley se concede a un consumidor un derecho de revocación, de acuerdo con esta disposición, no queda vinculado a su declaración de voluntad dirigida a la celebración del contrato si la ha revocado tempestivamente. La revocación no debe contener ninguna motivación y debe declararse frente al empresario en forma escrita o mediante la devolución de la cosa dentro de dos semanas; para el cumplimiento del plazo basta el envío tempestivo.

(2) El plazo comienza con el momento en que el consumidor recibe en forma escrita información claramente redactada sobre su derecho de revocación que, de acuerdo con las exigencias del medio de comunicación empleado, sea clara sobre su derecho y contenga el nombre y la dirección de frente a quien debe declararse la revocación y una advertencia sobre el inicio del plazo y la regla del apartado 1, frase 2. A diferencia de lo establecido en el párrafo 1, frase 2, si la información ha sido proporcionada tras la conclusión del contrato, el plazo es de un mes. Si el contrato se debe celebrar por escrito el plazo no comienza a transcurrir antes de que se ponga a disposición del consumidor una escritura del contrato, la propuesta por escrito del consumidor o un duplicado de la escritura del contrato o de la propuesta. Si el inicio del plazo es litigioso la carga de la prueba incumbe al empresario.

(3) El derecho de revocación se extingue, como muy tarde, a los seis meses de la celebración del contrato. Para el caso de entrega de mercancías el plazo no comienza antes del día de su recepción por el destinatario. Como

excepción a lo establecido en la frase 1, el derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente sobre su derecho de revocación.

§ 439. Saneamiento

(1) El comprador podrá reclamar en concepto de saneamiento, a su elección, la reparación del vicio o la entrega de una cosa libre de vicios.

(2) El vendedor correrá con los gastos de transporte, circulación, mano de obra y materiales que comporte el saneamiento.

(3) Sin perjuicio de lo dispuesto en el § 275, apartados 2 y 3, el vendedor puede oponerse al modo de saneamiento elegido por el comprador, si dicho saneamiento sólo es posible ejecutarlo realizando gastos desproporcionados. Para valorar dicha desproporción se tendrá en cuenta el valor de la cosa en perfecto estado, la relevancia del vicio, y si el saneamiento puede ser hecho efectivo a través de la otra manera prevista en la ley, sin relevantes perjuicios para el comprador. En este caso, la acción del comprador se limita a la reclamación de dicha forma alternativa de saneamiento; sin perjuicio del derecho del vendedor a negarse a ese saneamiento alternativo si se dan los presupuestos referidos en el inciso primero de este párrafo.

(4) Si para el cumplimiento del saneamiento el vendedor entrega una cosa en perfecto estado, podrá reclamar al comprador la devolución de la cosa defectuosa según lo previsto en los §§ 346 a 348.

Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: La compraventa *

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Catedrático de Derecho Civil

Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Encuadre dogmático de la Directiva 1999/44.*—III. *La exigencia de conformidad.*—IV. *La superación del sistema codificado del saneamiento por vicios: razones teóricas, razones prácticas:* A. Razones históricas que justifican la existencia del sistema especial de responsabilidad del saneamiento. B. Claves dogmáticas de la contraposición entre saneamiento e incumplimiento: la transformación del concepto de objeto.—V. *El estado actual del proceso de transposición de la Directiva 1999/44/CE a los ordenamientos europeos:* A. Generalización del sistema de la Directiva a todas las ventas, a través de la reforma del Código: 1. Alemania. 2. Austria. 3. Francia. 4. Holanda. B. Creación de un régimen especial para las ventas a consumidores dentro del Código Civil: 1. Italia. 2. Bélgica. C. Incorporación mediante una ley especial: 1. Portugal. 2. España.—VI. *Problemas que plantea el sistema de transposición de la Directiva en el Derecho español: problemas de concurrencia de remedios.*—VII. *La reforma del CC:* A. Aspectos generales. 1. La noción de compraventa. 2. Una nueva regulación del problema del riesgo. 3. Imposibilidad inicial (art. 1460 CC). 4. Supresión de la obligación de saneamiento. 5. Mantenimiento de los preceptos que regulan las formas de entrega. 6. Gastos de transporte. 7. Estado en que debe ser entregada la cosa y atribución de sus frutos. 8. Tratamiento de las diferencias de cabida o calidad en las ventas de inmuebles. B. Falta de conformidad: 1. La exigencia de conformidad. 2. Determinación del momento en el que la cosa debe ser conforme al contrato. 3. Los criterios de conformidad. 4. Límites de la vinculación por declaraciones públicas. 5. Entrega de cosa diferente o en cantidad inferior a la debida. 6. Conocimiento de la falta de conformidad por el comprador.

* Este trabajo es una versión ampliada de la ponencia que se presentó en las *XII Jornades de Dret català a Tossa*, celebradas los días 26 y 27 de septiembre de 2002, y que junto a otras ponencias y comunicaciones se recogerá en el libro *El dret civil català en el context europeu. Materials de les XII Jornades de Dret català a Tossa*.

Este trabajo se incluye en el Proyecto de Investigación, «Hacia la unificación europea del Derecho de obligaciones» (BJU 2002-02356) financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (Dirección General de Investigación).

7. Incorrecta instalación del bien.
 8. La garantía convencional.
 9. Los remedios de la falta de conformidad.
 10. La pretensión de cumplimiento.
 11. Derecho a resolver el contrato o a obtener una rebaja del precio.
 12. Carga de denunciar la falta de conformidad.
 13. Prescripción.
- C. Derechos de tercero.
1. Delimitación del supuesto.
 2. Remedios del comprador.
 3. La llamada en garantía.
 4. Obligación de denuncia.
 5. Prescripción.
- VIII. *La reforma del Código Civil y la Ley de incorporación de la Directiva.*

I. INTRODUCCIÓN

La incorporación a los derechos continentales europeos de la Directiva 1999/44/CE [en adelante la Directiva] del Parlamento y del Consejo, de 25 de mayo de 1999¹, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo², ha planteado mayores problemas que la de las otras. Esta Directiva, en buena medida, no se ajusta al sistema bajo el cual los códigos civiles continentales regulan el problema de la falta de conformidad del objeto vendido.

En la Directiva es preciso diferenciar dos aspectos: (a) por un lado, las particularidades que introduce en la protección del comprador, en las compraventas de bienes de consumo; por otro, (b) el sistema dogmático que utiliza: su modo de entender la vinculación contractual, de concebir el incumplimiento y de articular el sistema de remedios por consecuencia del mismo; se diferencia del tradicional, utilizado por los códigos civiles continentales, entre los cuales se sitúa el español. Ahí está, precisamente, la causa de las mayores dificultades que presenta su transposición.

Hay dos maneras de realizarla. Una consiste en incorporarla, sin más, bien a través de una ley especial o en el propio CC, como una especialidad del régimen de las ventas a consumidores. Otra, de más calado, implica acometer la tarea de reformar, parcialmente, el régimen codificado de la compraventa civil, al menos, en lo que al saneamiento por vicios se refiere, para adaptarlo al sistema dogmático que utiliza la Directiva.

Si nos limitáramos a transponer la Directiva, sin más, sin acometer esa reforma del Código civil, podría darse por cumplido el

¹ Diario Oficial n. L 171, de 7 de julio de 1999, pp. 12-16.

² «La presente Directiva tiene por objeto aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre determinados aspectos de la venta y de las garantías de los bienes de consumo, con el fin de garantizar un nivel mínimo uniforme de protección de los consumidores en el marco del mercado interior».

mandato de la Unión Europea, pero se produciría una consecuencia anómala dentro del Ordenamiento receptor: Se habría generado un régimen especial, para las ventas a consumidores, cuya especialidad, en buena medida, carecería de justificación. Porque la especialidad de ese régimen no es consecuencia de la exigencia de proteger al comprador, consumidor, frente al resto de los compradores, sino del hecho de que la norma especial, en lo que se refiere al defectuoso cumplimiento y a la responsabilidad derivada del mismo, utiliza un sistema dogmático diferente del general del Código y presenta como especial lo que en realidad no es. Se crearía una especialidad injustificada que habría de atomizar innecesariamente el Ordenamiento. Y ese régimen especial tendría que desarrollar sus huecos sin conexión con el general.

II. ENCUADRE DOGMÁTICO DE LA DIRECTIVA 1999/44

No pretendo ocuparme con detalle de las particularidades de la Directiva, sino realizar su encuadre dogmático dentro del sistema codificado, para poner de manifiesto los problemas que plantea su incorporación a nuestro Ordenamiento y a otros Ordenamientos europeos continentales.

Todo su contenido podemos agruparlo en torno a dos núcleos normativos básicos. El primero es, la exigencia de conformidad; el segundo, el sistema de remedios que articula para el caso de que dicha exigencia no se cumpla por el vendedor. Conformidad significa que la cosa entregada por éste ha de adecuarse a las exigencias cualitativas y cuantitativas que el contrato le impone. Tal exigencia obligacional determina que la entrega de una cosa no conforme constituya incumplimiento de una de las obligaciones del vendedor. Y ese incumplimiento (como cualquier incumplimiento, ya que la Directiva parte de un régimen unitario de responsabilidad contractual) pone en manos del comprador un sistema de remedios, que no es otro que el general, de las obligaciones sinalagmáticas, adaptado a la compraventa.

La particularidad de la Directiva, frente al sistema codificado, reside precisamente ahí: en que la falta de conformidad de la cosa constituye incumplimiento del contrato por el vendedor, y en que a tal incumplimiento se aplican los remedios del incumplimiento, adaptados a la compraventa.

La diferencia entre el sistema de responsabilidad de la Directiva y el del Código civil, como ya he señalado, no es la consecuencia

necesaria de la especialidad propia de las ventas de consumo, sino de la desactualización de los Códigos civiles en este punto³. El sistema de protección del comprador por defectos de la cosa, o falta de conformidad, tanto en el Código civil español, como en el resto de los Códigos europeos del siglo XIX, caracterizado por ser un régimen especial de responsabilidad, ha sido superado a finales del siglo XX, por ese nuevo sistema que refleja la Directiva. El nuevo sistema se ha perfilado en la elaboración de normas de derecho uniforme, concretamente de la Convención de Viena, de 11 de abril de 1980, de las Naciones Unidas, sobre los contratos de venta internacional de mercaderías (en adelante: CISG), ratificada por casi todos los países europeos, entre ellos España. Y se viene aplicando, en buena medida, en la práctica de los tribunales⁴.

III. LA EXIGENCIA DE CONFORMIDAD

En la Directiva podemos leer: «*El vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa*» (art. 2.1).

En la Exposición de Motivos se indica que el principio de conformidad con el contrato puede considerarse como una base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales. Tal afirmación merece alguna observación.

Si nos atenemos a la regulación de las Códigos continentales, no puede afirmarse, rigurosamente, que el principio de conformidad esté plasmado en ellos en los mismos términos que en la Directiva 1999/44 CE. Lo que en ellos corresponde a tal principio es el régimen del saneamiento por vicios ocultos, y este régimen no coincide con el de la conformidad, ni en su naturaleza, ni en sus efectos. Se diferencia en su naturaleza jurídica: en los Códigos Civiles el régimen del saneamiento por vicios ocultos es distinto del régimen del incumplimiento. También se diferencia en sus efectos: el saneamiento ofrece menor protección que el incumplimiento. El comprador sólo puede resolver el contrato, mediante la acción redhibitoria, u obtener una rebaja del precio, mediante la acción estimatoria (art. 1486 I). Carece de acción de cumplimiento para conseguir la

³ A favor de un modelo unitario de responsabilidad en el que se contemple un sistema articulado de remedios o medios de tutela del acreedor frente al incumplimiento del deudor PANTALEÓN, ADC, 1993, pp. 1720 y 1721. Referido al supuesto de insatisfacción del adquirente por anomalías en la cosa, MORALES MORENO, ADC 1983, pp. 1530 y 1538.

⁴ Cfr. sobre ello, FENOY PICÓN: *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del Ordenamiento español)*, Madrid 1996.

reparación o sustitución del objeto. E igualmente carece de acción de indemnización de daños, salvo que el vendedor sea de mala fe (art. 1486 II). Además, el tiempo de ejercicio de las acciones de saneamiento es más limitado que el de los remedios generales del incumplimiento (comp. arts. 1490, 1964).

Sin embargo, el hecho de que la CISG haya sido ratificada por la casi totalidad de los Estados europeos⁵ permite afirmar que el principio de conformidad está presente en la mayoría de sus ordenamientos. Porque la exigencia de conformidad es una aportación de la CISG.

Lo que representa el principio de conformidad es, ni más ni menos, esto: que, en la compraventa, la cosa entregada debe ser adecuada, en cantidad, calidad y tipo (y en la CISG, hasta en su envase y embalaje), a lo que requiere el contrato (art. 35 CISG); que faltando la conformidad, el vendedor incumple el contrato (art. 36 CISG) y el comprador dispone de los remedios (por evitar la palabra acciones, íntimamente conectada al proceso) propios de incumplimiento (art. 45 CISG).

El principio de conformidad es incompatible con el régimen del saneamiento. Son dos modos diferentes de tratar un mismo problema.

IV. LA SUPERACIÓN DEL SISTEMA CODIFICADO DEL SANEAMIENTO POR VICIOS: RAZONES TEÓRICAS, RAZONES PRÁCTICAS

El sistema codificado, en el Código civil español como en otros códigos europeos, no trata el problema de la falta de conformidad (vicios, anomalías cualitativas) como un incumplimiento del vendedor, al que se aplique el régimen de éste, sino como un supuesto especial de responsabilidad contractual con reglas propias. Este es el sistema que está en trance de superación: La Directiva (como la CISG, y los *Principles of European Contract Law*, en adelante PECL) integra la falta de conformidad en una noción unitaria del incumplimiento al que corresponde un único sistema de remedios. Pero en ese trance cabe preguntarse: ¿cuáles son las razones, históricas o dogmáticas, que justifican el sistema codificado?

⁵ En España mediante *Instrumento de adhesión de 17 de julio de 1990* («BOE» 26/1991, de 30 de enero de 1991, p. 3170).

A. RAZONES HISTÓRICAS QUE JUSTIFICAN LA EXISTENCIA DEL SISTEMA ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD DEL SANEAMIENTO

La existencia en el Código civil español (como en otros códigos continentales) de un sistema especial de responsabilidad, el del saneamiento por vicios, contrapuesto al general, tiene, en buena medida, una justificación histórica, contingente. No es una exigencia de un adecuado tratamiento del problema. Su razón de ser se explica en el modo de proceder en el momento de la codificación. No existe, por ello, una razón sustantiva, de peso, que impida transformar ese sistema, e integrar el régimen especial en el general de responsabilidad contractual.

Que, en la venta de una cosa específica, el vendedor deba responder frente al comprador por los defectos de la cosa vendida empieza por no ser una regla necesaria, impuesta por la propia naturaleza de las cosas. Dejando a un lado la razón política de su oportunidad y situándonos en un plano estrictamente técnico, es una regla tan admisible con la contraria, condensada en el aforismo *caveat emptor*. Y, curiosamente, tanto en el Derecho romano, como en el Derecho inglés, rigió inicialmente esta última regla.

En Roma, antes de que se introdujeran las acciones edilicias, si el vendedor es de buena fe (esto es, ignora la existencia de defectos en la cosa específica que vende) y no ha prometido al comprador, de modo especial, que la misma tenga determinadas cualidades o carezca de determinados defectos, no responde ante él por la ausencia de esas cualidades o la presencia de defectos.

Los Ediles Curules, magistrados que ejercen su jurisdicción en los mercados, se encuentran con un problema: la frecuencia con la que los vendedores engañan al comprador y la dificultad de probar su mala fe. Para resolverlo, imponen al vendedor, por vías que ahora no es preciso recordar, garantizar la ausencia de defectos en la cosa vendida; defectos ocultos, porque de los patentes se puede proteger por sí mismo el comprador. Se perfila así un sistema de responsabilidad objetiva, en el que el vendedor garantiza al comprador la ausencia de defectos ocultos en la cosa vendida.

La garantía se canaliza a través de dos acciones, conocidas hoy con el nombre de «acciones edilicias»: la acción redhibitoria y la *quanti minoris*. La primera, cumple en Derecho romano, que no conoce una acción general de resolución por incumplimiento, salvo que sea pactada, una función similar a la de la acción resolutoria. La segunda, la acción *quanti minoris*, permite restablecer la equiva-

lencia entre las prestaciones. Con el tiempo estas acciones de carácter honorario, se transforman en remedios civiles, integrados en la regulación típica del contrato de compraventa. En el sistema romano, en el que fundamentalmente se regulan los tipos contractuales, no tienen la naturaleza de acciones especiales que tendrán en el momento de la codificación.

La codificación supone una técnica de regulación de las obligaciones y contratos diferente de la romana. En Roma el régimen jurídico de la compraventa está fundamentalmente contenido en la regulación específica del tipo contractual. Los códigos civiles, en cambio, utilizan una técnica diferente, disgregadora. Por un lado, mantienen la regulación típica del contrato de compraventa, inspirada, como en otros contratos, en la romana del correspondiente tipo contractual; pero, al mismo tiempo, agregan a esta regulación especial, un régimen general de las obligaciones y del contrato, elaborado, en buena medida, a partir de reglas romanas sobre obligaciones unilaterales, por juristas y naturalistas. Que esta regulación general contempla el modelo de la obligación unilateral lo podemos advertir en nuestro Código civil: los remedios conectados al incumplimiento son los propios de ella: la acción de cumplimiento (arts. 1096 a 1099) y la indemnizatoria (arts. 1101 ss.). No hay cabida en ese lugar para la resolución, a la que se encuadra entre las condiciones (art. 1124); tampoco la hay para la excepción de contrato incumplido ni para el remedio de la reducción de la contraprestación, que se recogen en las reglas especiales de los contratos.

La división de los contenidos normativos a la que me acabo de referir provoca, en la compraventa, la separación de dos sistemas de responsabilidad del vendedor: el especial del saneamiento (por evicción, por vicios ocultos) y el general del incumplimiento. El primero aplicable al defectuoso cumplimiento (por defectos materiales o jurídicos de la cosa) y el segundo referido al incumplimiento de la obligación de entrega. Ya he dicho que la protección que ofrece al comprador el régimen especial del saneamiento por vicios ocultos es menor que la del régimen general del incumplimiento.

En la propia regulación de la compraventa, tanto el Código civil francés como el español separan nítidamente las obligaciones del vendedor. El article 1603 del CC francés dispone: «*Il y a deux obligations principales: celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend*». La garantía tiene dos objetos: la pacífica posesión de la cosa y los vicios ocultos (art. 1625 CC francés). Lo mismo hace el Código español (arts. 1461, 1474).

Este breve esbozo histórico pone de manifiesto lo que al comienzo señalé: que el doble sistema de responsabilidad (sanea-

miento, incumplimiento) tiene, fundamentalmente, como razón de ser la técnica legislativa utilizada en el momento de la codificación. Que, en lo hasta aquí expuesto, no es una exigencia del tratamiento de la materia. Que, por tanto, no hay inconveniente en reducir a unidad el sistema de responsabilidad, integrando el régimen del saneamiento en el general del incumplimiento.

Esto es lo que ha hecho la CISG y la Directiva.

B. CLAVES DOGMÁTICAS DE LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE SANEAMIENTO E INCUMPLIMIENTO: LA TRANSFORMACIÓN DEL CONCEPTO DE OBJETO

La separación, en nuestro Código, de dos sistemas de responsabilidad, el general (incumplimiento) y el especial (saneamiento), se justifica, también, en una razón de carácter dogmático. Proviene de la diferenciación entre la venta específica y la genérica, perfilada en el sistema romano, y el distinto modo de entender el objeto de la obligación en cada una de ellas. Puede afirmarse que lo que subyace es el modo de entender el objeto.

El modelo romano de contrato típico de compraventa, en el que se inspira la regulación del CC, es un modelo de venta específica. Muchas de sus reglas se explican por esta razón. Esto no significa que en Roma no existieran operaciones de compraventa sobre géneros; el comercio de granos o vinos, por ejemplo. Pero a estas operaciones no se les aplica el modelo típico de la *emptio venditio*. El efecto jurídico de la vinculación de vendedor y comprador se logra mediante *stipulationes* cruzadas mutuamente entre ellos.

En la obligación genérica el objeto es siempre el correspondiente al género, es decir, el que debe ser. En la específica, en cambio, se pueden contraponer dos maneras distintas de entender el objeto. Según una, el objeto es el objeto real, tal como es, con independencia de que tenga o no las cualidades que conforme al contrato debiera tener. Según otra, el objeto de la obligación no es el objeto real, tal cual es, sino el objeto ideal previsto por las partes; es decir, el objeto real con todas las cualidades que conforme al contrato debe tener.

La regulación de la compraventa de los códigos continentales, por estar inspirada en la venta romana, refleja claramente el primer modo de entender el objeto. El objeto del contrato y de la propia obligación nacida del mismo es el objeto real y no el ideal. Por eso, la pérdida de la cosa vendida al tiempo de celebrarse el contrato deja a éste sin efecto (art. 1460); por eso, también, entregar una cosa con defectos no constituye propiamente incumplimiento. No hay obliga-

ción de entregar una cosa sin defectos, cuando ésta los tiene, porque ello sería algo imposible y contradictorio; hay obligación, en cambio, de responder ante el comprador por medio de las medidas de saneamiento. Por eso, en fin, el saneamiento no concede al comprador un derecho a la sustitución de la cosa o a su reparación.

Este modo de entender el objeto no es, sin embargo, una exigencia ineludible de la obligación específica, impuesta por la propia naturaleza de las cosas, sino algo susceptible de modificación. La exigencia de conformidad de la cosa contenida en la Directiva y anteriormente en la CISG rompe abiertamente con esa tradición. Tras ella subyace un modo distinto de entender el objeto de la obligación del vendedor, aplicable tanto a la obligación genérica como a la específica: si el objeto de la obligación es entregar una cosa conforme al contrato, puede afirmarse que el objeto no es la cosa, tal cual es, sino tal como debe ser. Aceptarlo así, permite considerar como un verdadero incumplimiento, la entrega de una cosa no conforme.

Esto es algo que viene admitiendo la jurisprudencia de nuestro TS. La doctrina jurisprudencial que, en caso de entrega de una cosa defectuosa, justifica la aplicación de las reglas generales de incumplimiento, en vez de las especiales del saneamiento, en el hecho de haber entregado el vendedor algo distinto (*aliud pro alio*), sólo puede explicarse, en el fondo, si consideramos que el objeto que ha de entregar el vendedor no es el real, sino el que debe ser; es decir, el que resulta conforme al contrato. El cambio que propone la Directiva es, por tanto, un cambio que ya se ha producido en nuestro Ordenamiento⁶.

Esta nueva idea de objeto de la obligación específica (el que debe ser) hace que pierda sentido la diferenciación entre el régimen la obligación específica y el de la genérica en lo que se refiere a la falta de conformidad de la cosa⁷.

V. EL ESTADO ACTUAL DEL PROCESO DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 1999/44/CE A LOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS

¿Cuál es el estado actual del proceso de transposición de la Directiva en los Ordenamientos europeos?

⁶ Sobre ello FENOY PICÓN, Nieves, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del Ordenamiento español)*, Madrid 1996.

⁷ Lo reconoce ORTI VALLEJO, autor en este punto nada sospechoso: *Los defectos de la cosa*, p. 52.

En el momento actual se ha producido la transposición de la Directiva en Alemania⁸, Austria⁹, Dinamarca¹⁰, España¹¹, Finlandia¹², Grecia¹³, Holanda¹⁴, Irlanda¹⁵, Italia¹⁶, Portugal¹⁷, Reino Unido¹⁸ y Suecia¹⁹. Y se halla en proceso de transposición en Bélgica²⁰, Francia²¹ y Luxemburgo²². Pero la incorporación no se ha producido del mismo modo en todos los Estados.

Nos interesa, sobre todo, constatar cómo se ha producido o se está produciendo la transposición en los Ordenamientos continentales con Código civil, porque las bases dogmáticas de las que se parte son similares a las del nuestro. Para ello he elegido algunos ejemplos significativos. Dentro de ellos se han seguido tres vías diferentes de transposición. La primera, la más completa, ha realizado la incorporación mediante una reforma del Código civil, que ha supuesto la generalización del régimen de Directiva a todas las ventas. La segunda, ha implicado, también, una reforma del Código, pero esa reforma no ha supuesto una generalización del régimen.

⁸ *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* vom 26.11.2001 (BGBl. Nr. 61/2001, Teil I, 29.11.2001, S. 3138).

⁹ *Gewährleistungsgrechts-Änderungsgesetz - GewRÄG* (BGBl. Nr. 48/2001, Teil I, 08/05/2001, S. 1019).

¹⁰ *Lov om ændring af lov om Markedsfoering* (Lov nr. 342 af 02/06/1999), *Lov om ændring af lov om kob* (Lov nr. 213 af 22/04/2002).

¹¹ Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, «BOE» núm. 165, p. 27160

¹² *Laki kuluttajansuojalain muuttamisesta* ref: *Suomen Säädökokelma* n 1258/2001, du 19/12/2001, p. 3509.

¹³ Ley núm. 3043/2002, de 21 de agosto de 2002.

¹⁴ *Wet van 6 maart 2003 tot aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen* (Stb. 2003, 110).

¹⁵ European Communities (Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees) Regulations 2003, S.I. No. 11 of 2003.

¹⁶ Decreto Legislativo 2 febbraio 2002, n. 24 (GU n. 57 del 8-3-2002 - Suppl).

¹⁷ Decreto-Lei núm. 67/2003. DR 83 SÉRIE I-A de 2003-04-08.

¹⁸ En el Reino Unido la incorporación de la Directiva ha tenido lugar mediante Statutory Instrument 2002 No. 3045, «*Sale and Supply of Goods to Consumer Regulations 2002*» de 10.12.2002, Laid before Parliament el 11.12.2002 y en vigor desde el 31.03.2003. Esta norma ha provocado modificaciones en tres leyes: sale, supply of goods y unfair terms que añaden remedios para el consumidor en determinadas circunstancias.

¹⁹ *Lag om ändring i konsumentkäplagen* (1990: 932) ref: SFS 2002/587 du 19/06/2002; *Lag om ändring i konsumentjänslagen* (1985: 716) ref: SFS 2002/588 du 19/06/2002; *Lag om ändring i marknadsföringslagen* (1995: 450) ref: SFS 2002/565 du 14/06/2002.

²⁰ *Projet de loi complétant les dispositions du Code civil relatives à la vente en vue de protéger les consommateurs* du 17.12.2002.

²¹ *Rapport général du groupe de travail sur l'intégration en droit français de la Directive 1999-44 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation*.

²² Avant-projet de loi relatif à la garantie de conformité due par le vendeur de biens meubles corporels portant transposition de la Directive 1999/44/CE du Parlement Europeen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation et modifiant la loi modifiée du 25 aout 1983 relative à la protection juridique du consommateur et l'article 1648 du Code civil (27.06.2003).

men de la Directiva, sino la creación, dentro del Código, de un régimen especial para las ventas a consumidores. La tercera, ha incorporado la Directiva mediante una ley especial.

A. GENERALIZACIÓN DEL SISTEMA DE LA DIRECTIVA A TODAS LAS VENTAS, A TRAVÉS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO

1. Alemania

El caso de Alemania reviste especial significado. La Directiva se ha transpuesto a través de una modificación de la regulación de la compraventa en el BGB, con ocasión de una amplia reforma del mismo, llevada a cabo por la Ley de modernización del derecho de obligaciones de 26.11.2001 (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts). Reforma de calado profundo, pues no sólo ha renovado el Derecho de obligaciones, sino que ha integrado en el BGB la legislación especial de protección de consumidores.

Aunque el BGB ha conservado la tradicional terminología de vicios de la cosa (*Sachmängel*), ha sustituido la regulación de los mismos por otra inspirada en el régimen de la conformidad de la Directiva. El régimen de la Directiva se ha generalizado.

2. Austria

Un ejemplo parecido de generalización del régimen de la Directiva lo encontramos en Austria. La *Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz* (GewRÄG) ha modificado el Código civil (ABGB), la ley de protección de consumidores y la de contrato de seguro. Ha modificado determinados párrafos del ABGB, que regulan la garantía que debe prestar al adquirente, el que transmite una cosa a cambio de una contraprestación. Y aunque se conserven términos tradicionales (*Mängel*), el ABGB generaliza para todas las transmisiones onerosas el régimen de la Directiva sobre conformidad. Por la peculiaridad del Código austriaco, la reforma no se sitúa en la compraventa, sino en las transmisiones onerosas.

3. Francia

Otro ejemplo de integración de la Directiva en el CC lo encontramos en el modo en que Francia proyectaba, inicialmente, transponer la Directiva. Así consta en el *Rapport général du groupe de*

travail sur l'intégration en droit français de la Directive 1999-44 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation. Este grupo de trabajo, bajo la presidencia de Mme Le Professeur G. VINEY, ha elaborado un Anteproyecto de reforma del Código civil. Voy a referirme a él, por la anterioridad de sus autores, aunque en estos momentos parece que ha sido rechazado.

El Grupo de Trabajo, en su *Rapport général*, considera a la Directiva como un texto importante y ambicioso; y, aprovechando la ocasión de su transposición, propone introducir en el Derecho francés las modificaciones exigidas para su modernización y adaptación al contexto económico y social actual, en armonía con la CISG. Aunque, a su juicio, pudiera bastar la incorporación a través de un texto especial, incorporado al Código de consumo, ha optado por una modificación del régimen común del CC, para evitar la «complejidad indescriptible» que implicaría una transposición mínima, que añadiría a las acciones de saneamiento por vicios una nueva acción aplicable sólo a ciertas ventas.

La reforma del CC propuesta afecta a la garantía por defectos de la cosa vendida; se sustituye ese título por el de «La garantía de conformidad», y se modifican los artículos 1641 a 1649 CC, desdoblando algunos de ellos en hasta cuatro artículos.

La reforma ha de suponer una generalización del sistema de la Directiva a todas las ventas, con independencia de las personas que intervengan en ellas (profesional o no profesional) y de los bienes vendidos (muebles –en ellos incluye el agua, el gas y la electricidad– o inmuebles). Además, se extiende al contrato de obra, referente a la fabricación o producción de objetos muebles (art. 1791.1).

La generalización, sin embargo, no está exenta de problemas, por la enorme diversidad de objetos a los que se refiere la regulación. Veamos un ejemplo. No hay obligación de denunciar la falta de conformidad al descubrirla, pero el tiempo límite de denuncia de la misma se sitúa en cinco años para los bienes muebles y diez para los inmuebles. Esto significa que el plazo de dos años previsto en la Directiva se extiende a cinco. ¿No resulta excesivo para buena parte de los bienes de consumo? La Comisión ha sido consciente de ello, pero ha considerado que tal plazo será corto para determinados bienes muebles, como barcos o maquinaria compleja.

4. Holanda

En el caso de Holanda, el nuevo Código civil (NBW) ya había redactado las reglas de la compraventa (libro 7, título 1) conforme a

los mismos principios en que se inspira la Directiva, procedentes de la CISG; por esta razón la reforma introducida por la Ley de 6 de marzo de 2003 se limita a retocar algunos de sus artículos.

B. CREACIÓN DE UN RÉGIMEN ESPECIAL PARA LAS VENTAS A CONSUMIDORES DENTRO DEL CÓDIGO CIVIL

Este sistema ha sido seguido por Italia y por Bélgica.

1. *Italia*

En Italia se ha producido una transposición de la Directiva en el CC, pero no se ha generalizado el régimen de la Directiva a todas las ventas.

El Decreto Legislativo de 2 de febrero de 2002, núm. 24, titulado «*Attuazione della Direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie di consumo*» (Gazzetta Ufficiale N. 57, de 8 de marzo de 2002) comienza en estos términos: «*Tras el parágrafo 1 de la sección II («de la venta de cosas muebles») del capítulo I (de la venta) del título III del libro V del Código Civil se inserta el siguiente parágrafo: «1-bis. De la venta de bienes de consumo».* En ese parágrafo se vierte la incorporación de la Directiva, con reglas sólo aplicables a las ventas de consumo: 1519-bis (*Ambito di applicazione e definizioni*). «*Il presente paragrafo disciplina taluni aspetti dei contratti di vendita e delle garanzie concernenti i beni di consumo. A tali fini ai contratti di vendita sono equiparati i contratti di permuta e di somministrazione nonché quelli di appalto, di opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da abbricare o produrre.*»

2. *Bélgica*

El modo italiano de incorporación va a ser seguido también en Bélgica. Existe un Proyecto de Ley (*Projet de loi complétant les dispositions du Code civil relatives à la vente en vue de protéger les consommateurs*) que modifica el CC, insertando una sección relativa a las ventas a consumidores.

Esta modificación no afecta al régimen de garantía por defectos del CC, aunque se excluye su aplicación a las ventas de consumo: «*Les dispositions du présent chapitre relatives à la garantie des*

défauts cachés de la chose vendue ne sont pas applicables aux ventes régies par la présente section.» (art. 1649 quáter § 5).

C. INCORPORACIÓN MEDIANTE UNA LEY ESPECIAL

Este es el caso de Portugal y de España.

1. Portugal

En Portugal la transposición se ha producido mediante el Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril de 2003; por tanto, a través de una norma especial, circunscrita a las ventas de consumo, que no da lugar a una modificación del CC.

Artigo 1.º Objectivo e âmbito de aplicação: 1. O presente diploma procede à transposição para o direito interno da Directiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, com vista a assegurar a protecção dos interesses dos consumidores, tal como definidos no n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho. 2. O presente diploma é aplicável, com as necessárias adaptações, aos contratos de fornecimento de bens de consumo a fabricar ou a produzir e de locação de bens de consumo.

Ha sido preocupación del redactor de la norma de transposición no disminuir la protección de que ya gozaba el consumidor portugués (*vid. L 24/96, 31 julio*).

2. España

En el Derecho español la transposición de la Directiva se ha realizado mediante la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo²³. Con la aprobación de esta Ley, la transposición se ha producido mediante una ley especial, fuera del CC y de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios²⁴.

²³ «BOE» n.º 165, de 11 de julio de 2003, pp. 27160-27164.

²⁴ El artículo 1 de la Ley 47/2002, de 19 diciembre, ya ha dado nueva redacción al artículo 12.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, en la orientación de la Directiva: «*El vendedor de los bienes responderá de la falta de conformidad de los mismos con el contrato de compraventa, en los términos definidos por la legislación vigente*». Esta referencia, vacía de contenido, es inexplicable conforme a criterios de buena técnica legislativa.

VI. PROBLEMAS QUE PLANTEA EL SISTEMA DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL: PROBLEMAS DE CONCURRENCIA DE REMEDIOS

En la doctrina se han alzado ya voces contrarias al sistema de transposición adoptado en España, fuera del Código civil. Se señala, con razón, que este sistema «ahonda en las diferencias entre el régimen que pretende ser general y el específico de los consumidores y condena al Código civil a un papel marginal, muy lejano de su función didáctica y conformadora del sistema de incumplimiento de las obligaciones, en el que sin duda se enmarca la prestación de entrega conforme como contenido principal de la obligación del vendedor»²⁵.

Incorporada de este modo la Directiva al Ordenamiento español, se plantean serios problemas de concurrencia entre el sistema de protección de la Ley de incorporación, en caso de falta de conformidad, y el sistema de protección contenido fuera de ella. Como señala Nieves Fenoy, pensando en la transposición de esta Directiva, nuestro legislador ha diseñado piezas de protección, pero no se ha detenido a realizar el engarce entre las mismas: falta por ello la visión de conjunto del sistema²⁶.

El problema se plantea, en primer lugar, en relación con el saneamiento por vicios ocultos, todavía vigente en el CC. Para este problema tiene respuesta la Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. La disposición adicional única, que lleva por título, Incompatibilidad de acciones, ordena: «*El ejercicio de las acciones que contempla esta Ley derivadas de la falta de conformidad será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa.*»²⁷ Esta exclusión tiene sentido. Los remedios por falta de conformidad que establece la Directiva y la Ley de incorporación se corresponden con los del saneamiento por vicios en el CC. Mas, por otra parte, una posible concurrencia entre los remedios por falta de conformidad y los del saneamiento por vicios no habría de plantear mayores problemas, desde un punto de vista práctico, pues la protección de esa Ley es más amplia en remedios y plazo que la ofrecida por el

²⁵ GARCÍA RUBIO, *La Ley* núm. 5747, p. 2. También ORTI VALLEJO, *Los defectos de la cosa*, p. 55, CASTILLA BAREA, *Aranzadi Civil*, enero 2003, num. 17, p. 17.

²⁶ FENOY PICÓN, *Comentario a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, p. 1148.

²⁷ Antes de la aprobación de la Ley 23/2003 proponía esta solución Nieves FENOY, *Comentario a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, p. 1148.

Código civil en el saneamiento. El problema sólo se presentaría cuando el comprador, dentro del tiempo del saneamiento, pretendiera optar por éste, por convenirle para resolver el contrato o pedir una reducción del precio, sin tener que pedir previamente la puesta en conformidad, como dispone la Ley de Transposición (*vid. art. 7 de la Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*).

Merece también alguna consideración el tratamiento de la indemnización de daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad. La Directiva no ha incluido este remedio entre los de la falta de conformidad. Esto no significa que excluya su aplicación, pues expresamente prevé la aplicación de las normas nacionales referentes a la responsabilidad contractual o extracontractual (art. 8.1)²⁸. La Ley de Transposición tampoco tiene una regulación especial de este remedio. Se remite a la legislación civil y mercantil²⁹.

Es oportuno pensar en las reglas indemnizatorias del saneamiento por vicios (art. 1486 II) y en las del incumplimiento contractual (arts. 1101 ss). Las de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos, normalmente no han de ser aplicables, porque están referidas no al vendedor, sino al fabricante o importador (art. 1). Sólo serán aplicables cuando el fabricante o importador sean además vendedores, o no puedan ser identificados (*vid. art. 4.3*). Además no contemplan la indemnización de la insatisfacción contractual, sino de daños a otros bienes.

Se puede pensar que la incompatibilidad entre los remedios de la Ley 23/2003 y los del saneamiento, que señala la disposición adicional única, párrafo primero, se extiende a la indemnización de daños que prevé el CC en el régimen del saneamiento. Pero, de otro lado, el párrafo segundo de la DA única puede dar lugar a dudas, pues reconoce el derecho del comprador a ser indemnizado de acuerdo con la legislación civil y mercantil. A pesar de esta duda, creo que debe prevalecer la previsión del párrafo primero. Se debe excluir la aplicación del sistema especial de indemnización propio del saneamiento por vicios (arts. 1486 II ss.) y aplicar el general del incumplimiento. La falta de conformidad es una manifestación del incumplimiento, y atrae la aplicación de los remedios propios del

²⁸ Artículo 8 Directiva: «*1. Los derechos conferidos por la presente Directiva se ejercerán sin perjuicio de otros derechos que pueda invocar el consumidor en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual, sino que, por el momento, ésta queda al criterio de los Estados; aunque, para el futuro, prevé su posible regulación.*

²⁹ «*En todo caso, el comprador tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad.*» (Disposición adicional única II).

mismo. Y, por otra parte, el criterio de imputación de responsabilidad en el saneamiento es el del dolo, criterio que pugna con el general del incumplimiento contractual.

La falta de regulación de la pretensión indemnizatoria en la Ley de Incorporación de la Directiva, suplida por una remisión a la legislación civil y mercantil en el sentido que acabo de señalar, crea asimismo un desajuste entre los plazos aplicables a los remedios previstos en la Ley de Incorporación (reparación, sustitución, resolución, disminución del precio) y el de la indemnización. Los primeros prescriben a los tres años desde la entrega del bien (art. 9.3 de la Ley 23/2003), el segundo a los 15 años (art. 1964). La diferencia es excesiva y no parece tener justificación.

Fuera de la referencia a la indemnización de daños, a la que acabo de aludir, la Ley 23/2003 guarda silencio sobre la posible aplicación, en los casos de falta de conformidad, de los otros remedios generales del incumplimiento; concretamente, la pretensión de cumplimiento y la resolutoria, pues la reducción del precio, hoy por hoy, no está contenida en el régimen general de los remedios por incumplimiento del Código civil. La aplicación de estos remedios, coincidentes con los de la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, permitiría ejercitarlos sin el orden establecido en esta Ley y en un tiempo muy superior.

Hasta ahora, la Jurisprudencia del TS ha admitido la aplicación de los remedios generales del incumplimiento en casos en los que también es aplicable el saneamiento por vicios; es decir, ha admitido la concurrencia entre los remedios del saneamiento y los del incumplimiento. La finalidad que ha perseguido no ha sido otra que la de evitar el plazo limitado de las acciones de saneamiento, escaso para poder verificar la conformidad de algunos bienes. Para ello ha manejado la idea de que entregar una cosa con defectos (no conforme) implica incumplimiento, pues supone entregar una cosa distinta de la debida (*aliud pro alio*).

Superado hoy el problema, el silencio de la Ley 23/2003 no nos autoriza a entender que exista compatibilidad entre el régimen de la falta de conformidad y el del incumplimiento. La falta de conformidad es un supuesto de incumplimiento. Los remedios previstos para ella en la Ley de Transposición son los remedios propios del incumplimiento, adaptados a las particularidades de esta manifestación del incumplimiento. Carece de sentido aplicar, además, los remedios generales. ¿En qué quedaría el orden o jerarquía en el uso de los remedios que impone la Ley 23/2003 (primero el cumplimiento –la reparación o sustitución– y en defecto de éste la resolución o rebaja del precio)? ¿Para qué serviría el plazo de prescripción de

tres años que establece esta Ley, si fuera posible soslayar su aplicación utilizando los mismos remedios como remedios generales del incumplimiento? La aplicación del régimen general del incumplimiento debe ser descartada, salvo en lo que se refiere a la indemnización de daños³⁰.

El problema de compatibilidad también se presenta entre los remedios por falta de conformidad de la Ley 23/2003 y la pretensión de nulidad por error. Esta Ley no ofrece ningún criterio para su solución. Es el problema que en general se presenta entre el error y el incumplimiento. Aunque pueda resultar deseable que los remedios del incumplimiento excluyan la aplicación del error, en estos momentos no encontramos en nuestro Ordenamiento bases suficientes para esa solución.

Por fin, el nuevo régimen de la falta de conformidad contenido en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo ha de derogar el sistema de garantía previsto en el artículo 11 LGCU³¹, porque éste es incompatible con aquél (disposición derogatoria de la Ley 23/2003)³².

VII. LA REFORMA DEL CC

En estos momentos es necesaria una reforma del CC, al menos en lo que a ciertos aspectos del régimen de la compraventa se refiere. La incorporación de la Directiva 44/1999 la hace especialmente oportuna, por las razones que señalé al principio. Pero no es ésta la única razón: el sistema de protección del comprador por defectos o falta de conformidad de la cosa ha experimentado profundas transformaciones a finales del siglo XX, tanto en el Derecho uniforme, incorporado al ordenamiento español (CISG), como en la práctica de nuestro propio Derecho interno³³, y es hora ya de reflejarlas en el Código Civil.

¿Cómo ha de ser esa reforma?³⁴.

³⁰ Así también Nieves FENOY, *Comentario a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, p. 1148.

³¹ Sobre él, FENOY PICÓN, *Comentario a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, pp. 1116 ss.

³² Así Nieves FENOY, *Comentario a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, p. 1148.

³³ Sobre ello, FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid 1996.

³⁴ Una propuesta articulada de transposición de la Directiva mediante reforma del Código civil, en CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, *Estudios sobre Consumo*, año XV, núm. 52-2000, pp. 139 ss.

Hay una reforma mínima. Se refiere al saneamiento por vicios ocultos; afecta a los artículos 1484 a 1499 CC. Esta reforma resulta imprescindible. Pero, junto a ella, debería también reformarse el saneamiento por evicción (arts. 1475 a 1482) y por cargas o gravámenes ocultos (art. 1483), para adaptarlo a las orientaciones de la CISG, dentro de las que ha de producirse la convergencia entre los derechos europeos. La idea de garantía, o sistema especial de responsabilidad, debe ser sustituida por la de incumplimiento. La reforma de las dos manifestaciones del saneamiento del CC debe ir acompañada de otros retoques en algunos artículos de la compraventa.

A continuación formulo las directrices de una propuesta de modificación. Se articula en tres apartados: Aspectos generales, sustitución del régimen del saneamiento por vicios por el sistema de falta de conformidad, sustitución del saneamiento por evicción y cargas o gravámenes ocultos.

A. ASPECTOS GENERALES

1. *La noción de compraventa*

La actual definición del contrato de compraventa contenida en el artículo 1445 CC debe ser modificada.

Debería desaparecer la exigencia de que la cosa sea «determinada»: no es necesaria. Además, conviene evitar que pueda pensarse que la regulación del CC se aplica sólo a ventas específicas y no a las genéricas. Debería desaparecer, igualmente, la expresión actual del CC, «precio cierto», teniendo en cuenta que en el tráfico no es indispensable la determinación inicial del precio³⁵.

En la nueva definición han de reflejarse las obligaciones del vendedor, tal como son concebidas en el modelo de compraventa de la CISG, en el que debe inspirarse la reforma de la compraventa. Junto al deber de entregar la cosa vendida, se ha de añadir la exigencia de conformidad de la cosa al contrato y la de que se halle libre de derechos y pretensiones de tercero, que no hayan sido previstos en el contrato.

³⁵ Artículo 55 CISG: «Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate».

En cuanto a las obligaciones del comprador, el nuevo artículo 1445 no sólo ha de referirse al pago del precio, como ahora hace el CC, sino al deber de *recibir la cosa*. En este punto el precepto concordaría con la CISG (arts. 53³⁶ y 60³⁷), y con el artículo 1:202 PECL³⁸. El incumplimiento de este deber permite al vendedor resolver el contrato.

2. Una nueva regulación del problema del riesgo

El artículo 1452, dedicado al riesgo en el contrato de compraventa, debe ser modificado, para adaptarlo al nuevo sistema de regulación del incumplimiento contractual, propio de la Directiva 1999/44 (de la CISG y de los PECL), en el que debe inspirarse la reforma del CC³⁹.

Conforme al nuevo sistema, constituye incumplimiento la falta de ejecución de cualquier obligación, con independencia de que la in ejecución sea o no imputable al deudor (al vendedor)⁴⁰. Y el incumplimiento da lugar a la aplicación de un sistema de remedios, integrado por la pretensión de cumplimiento, la reducción del precio, la resolución, la indemnización de daños. En consecuencia, toda pérdida o deterioro casual de la cosa, que ocurra antes del momento en que el vendedor haya cumplido su obligación de entregarla, es a riesgo del vendedor, pues la pérdida provoca el incumplimiento de la obligación de entregar la cosa, y el deterioro, el de la obligación de entregarla en conformidad. El incumplimiento determina responsabilidad contractual, con la consiguiente aplicación de los correspondientes remedios.

Esta construcción unitaria y objetiva del incumplimiento no deja espacio para separar entre incumplimientos imputables, a los que se

³⁶ Artículo 53 CISG: «*El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención*».

³⁷ Artículo 60 CISG: «*La obligación del comprador de proceder a la recepción consiste: a) En realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega. b) En hacerse cargo de las mercaderías*».

³⁸ Article 1:202: *Duty to Co-operate*. «*Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract*».

³⁹ ORTI VALLEJO propone sustituir la regla *periculum est emporis* (art. 1452) por la regla *res perit venditoris*, en armonía con la exigencia de que la cosa sea conforme en el momento de la entrega (*Los defectos de la cosa*, p. 98).

⁴⁰ Article 8:101 PECL: *Remedies Available*. (1) *Whenever a party does not perform an obligation under the contract and the non-performance is not excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9.* (2) *Where a party's non-performance is excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9 except claiming performance and damages.* (3) *A party may not resort to any of the remedies set out in Chapter 9 to the extent that its own act caused the other party's non-performance*.

aplicaría la doctrina del incumplimiento, e incumplimientos no imputables, a los que se aplicaría la doctrina del riesgo. El problema del riesgo está envuelto hoy en el tratamiento del incumplimiento.

La regla de translación del riesgo al comprador a partir del momento del cumplimiento de la obligación de entregar (liberación del vendedor), no ha de aplicarse en los casos en los que la pérdida o deterioro de la cosa, posterior a la entrega, no es fortuita, sino imputable al vendedor. Por ejemplo: (a) La falta de conformidad de la cosa, existente en el momento de la entrega, provoca, después de la entrega, su pérdida o deterioro; (b) el vendedor, aunque cumple su obligación de entrega, poniendo la cosa en poder del primer transportista, ha seleccionado mal al transportista, por lo que sigue siéndole imputable el riesgo de pérdida de la cosa.

El momento de traslación del riesgo al comprador (si es que seguimos hablando de ese momento) debe situarse en el de la entrega de la cosa vendida; la entrega puede producirse bajo diferentes modalidades, que comprenden la puesta a disposición del comprador, la remisión, mediante la puesta en poder del primer transportista, o la traslación hasta el lugar previsto en el contrato. Lo que importa para la transmisión del riesgo es que el vendedor haya realizado todo lo que le incumbe, según la modalidad de entrega prevista en el contrato. Sin embargo, en caso de entrega mediante puesta a disposición, parece conveniente no exigir sólo la efectiva puesta a disposición (estando la cosa debidamente identificada, con conocimiento del comprador), sino que el comprador la retire o haya incidido en retraso en su recepción. Estimulamos el cuidado del vendedor, si la cosa sigue bajo su custodia (es cierto que puede estar bajo la custodia de un tercero, por ej.: se halla en el almacén del fabricante). También evitamos discusión sobre si el vendedor es o no culpable de la pérdida de la cosa, ocurrida mientras estaba a disposición del comprador.

La regulación del riesgo nos plantea otra cuestión. Trasladado el riesgo al comprador, la pérdida o deterioro casuales de la cosa (por causa imputable a tercero o a un hecho de la naturaleza) ¿impide al comprador el ejercicio de la pretensión resolutoria? Esta cuestión admite dos respuestas. Conforme a la CISG, la pérdida casual de la cosa no excluye la resolución⁴¹; lo que significa que el comprador no tiene que devolver la cosa que se ha perdido por causa que no le es imputable, o sólo tiene que restituir la cosa deteriorada.

⁴¹ Artículo 70: «Si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los artículos 67, 68 y 69 no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento».

Es el vendedor el que continúa soportando el riesgo de pérdida o deterioro de la misma. La solución contraria la hallamos en la actual redacción del artículo 1488 CC. Según él, el riesgo de pérdida o deterioro casual de la cosa es de cuenta del comprador. Entre ambas soluciones nos parece preferible la segunda, es decir, la del CC.

3. *Imposibilidad inicial (art. 1460 CC)*

La imposibilidad inicial ha sido considerada, reiteradamente, en los ordenamientos europeos, como causa de nulidad del contrato⁴², y la redacción actual del artículo 1460 I responde a este criterio. Ello es consecuencia de considerar como objeto de la obligación el objeto real (imposible, inexistente) y no el ideal, al que se refiere el contrato; y, asimismo, de hacer gravitar el contenido de la relación obligatoria sólo en la pretensión de cumplimiento, desconsiderando la oportunidad de otros remedios que pueden satisfacer el interés del acreedor en estos casos, fundamentalmente el remedio indemnizatorio. Este criterio se halla sometido a revisión.

La imposibilidad inicial no excluye que exista incumplimiento, con aplicación de los consiguientes remedios, salvo la pretensión de cumplimiento. Esta nueva manera de resolver el problema está reflejada en los PECL (art. 4:102)⁴³. El artículo 1460 CC debe ser suprimido o modificado, de acuerdo con ella.

⁴² Así, el CC francés (art. 1601) y el español (art. 1460 I) establecen un régimen de ineficacia automática del contrato de compraventa en los casos en los que la cosa se ha perdido, completamente, en el momento de la celebración del mismo. Estos mismos códigos consideran nulo a cualquier contrato cuando falta el objeto, pues falta un elemento esencial (así arts. 1261, 1300 CC español). Con una formulación más general, el § 306 BGB, antes de la reforma del 2001 [por Ley de 26/11/2001, *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, en vigor a partir del 1/1/2002] consideraba nulo al contrato con prestación imposible; de modo parecido el Código suizo de las obligaciones (art. 20 OR) o el austriaco (§ 787 ABGB). La imposibilidad inicial también produce la nulidad del contrato en el derecho inglés. Así, en el famoso caso *Couturier v. Hastie* [*Couturier v. Hastie* (1865) 5 HLC 673] en el que se vende la carga de cereal de un determinado buque, que navega hacia Inglaterra, cuando dicha carga ha sido ya vendida por el capitán del barco, en ruta, en un puerto. La Cámara de los Lores sostuvo en este caso que el comprador no estaba obligado a pagar el precio de la mercancía; y de ahí se extrae, aunque no resulte directamente de la sentencia, que el vendedor tampoco hubiera tenido que indemnizar al comprador los daños derivados de la falta de entrega. La razón es que el contrato se tiene por nulo. Esta misma regla está recogida en s. 6 Sale of Goods Act 1979: «*Where there is a contract for the sale of specific goods, and the goods without the knowledge of the seller have perished at the time when the contract is made, the contract is void.*» Adviéntase que el vendedor no conoce que los bienes han perecido.

⁴³ Article 4:102: *Initial Impossibility*. - «*A contract is not invalid merely because at the time it was concluded performance of the obligation assumed was impossible, or because a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates.*»

4. *Supresión de la obligación de saneamiento*

El artículo 1461 debe ser suprimido. La obligación de saneamiento por evicción y vicios ocultos (arts. 1474 a 1499) debe desaparecer y ser substituida por la exigencia de conformidad y de entrega de la cosa libre de derechos y pretensiones de tercero. Estas obligaciones del vendedor han de ser enumeradas en la definición de la compraventa del artículo 1445.

5. *Mantenimiento de los preceptos que regulan las formas de entrega*

Teniendo en cuenta el propósito de la reforma del Código civil propuesta, no es necesario modificar los artículos 1462 a 1464, referentes a las formas de entrega. No obstante podría ser conveniente retocarlos en algún momento posterior, para reflejar en ellos las distintas manifestaciones del contenido obligacional del deber de entrega, como hace la CISG (art. 31)⁴⁴; sobre todo si, en una reforma más profunda de la compraventa, optamos, como parece conveniente hacer, por unificar el régimen civil y el mercantil. Esto no significa que no sea también conveniente respetar algunas reglas actuales: las que se refieren a los pactos en materia de tradición, y la de la tradición instrumental contenida en el artículo 1462 II. Pero estas reglas podrían dejar de estar en la compraventa y trasladarse a la regulación de la posesión, como modalidades de la cesión de posesión o entrega (art. 460.4 CC).

6. *Gastos de transporte*

En la actual redacción del artículo 1465, los gastos de transporte son, en general, de cuenta del comprador. Es mejor tomar

⁴⁴ Artículo 31: *Si el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercaderías en otro lugar determinado, su obligación de entrega consistirá: a) Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías, en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador. b) Cuando, en los casos no comprendidos en el apartado precedente, el contrato verse sobre mercaderías ciertas o sobre mercaderías no identificadas que hayan de extraerse de una masa determinada o que deban ser manufacturadas o producidas y cuando, en el momento de la celebración del contrato, las partes sepan que las mercaderías se encuentran o deben ser manufacturadas o producidas en un lugar determinado, en ponerlas a disposición del comprador en ese lugar. c) En los demás casos, en poner las mercaderías a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato.*

en consideración que la entrega puede adoptar distintas modalidades, e imponer al vendedor los gastos necesarios para cumplir su obligación de entregar. Cuando la entrega incluye la traslación de la cosa, los gastos de transporte serán de cuenta del vendedor.

7. Estado en que debe ser entregada la cosa y atribución de sus frutos

El párrafo primero del artículo 1468 se refiere al estado en que debe ser entregada la cosa. Dispone que el vendedor debe entregar la cosa en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato. Tal regulación es coherente con el sistema originario del CC, en el que el riesgo corresponde al comprador desde la perfección del contrato. Pero, modificando el sistema, no es procedente mantener la regulación de este artículo. El vendedor debe entregar una cosa conforme al contrato, y no, en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el mismo. Por eso propongo la supresión del párrafo primero del artículo 1468.

Además, en el nuevo sistema de responsabilidad contractual por falta de conformidad resulta superfluo el deber del vendedor de custodiar la cosa, que sanciona el artículo 1094. El vendedor incumple su obligación de entregar una cosa conforme, con independencia de que la pérdida o el deterioro se deba a su culpa; no es necesario imponerle un deber de custodia.

El párrafo segundo del artículo 1468 también debe ser suprimido. El que el comprador haga suyos los frutos de la cosa vendida desde el día de la perfección del contrato, sin ser propietario de ella, puede tener justificación en un sistema en el que el riesgo de pérdida o deterioro de la misma es también suyo; pero no la tiene en un sistema, como el que se propone, en el que el riesgo es del vendedor. La regla debe ser la general, de atribución de los frutos al propietario. Nada impide que la autonomía de la voluntad establezca otra cosa.

8. Tratamiento de las diferencias de cabida o calidad en las ventas de inmuebles

Los artículos 1469 a 1472 contienen, en la redacción actual del CC, unas reglas especiales para regular los problemas que surgen en casos de diferencias de cabida o calidad en las ventas de inmuebles. Tal regulación especial, justificable por razones

históricas, pierde sentido en la nueva regulación unitaria del incumplimiento.

A los defectos de cabida hemos de aplicar las reglas generales del incumplimiento y las especiales, sobre falta de conformidad, contenidas en la compraventa. Pueden, además, ser aplicables las normas sobre vicios del consentimiento, particularmente las del dolo y el error. Y a los excesos de cabida, las reglas de la restitución, cuando se entregue más cantidad de la debida, y, en ocasiones, también las de los vicios del consentimiento. Los excesos de cabida pueden, asimismo, dar lugar a un incremento del precio⁴⁵.

La supresión de estos artículos pretende evitar que a partir de los mismos se construya un sistema especial de acciones. Las diferencias de cabida y calidad deben ser tratadas con los remedios generales del incumplimiento, etc. No veo, sin embargo, inconveniente en que, aceptada esta premisa, se puedan regular algunas particularidades. Se podría recoger la regla según la cual, cuando el inmueble se vende como cuerpo cierto no se toman en consideración posibles diferencias entre la cabida real y la indicada en el contrato.

B. FALTA DE CONFORMIDAD

El bloque normativo comprendido entre los artículos 1484 a 1499, referido al saneamiento por los defectos de la cosa vendida, debe ser derogado y sustituido por una nueva regulación referida a la falta de conformidad.

La nueva regulación de la falta de conformidad debe inspirarse en la Directiva y generalizar a todas las ventas aquellos aspectos de la misma, casi todos, susceptibles de aplicación general. Ya he señalado que la Directiva recoge los nuevos principios, contenidos en la CISG, con arreglo a los cuales ha de producirse la convergencia de los ordenamientos europeos. Mi propuesta coincide con la orientación seguida en Austria y Alemania y con la propuesta en Francia por grupo de trabajo presidido por la profesora Viney.

⁴⁵ Artículo 52 CISG: «(...) 2. Si el vendedor entrega una cantidad de mercaderías mayor que la expresada en el contrato, el comprador podrá aceptar o rehusar la recepción de la cantidad excedente. Si el comprador acepta la recepción de la totalidad o de parte de la cantidad excedente, deberá pagarla al precio del contrato.»

1. *La exigencia de conformidad*

El punto de partida del nuevo sistema es, sin duda, la exigencia de conformidad. La CISG la expresa así: «*El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato*» (art. 35.1 CISG). La nueva regulación del CC puede empezar con una fórmula parecida. O bien, considerar suficiente la exigencia de conformidad indicada en la definición de compraventa del artículo 1445.

La exigencia de conformidad se refiere a todas las ventas. En particular, tanto a las genéricas como a las específicas: en este punto se ha superado la separación entre ambas. En el nuevo sistema, las cualidades que debe tener la cosa (esté ésta individualizada o descrita conforme a un género) forman parte del contenido de la obligación del vendedor.

2. *Determinación del momento en el que la cosa debe ser conforme al contrato*

Según la Directiva, la exigencia de conformidad se sitúa en el momento de la entrega de la cosa (art. 2.1). Sin embargo, la entrega es un proceso en el que intervienen tanto el vendedor como el comprador, e incluso terceros (transportistas); proceso que genera riesgos particulares de pérdida de la conformidad. Decir que la cosa debe ser conforme al contrato en el momento de la entrega no es incorrecto, pero resulta poco preciso. Es mejor afirmar que la cosa debe ser conforme en el momento en que se produce la traslación del riesgo al comprador. El riesgo se traslada cuando el vendedor ha hecho, adecuadamente, todo lo que le corresponde hacer en el proceso de entrega; es decir, ha cumplido lo que le impone en el caso concreto la obligación de entregar. Por ejemplo, si le corresponde remitir la cosa al comprador, por medio de un transportista, ya la ha puesto en poder del mismo, habiendo hecho además adecuadamente la selección del transportista, si le correspondía hacerlo.

Cuando la entrega ha de producirse por puesta a disposición, el vendedor cumple su obligación poniendo la cosa, debidamente identificada, a disposición del comprador y comunicándoselo, para que ordene su retirada. Sin embargo, es posible y resulta conveniente, que el riesgo de pérdida o deterioro siga atribuido al vendedor, si éste continúa manteniendo el control de la cosa. Así ocurre en la CISG (art. 69 CISG).

3. Los criterios de conformidad

Establecida la exigencia de conformidad, tanto la CISG⁴⁶, como la Directiva⁴⁷, añaden los criterios de determinación de las cualidades exigibles en la cosa. Estos criterios figuran igualmente en las normas de incorporación de la Directiva en otros ordenamientos europeos.

El primer criterio debe ser, sin duda, la autonomía de la voluntad. Pero las partes no siempre van a expresar suficientemente este extremo; por ello es útil precisar los criterios legales de conformidad⁴⁸. Y me parece lo más conveniente,逼近arse lo más posible al texto de la Directiva en la redacción del nuevo artículo del CC. Podría completarse con una referencia al envase y embalaje.

4. Límites de la vinculación por declaraciones públicas

La Directiva incluye, entre los criterios de conformidad, el de las declaraciones públicas, que susciten confianza en el comprador. Se presume la conformidad de los bienes si éstos «*presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el ven-*

⁴⁶ Artículo 35. «2. Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos:

- a) Que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo.
- b) Que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no sea razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor.
- c) Que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador.
- d) Que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas.»

⁴⁷ Artículo 2. «Conformidad con el contrato.—(...) 2. Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si: a) se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo; b) son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso; c) son aptos para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo; d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado.»

⁴⁸ Sobre los criterios de conformidad, CASTILLA BAREA, Aranzadi Civil, enero 2003, num. 17, pp. 16 a 39; num. 18, pp. 15 a 46.

dedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado» [art. 2.2.d) Directiva].

Si acogemos este criterio, vinculamos al vendedor, en cuanto a las cualidades del objeto, por declaraciones públicas que no provienen de él. Esta vinculación debe tener límites. La Directiva los señala. El vendedor no debe quedar obligado por las declaraciones públicas, si demuestra que desconocía, y no cabía razonablemente esperar que conociera, la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de la celebración del contrato, o que la misma no pudo influir en la decisión de comprar el bien.

5. *Entrega de cosa diferente o en cantidad inferior a la debida*

El régimen jurídico aplicable a la entrega de una cosa diferente o en cantidad inferior a la debida debe ser equiparado al de la falta de conformidad. Esta equiparación tiene por finalidad, no sólo aplicar, en estos casos, en la medida de lo posible, el sistema de remedios por falta de conformidad, sino también el régimen de denuncia del comprador propio de la falta de conformidad.

La CISG no hace, de modo directo, esta equiparación; pero no faltan autores que la interpreten en ese sentido. La reforma reciente del BGB sí establece la equiparación [§ 434 (3) BGB]⁴⁹.

6. *Conocimiento de la falta de conformidad por el comprador*

Tradicionalmente se ha considerado que no merece protección el comprador que, al celebrar el contrato, conoce, o puede conocer, el estado de la cosa vendida (o del género); de ahí, la exigencia de que los vicios redhibitorios sean ocultos (art. 1484 CC). Esta regla debe mantenerse en la falta de conformidad. La recoge la CISG (art. 35.3)⁵⁰ y la Directiva (art. 2.3).

El correspondiente precepto del Código civil puede redactarse según el texto de la Directiva; pero podría contener dos particularidades. La primera, inspirada en el artículo 1590 CC, impone al vendedor el deber de advertir, oportunamente, al comprador de que los materiales suministrados por éste no son adecuados para fabricar una cosa conforme al contrato. La segunda, hace posible que el vendedor prometa poner en conformidad la cosa, que en ese momento de celebración del contrato no lo es.

⁴⁹ 3) «*Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert.»*

⁵⁰ «*El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conoce o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato.»*

7. Incorrecta instalación del bien

Es frecuente que la compraventa de un bien exija la instalación del mismo. La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación de la cosa debe equipararse a la falta de conformidad de la propia cosa cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad. Esta disposición también deberá ser aplicable cuando se trate de una cosa cuya instalación esté previsto que sea realizada por el comprador, sea éste quien la instale y la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación.

Un precepto como éste, que regula la responsabilidad del vendedor por defectos de instalación, debería figurar en el régimen de la falta de conformidad. Generalizaría la disposición del artículo 2.4 de la Directiva. Un precepto análogo lo encontramos en el § 434 (2) BGB⁵¹.

8. La garantía convencional

La Directiva, además del sistema legal de responsabilidad del vendedor por falta de conformidad, prevé la posibilidad de que el vendedor o un tercero den al comprador, voluntariamente, una garantía⁵². Me parece conveniente trasladar al CC un precepto semejante sobre la garantía convencional de conformidad en la compraventa.

Una regulación de la garantía convencional en el CC debería contener la exigencia de determinación del sujeto que la presta: el propio vendedor o un tercero; las modalidades de la garantía; la

⁵¹ «(2) Ein Sachmangel ist auch dann gegeben, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß durchgeführt worden ist. Ein Sachmangel liegt bei einer zur Montage bestimmten Sache ferner vor, wenn die Montageanleitung mangelhaft ist, es sei denn, die Sache ist fehlerfrei montiert worden.»

⁵² Artículo 6. Garantías. «1. La garantía comercial obligará a la persona que la ofrezca en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad. 2. La garantía deberá: –declarar que el consumidor goza de derechos con arreglo a la legislación nacional aplicable que regula la venta de bienes de consumo y especificar que la garantía no afecta a los derechos que asisten al consumidor con arreglo a la misma; –indicar con claridad el contenido de la garantía y los elementos básicos para presentar reclamaciones en virtud de la misma, en particular su duración y alcance territorial, así como el nombre y dirección del garante. 3. A petición del consumidor, la garantía deberá figurar por escrito o en cualquier otro soporte duradero disponible que le sea accesible. 4. Los Estados miembros podrán, con arreglo a lo dispuesto en el Tratado, exigir que la garantía de los bienes comercializados en su territorio esté redactada en una o más lenguas de las que ellos determinen de entre las lenguas oficiales de la Comunidad. 5. En el caso de que una garantía infringiera los requisitos de los apartados 2, 3 ó 4, ello no afectaría en ningún caso a su validez, pudiendo el consumidor en todo caso exigir su cumplimiento.»

advertencia de que su mera aceptación no supone la pérdida o disminución de los derechos que ofrece la ley al comprador, en caso de falta de conformidad; la vinculación del garante conforme al contenido de la garantía, lo cual puede suponer una prolongación del tiempo de responsabilidad. La reforma del BGB regula la garantía convencional § 443 BGB⁵³.

9. *Los remedios de la falta de conformidad*

Los remedios oportunos en caso de falta de conformidad son los remedios propios del incumplimiento, en las obligaciones sinalagmáticas. La reforma del CC ha de comenzar enumerándolos. El comprador podrá: 1. exigir al vendedor el cumplimiento del contrato, 2. resolver el contrato o reducir el precio, mediante declaración dirigida al vendedor, y 3. exigir, en cualquier caso, indemnización de los daños producidos.

Enumerados los remedios se plantea una cuestión: ¿se ofrecen todos, indistintamente, a la libre elección del comprador?; o, por el contrario, siendo compatibles, ¿existe alguna jerarquía entre ellos?

Si nos atenemos a la Directiva y pretendemos generalizar su criterio, hemos de establecer jerarquía entre los remedios enumerados. El derecho a exigir el cumplimiento ha de anteponerse, normalmente, al derecho a pedir la resolución del contrato o la rebaja del precio. La razón está en el intento de conservar el contrato y dar al vendedor la oportunidad de subsanar su incumplimiento inicial.

En cuanto a la indemnización de daños, es una medida siempre posible y compatible con cualquier remedio. La Directiva 1999/44 CE no contiene previsiones sobre la acción de indemnización de daños, pero entiende que ésta existe en los Ordenamientos de los Estados europeos⁵⁴. La pretensión de indemnización debe reconocerse, también, en el caso de falta de conformidad; incluso en los casos en que la falta de conformidad inicial ha sido corregida, si la

⁵³ (1) Übernimmt der Verkäufer oder ein Dritter eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache oder dafür, dass die Sache für eine bestimmte Dauer eine bestimmte Beschaffenheit behält (Haltbarkeitsgarantie), so stehen dem Käufer im Garantiefall unbeschadet der gesetzlichen Ansprüche die Rechte aus der Garantie zu den in der Garantieerklärung und der einschlägigen Werbung angegebenen Bedingungen gegenüber demjenigen zu, der die Garantie eingeräumt hat.

(2) Soweit eine Haltbarkeitsgarantie übernommen worden ist, wird vermutet, dass ein während ihrer Geltungsdauer auftretender Sachmangel die Rechte aus der Garantie begründet.

⁵⁴ Art. 8 Directiva 1999/44 CE.–Derecho interno y protección mínima. «1. Los derechos conferidos por la presente Directiva se ejercerán sin perjuicio de otros derechos que pueda invocar el consumidor en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual. (...)»

corrección se produce con retraso y el retraso implica daño; o si la falta de conformidad inicial provocó ya algunos daños.

Pero la regulación de la indemnización de los daños provocados por el incumplimiento no tiene que hacerse en la compraventa, sino en las normas generales de las obligaciones. Creo, por ello, que sería deseable, como ya he apuntado, revisar las reglas de indemnización de daños en la responsabilidad contractual contenidas en el CC, intentando superar el criterio de la culpa y sustituirlo por el que se perfila en la CISG⁵⁵ y en los PECL⁵⁶.

10. *La pretensión de cumplimiento*

En la compraventa, en caso de falta de conformidad, la pretensión de cumplimiento puede quedar satisfecha mediante la reparación de la cosa o su sustitución por otra conforme. La regulación de esta materia exige tomar una decisión acerca de si es al comprador o al vendedor a quien corresponde elegir entre una u otra medida.

La Directiva atribuye al comprador la facultad de elegir entre la reparación o la sustitución. Aunque el texto del artículo 3.2 no lo

⁵⁵ Artículo 74 CISG.—«*La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esta indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.*»

Artículo 77 CISG.—«*La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.*»

Artículo 79 CISG.—«*1. Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias. 2. Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad: a) Si está exonerada conforme al párrafo precedente. b) Si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo. 3. La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento. 4. La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción. 5. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.*»

⁵⁶ PECL Capítulo 9, Sección 5.

exprese de modo totalmente claro⁵⁷, sí aparece en el apartado 10 de la Exposición de Motivos⁵⁸. Al atribuir al comprador la facultad de elección, la Directiva tiene que establecer los límites de esta facultad⁵⁹.

La reforma del BGB ha seguido este mismo criterio. Ha sido determinante el propósito de unificar el régimen de todas las ventas. La solución del BGB, sin embargo, ha merecido críticas⁶⁰.

La CISG, aunque atribuye al comprador la elección entre la sustitución de la cosa o su reparación, limita el derecho de éste a pedir la sustitución a los casos en que la falta de conformidad implique un incumplimiento esencial, y excluye la petición de reparación en los casos en los que ésta no sea razonable⁶¹.

La reforma del CC debería seguir el criterio de la Directiva, a fin de unificar en este punto el régimen de la compraventa. La atribución al comprador de la facultad de elegir la medida de cumplimiento debe contrarrestarse con las siguientes reglas de protección del vendedor.

En primer lugar, el vendedor podrá oponerse a la medida de cumplimiento elegida por el comprador (reparación o sustitución) si es imposible ejecutarla o, en comparación con la otra medida, resulta desproporcionada. Se considerará desproporcionada toda

⁵⁷ «En primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, en ambos casos sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado.»

⁵⁸ «(10) Considerando que, en caso de que el producto no sea conforme al contrato, los consumidores deben tener derecho a que los bienes se conformen a él sin cargo alguno, pudiendo elegir entre su reparación y su sustitución o, en su defecto, obtener una reducción del precio o la resolución del contrato;»

⁵⁹ «Se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta:

- el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad,
- la relevancia de la falta de conformidad, y
- si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor.»

⁶⁰ Así, HAAS en Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, *Das neue Schuldrecht* (2002) pp. 200-201.

⁶¹ Artículo 46 CISG: 1. *El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia.*

2. *Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.*

3. *Si las mercaderías no fueron conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que no se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.*

medida de cumplimiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra medida de cumplimiento, no sean razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría la cosa si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la medida de cumplimiento alternativa se puede realizar sin inconvenientes mayores para el comprador.

La oposición justificada del vendedor a la medida de cumplimiento elegida por el comprador limita el derecho de éste a la medida alternativa. Pero también en este caso ha de reconocérsele al vendedor derecho para oponerse a la ejecución de la misma. La razón de la oposición no se encuentra ya en la comparación con la medida alternativa, porque ésta está descartada, sino en criterios razonables que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, habrá que concretar en cada caso.

11. Derecho a resolver el contrato o a obtener una rebaja del precio

La resolución del contrato y la reducción del precio se ofrecen en la Directiva como remedios subsidiarios del de la puesta de la cosa en conformidad. Me parece que este criterio, que favorece la conservación del contrato en los términos iniciales, debe trasladarse al CC.

La resolución o la rebaja del precio son remedios oportunos en los casos siguientes: 1) Si el vendedor no está obligado a ejecutar ninguna medida de cumplimiento. 2) Si la falta de conformidad no puede ser corregida por ninguna medida de cumplimiento, o si la ejecución de cualquiera de ellas ha de producir retrasos excesivos o inconvenientes mayores para el comprador. 3) Si el vendedor ha rehusado ejecutar la medida de cumplimiento oportuna, o es previsible que no la realizará con éxito. 4) Si el vendedor no ha ejecutado la medida de cumplimiento oportuna en un plazo razonable. Algunos de los supuestos que acabo de enumerar se encuentran en la Directiva⁶²; pero he añadido otros.

En los casos enumerados, el comprador podrá, de nuevo, elegir entre la resolución o la rebaja del precio. Pero, de acuerdo con la Directiva, no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia.

⁶² Art. 3.5 Directiva 1999/44 CE.—«*El consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato: –si no puede exigir ni la reparación ni la sustitución, o– si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en un plazo razonable, o –si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento sin mayores inconvenientes para el consumidor.*»

Procede, además, regular el remedio de la reducción del precio, porque hoy por hoy no se incluye entre los remedios generales del incumplimiento; una futura reforma de las reglas generales del incumplimiento debería contemplar este remedio, propio de las obligaciones sinalagmáticas y generalizable en ellas. No es necesario, en cambio, regular, en la compraventa, el régimen de la resolución, porque es más bien cometido de las reglas generales.

La reducción del precio será proporcional a la diferencia existente entre el valor que la cosa efectivamente entregada tenía en el momento de la entrega y el valor que habría tenido en ese momento una cosa conforme al contrato. Esta regla está inspirada en el artículo 50 CISG.

El derecho a la reducción del precio se ejercita mediante declaración del comprador dirigida al vendedor. Recibida la declaración de reducción del precio, el vendedor deberá restituir al comprador, de inmediato, el exceso de precio pagado por éste.

12. *Carga de denunciar la falta de conformidad*

En las condiciones en que se realizan muchas ventas es muy posible que el vendedor ignore la falta de conformidad de la cosa; esto no le exonera de responsabilidad. Por ello, es conveniente que el comprador, cumpliendo un deber de colaboración, ponga en conocimiento del vendedor, en ese caso, la falta de conformidad⁶³.

El deber de colaboración de los contratantes se articula en los PECL⁶⁴. En la CISG se concreta en un deber del comprador de examinar las mercaderías y de poner en conocimiento del vendedor la falta de conformidad, si al vendedor no le consta, ni debiera constarle. El incumplimiento de este deber lo sanciona con la pérdida del derecho a invocar la falta de conformidad⁶⁵. Sin embargo, la CISG admite que exista una excusa razonable para omitir la comunicación requerida. En tal caso permite al comprador ejercitar algunos remedios; básicamente, la indemnización, sin incluir el lucro cesante, y la reducción del precio. En cambio le priva de la resolución y de la acción de cumplimiento; le priva porque el ejercicio tardío de estos remedios puede afectar en mayor medida al vendedor⁶⁶.

⁶³ También, GARCÍA RUBIO, *La Ley*, núm. 5747 p. 4, col. 1.

⁶⁴ Article 1:202. *Duty to Co-operate.*—«Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract.»

⁶⁵ Artículo 39. 1. *El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto.*

⁶⁶ Artículo 44. «*No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 39 y en el párrafo 1 del artículo 43, el comprador podrá rebajar el precio conforme al artículo 50 o exigir la indemnización de los daños y perjuicios, excepto el lucro cesante, si bien aducir una excusa razonable por haber omitido la comunicación requerida.*»

La regulación de esta materia en la Directiva está influenciada por el propósito de proteger al comprador consumidor. La Exposición de Motivos admite que los Estados miembros impongan al consumidor el deber de denunciar al vendedor la falta de conformidad, en cuyo caso garantiza al consumidor un plazo mínimo de dos meses para practicar la denuncia; pero asimismo permite que los Estados no establezcan tal deber⁶⁷. La Ley 23/2003, de Garantías en las ventas de bienes de consumo, ha optado, finalmente, por imponer al comprador el deber de denunciar la falta de conformidad, en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella (art. 9.4 L 23/2003).

Con mayor razón me parece conveniente recoger en el CC la obligación de denuncia⁶⁸. Podría establecerse en estos términos: El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de la cosa si no se la comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto, salvo que el vendedor la conociese o no pudiera ignorarla.

No obstante lo dispuesto anteriormente, el comprador podrá rebajar el precio o exigir indemnización de los daños y perjuicios. Esta propuesta está inspirada en la CISG.

13. Prescripción

La regulación de los remedios por falta de conformidad de la cosa vendida debe contener una regla de prescripción. El plazo de ejercicio de las acciones de saneamiento por vicios ocultos (seis meses, a partir de la entrega de la cosa, art. 1490 CC) ha sido, en muchos casos, un plazo insuficiente para una efectiva protección del comprador. Y, por otra parte, el plazo general de las acciones del contrato (quince años, art. 1964) es, sin duda, excesivamente largo.

El plazo que se establezca, aunque se aplique a todos los remedios, debería establecer diferencia entre los bienes muebles y los

⁶⁷ Considerando que los Estados miembros deben poder establecer un plazo en el que el consumidor deba informar al vendedor acerca de cualquier falta de conformidad; que los Estados miembros podrán garantizar un mayor nivel de protección del consumidor renunciando a establecer dicha obligación; que en cualquier caso los consumidores de la Comunidad deben poder disponer de dos meses como mínimo para informar al vendedor de la existencia de una falta de conformidad

⁶⁸ También GARCÍA RUBIO, *La Ley*, núm. 5047, p. 4, col. 1. En contra, ORTI VALLEJO, salvo en las ventas entre profesionales, por no corresponder a nuestra tradición jurídica (*Los defectos de la cosa*, p. 116 ss.). GARCÍA RUBIO señala, con razón, que tampoco corresponde a nuestra tradición el nuevo sistema de exigencia de conformidad.

inmuebles. Por ejemplo, dos años para los bienes muebles y cinco para los inmuebles. La unificación del plazo crearía inconvenientes.

Algunos remedios, como la resolución o la reducción del precio, son derechos potestativos. Aunque los derechos potestativos no estén sometidos a la prescripción, podemos asimilar el régimen.

Además de la prescripción, se pueden utilizar otro tipo de plazos para limitar el ejercicio de los derechos del comprador. Los encontramos en la CISG, en la Directiva y en la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo. Conforme a la CISG el vendedor no responde de la falta de conformidad que no haya sido denunciada por el comprador dentro del plazo de dos años, contados desde que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador⁶⁹. La Directiva libera al vendedor de responsabilidad por la falta de conformidad que se manifieste después de dos años, a partir de la entrega⁷⁰. Y la Ley 23/2003, además del plazo de prescripción, que es de tres años contados desde la entrega del bien, establece un plazo de dos años, desde la entrega del bien, dentro del cual se ha de manifestar la falta de conformidad, para que el comprador pueda reclamar al vendedor por razón de ella (art. 9).

En la reforma del CC es suficiente utilizar sólo el plazo de prescripción. De alguna manera, el sistema de la CISG de poner límite temporal a la denuncia de la falta de conformidad, es una vía para cerrar las reclamaciones por falta de conformidad, transcurrido cierto tiempo, sin tener que incidir en la regulación de la prescripción.

El tiempo de prescripción se deberá computar a partir del momento en que la cosa se haya puesto efectivamente en poder del comprador. Es el criterio que sigue la solución de la CISG (art. 39.2). Se trata de un sistema objetivo de cómputo del plazo que ofrece seguridad al vendedor, a costa del comprador, cuyo interés está en que el plazo se compute desde que conoce la falta de conformidad de la cosa. Esa seguridad para el vendedor no está jus-

⁶⁹ Artículo 39 CISG. «1. *El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto.* 2. *En todo caso, el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor en un plazo máximo de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un período de garantía contractual.*»

⁷⁰ Art. 5.1 «*El vendedor deberá responder de conformidad con el artículo 3 cuando la falta de conformidad se manifieste dentro de un plazo de dos años a partir de la entrega del bien. Si, con arreglo a la legislación nacional, los derechos previstos en el apartado 2 del artículo 3 están sujetos a un plazo de prescripción, éste no podrá ser inferior a dos años desde la entrega del bien.*»

tificada si conoce la falta de conformidad de la cosa. En ese caso, el plazo debería computarse desde que el comprador conoce, o no puede ignorar, la falta de conformidad. En Derecho alemán se hace algo parecido, al aplicar en esos casos las reglas generales de prescripción [cfr. § 199 (1) BGB].

Si una ley especial prevé otros plazos (por ej. Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por los Daños causados por Productos Defectuosos) éstos deben ser respetados.

C. DERECHOS DE TERCERO

Aunque la Directiva no regula los problemas referentes a los que se han denominado vicios jurídicos (existencia de derechos de tercero sobre la cosa vendida) y su incorporación no hace necesario, por tanto, reformar el régimen del saneamiento por evicción o por cargas o gravámenes ocultos, creo que la reforma del saneamiento por vicios ocultos debería ir acompañada de una reforma de estas otras modalidades del saneamiento.

Existe cierto paralelismo entre el saneamiento por evicción, o por cargas y gravámenes, y el saneamiento por vicios. El saneamiento por evicción y por cargas significa, también, un sistema especial de «responsabilidad» del vendedor, distinto del general del incumplimiento. La particularidad estriba, conforme al Código civil, en lo que al régimen de la evicción se refiere, en que el vendedor no incumple ninguna obligación por el hecho de no haber transmitido al comprador la propiedad de la cosa, y, salvo dolo, no responde por ello; pero tiene que garantizar al comprador la posesión pacífica de la cosa vendida. Esta obligación de garantía le hace responder si, debidamente llamado al proceso, en el que un tercero reclama al comprador la cosa, no logra evitar que el comprador sea vencido en dicho proceso. Responde conforme al régimen especial del saneamiento por evicción, y no conforme al general de responsabilidad contractual.

Pero existen razones para suprimir este régimen especial de responsabilidad, así como el del saneamiento por cargas o gravámenes ocultos, y englobarlos en el sistema general de incumplimiento, conforme al modelo de la CISG.

La protección que ofrece al comprador el sistema de la evicción no es una protección adecuada, porque le obliga a soportar un proceso, en el que va a producirse la pérdida de la cosa, para poder reclamar al vendedor; y, salvo que medie dolo del vendedor (así en

el Derecho histórico), no puede anticiparse a resolver el contrato. Además, esa reclamación, salvo dolo del vendedor, cubre limitadamente los daños sufridos por el comprador.

Existe, además, una razón más fuerte para realizar la reforma del saneamiento por evicción, y por cargas y gravámenes ocultos. En la práctica, el saneamiento por evicción se aplica escasamente por los Tribunales.

Por ello propongo la reforma de los artículos 1474 a 1483 y su sustitución por otros preceptos.

1. *Delimitación del supuesto*

El vendedor debe entregar la cosa libre de derechos de tercero, tal como resulta de la nueva redacción propuesta para el artículo 1445. Pero la aplicación de esta regla no está exenta de dificultades; en el articulado del Código se ha de concretar bajo qué condiciones puede el comprador ejercitar los correspondientes derechos contra el vendedor, fundados en el incumplimiento de esta obligación. Y me parece que debe bastar el hecho de que un tercero se encuentre en condiciones de hacer valer contra el comprador un derecho relativo a la cosa, no previsto en el contrato.

Ésta es la fórmula que utiliza el § 435 BGB. Es suficientemente flexible. Permitir incluir en ella tanto los derechos reales como los personales (arrendamiento); los que determinen la falta de adquisición del dominio por el comprador (la propiedad no pertenece al vendedor, sino a un tercero), como la transmisión de una titularidad gravada o limitada por algún derecho; los relacionados con la propiedad intelectual e industrial. La fórmula utilizada permite, por otra parte, que el comprador reclame al vendedor, sin necesidad de esperar a que el tercero ejerza efectivamente el derecho y sin tener que probar de modo inequívoco la existencia del mismo: basta que el tercero esté en condiciones de hacerlo valer. Y, a diferencia de la fórmula utilizada por la CISG, que impone al vendedor entregar la cosa libre de derechos y pretensiones de tercero⁷¹, evita someter al vendedor al riesgo de que un tercero ejerza contra el comprador pretensiones carentes de suficiente fundamento.

⁷¹ Artículo 42 CISG. «*1. El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual que conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato, siempre que los derechos o pretensiones se basen en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual: a) En virtud de la Ley del Estado en que hayan de revenderse o utilizarse las mercaderías, si las partes hubieren previsto en el momento de la celebración del contrato que las mercaderías se revenderían o utilizarían en ese Estado; o b) En cualquier otro caso, en virtud de la Ley del Estado en*

2. Remedios del comprador

El Código civil también debe enumerar los remedios de que dispone el comprador en los casos en que existan derechos de tercero.

Los remedios utilizables son, ciertamente, los remedios generales, adaptados a las peculiaridades de esta manifestación del incumplimiento. Para evitar repeticiones se puede optar por una remisión al artículo que enumera los remedios por falta de conformidad.

El orden de utilización de los remedios en caso de existencia de derechos de tercero no ha de ser el mismo que el que, en consideración a la Directiva, hayamos adoptado para la falta de conformidad; es decir, primero el cumplimiento *in natura*, después la resolución o rebaja del precio. Hay una razón: el vendedor, con su sola voluntad, no ha de estar, normalmente, en condiciones de hacer propietario al comprador o liberar a la cosa del derecho ajeno; ni tampoco, de sustituir el objeto por otro.

El derecho del comprador a elegir el remedio que más le convenga ha de tener, sin embargo, algunas restricciones, en interés del vendedor:

Primera.—El vendedor puede oponerse a liberar la cosa del derecho de tercero o a la sustitución de ésta, cuando no esté a su alcance hacerlo o no resulte razonable, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

Segunda.—El vendedor podrá impedir la resolución del contrato o la reducción del precio si, tras la notificación del comprador, en un tiempo razonable y sin costes ni inconvenientes para el comprador, subsana el defectuoso cumplimiento en la transmisión. Sin embargo, el vendedor no podrá impedir la resolución si el incumplimiento es esencial.

3. La llamada en garantía

Aunque haya cambiado el sistema de la evicción y ya no sea necesario que ésta se produzca para que el comprador pueda ejercitarse, frente al vendedor, los remedios fundados en la existencia de derechos de tercero, no deja de ser conveniente imponer al vendedor, como obligación derivada del contrato de compraventa, la obli-

que el comprador tenga su establecimiento. 2. La obligación del vendedor conforme al párrafo precedente no se extenderá a los casos en que: a) En el momento de la celebración del contrato, el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o de la pretensión; o b) El derecho a la pretensión resulte de haberse ajustado el vendedor a fórmulas, diseños y dibujos técnicos o a otras especificaciones análogas proporcionados por el comprador.»

gación de defender al comprador en los procesos que contra él puedan promover los terceros, relacionados con derechos sobre la cosa.

Cuando un tercero promueva contra el comprador una acción dirigida a la evicción o al reconocimiento de un derecho que no debería afectar a la cosa, el vendedor está obligado a entrar en la causa para defender el interés del comprador, si éste lo requiere.

4. *Obligación de denuncia*

Me he referido a la obligación de denuncia en la falta de conformidad. Tal obligación debe extenderse a los casos de existencia de derechos de tercero ignorados por el vendedor.

5. *Prescripción*

El CC no regula, actualmente, la duración de la garantía por evicción. Sin duda porque el vendedor debe prestar esta garantía al comprador hasta que éste adquiera la cosa, por la protección del Registro de la Propiedad o por usucapición ordinaria (pues siendo el comprador de mala fe es dudoso que pueda exigir al vendedor la garantía).

En el nuevo sistema, a pesar de que queden tratados del mismo modo tanto el caso en el que la propiedad pertenece a tercero, como aquél en el que existen derechos diferentes sobre la cosa, conviene diferenciar, a efectos de prescripción, entre uno y otro supuesto. Cuando la propiedad de la cosa vendida pertenece a un tercero hemos de ofrecer al comprador de buena fe la máxima protección. Sus derechos y acciones contra el vendedor no deben extinguirse por prescripción hasta que no haya pasado el tiempo necesario para adquirir por usucapición. En los demás casos, el plazo puede ser inferior: por ejemplo, tres años computados a partir de la entrega; salvo que el vendedor sea de mala fe, en cuyo caso, al igual que propongo para la falta de conformidad, el cómputo podría hacerse desde que el comprador tenga conocimiento de la existencia del derecho o no pueda ignorarla.

VIII. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA

Si se produce una reforma del Código civil como la propuesta, que generalice, en buena medida, las normas de la Directiva,

pierde sentido mantener, para las ventas a consumidores, la Ley 23/2003. Esa ley debería ser derogada; y aquellas reglas contenidas en ella que no hayan sido generalizadas y que justifiquen su subsistencia por la especialidad de la materia, deberían ser trasladadas, bien al propio Código civil, como especialidad de las ventas de consumo, bien a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Considero preferible la primera solución.

BIBLIOGRAFÍA

- AVILÉS GARCÍA: «Las garantías en la venta de bienes y el principio de conformidad del contrato: situación actual y perspectivas», en *RCDI*, 2000, pp. 2727 ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Transposición de la directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo», *Estudios sobre consumo*, año XV, núm. 52, 2000, pp. 125 a 146.
- CASTILLA BAREA, Margarita: «La determinación de la «falta de conformidad» del bien en el contrato a tenor del artículo 3.1 del Proyecto de Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo, *Aranzadi Civil*, enero 2003, num. 17, pp. 16 a 39; num. 18, pp. 15 a 46.
- CILLERO DE CABO, Patricia: «Consideraciones en torno a la armonización europea en materia de venta y garantías de bienes de consumo y su futura incorporación al ordenamiento jurídico español», *Estudios sobre Consumo*, 57, 2000, pp 147 ss.
- CORRAL GARCÍA: «La directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: un nuevo régimen del saneamiento en la compraventa de bienes muebles», *Revista de Derecho Patrimonial*, año III, 2000, núm. 5, pp. 521 ss.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 5.^a ed., Madrid, 1995
- FENOY PICÓN, Nieves: «Comentario a disposición adicional primera, de la Ley 7/1998, de 13 de abril, Sobre Condiciones Generales de la Contratación», en MENÉNDEZ / DÍEZ-PICAZO / ALFARO: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid 2002, pp. 1101 a 1150.
- *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid, 1996
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de garantías en la venta de bienes de consumo», *La Ley*, num. 5747, 26 marzo 2003, pp. 1 a 6.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la ventas y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica, *Indret* (www.indret.com), octubre 2001.
- GRUNDMANN / MEDICUS / ROLLAND: *Europäisches Kaufgewährleistungrecht: Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2000.
- HAAS / MEDICUS / ROLLAND / SCHÄFER / WENDTLAND: *Das neue Schuldrecht*, München, 2002.

- JORDA CAPITÁN, Eva: «La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Consideraciones sobre su repercusión en los régimenes de garantía legal y garantía comercial en el ordenamiento jurídico español», *CDC*, 31, abril de 2000, pp. 127 ss.
- KOHTE / MICKLITZ / ROTT / TONNER / WILLINGMANN: *Das neue Schuldrecht-Kommentar*, München, 2002.
- LETE ACHIRICA, Javier: «La directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, de 25 de mayo de 1999, y su transposición en el Derecho español», *Actualidad Civil*, núm. 42, 15 a 21 de noviembre de 1999, pp. 1365 ss.
- LLÁCER MATACAS, María Rosa: «Dret civil europeu i Dret de consum: entorn a la configuració de l'objecte contractual», *Comunicación presentada en las 12 Jornadas de Derecho Catalán en Tossa de Mar*, septiembre de 2002.
- «La responsabilidad del vendedor de cosa defectuosa: la transposición de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», *Carta Mercantil*, núm. 26, julio 2001, pp. 1 ss.
- MARCO MOLINA, Juana: «La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», *RCDI*, num 674 (2002) pp. 2275 a 2346.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Bases pour une réglementation du contrat de vente dans un futur code européen des obligations», *Boletim da Facultade de Direito, Studia Iuridica* 64, colloquia-8, pp. 245.
- «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una propuesta de Directiva)», *ADC* 1999, pp. 265 ss.
- «Comentario a los artículos 35 a 40», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*. Civitas, Madrid 1998, pp. 286 ss.
- «El “propósito práctico” y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)», *ADC* 1983, pp. 1529 a 1546
- MORENO TORRES HERRERA, María Luisa: «Los plazos de ejercicio de los derechos del consumidor ante la falta de conformidad con el contrato de la Directiva 1999/44/CE y su transposición a los ordenamientos: un caso de desarmonización», *La Ley*, núm. 5655, 14 noviembre 2002.
- ORTI VALLEJO, Antonio: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Granada 2002.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC* 1993, pp. 1719 a 1745.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «Comentario del artículo 12 LOCM», *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, coordinados por Rodrigo Bercovitz / Jesús Leguina, Madrid 1997, pp. 198 ss.
- SÁNCHEZ MIGUEL, María Candelas: «Las garantías de los consumidores en las compraventas transfronterizas», en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, vol. II, 1998, pp. 1125 ss.
- SANZ VALENTÍN, Luis Antonio: «La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», *Actualidad Civil* 1991-3, pp. 1073 ss.

- VERDA Y BEAMONTE: «Algunas reflexiones sobre la incidencia de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en el Derecho Civil español», en *Noticias de la Unión Europea*, núms. 211 y 212, agosto-septiembre 2002, pp. 135 ss.
- «El régimen de conformidad y garantía en los productos y servicios», en *Derecho de Consumo*, coordinado por REYES LÓPEZ, Valencia 2002, pp. 445 ss.

Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil*

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el ordenamiento jurídico español se reconoce, como efecto económico de la ruptura matrimonial, una pensión compensatoria que encuentra su fundamento en el desequilibrio generado por la separación o el divorcio (y, en el caso catalán, también por la nulidad, para el cónyuge de buena fe) (*cf. art. 97 Código Civil y 84 Código de Familia de Cataluña*). Esta pensión, en general, no se considera de naturaleza alimenticia ya que no se basa en el binomio necesidad/posibilidad, sino en el desequilibrio patrimonial producido a uno de los esposos o ex esposos por la separación o el divorcio¹.

Los tribunales españoles exigen su petición en el proceso², de suerte que la resolución judicial que la otorgue de oficio incurrirá en incongruencia³. Asimismo, vienen destacando desde antaño el carácter renunciable de la pensión si bien para la validez de esta

* Este trabajo constituye una reelaboración en español de la Ponencia «Precautionary agreements on the economic consequences of matrimonial crisis: are they lawful under Spanish Law», presentada en la European Regional Conference de la International Society of Family Law (ISFL), celebrada en Tossa de Mar, Girona, los días 9-10 de octubre de 2003 rubricada «The role of Self-Determination in the Modernisation of Family Law in Europe».

¹ Sobre el concepto, naturaleza y caracteres de la mencionada pensión, M. P. GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Cívitas, Madrid, 1995, pp. 140 ss.

² Entre las últimas SAP de Madrid de 15 de enero de 2003, *JUR* 2003/83371.

³ Entre otras SAP Salamanca de 7 de febrero de 1995, *AC*, 1995/268 y SAP de Jaen, de 26 de abril de 2002, *AC* 2002/1497. No obstante, el ATC de 28 de enero de 1987 (*Jur. Const.*, t. XVII, pp. 764-767), no admitió a trámite el recurso de amparo interpuesto por quien lo solicitó, al habersele concedido a la esposa, sin pedirlo ella, la pensión compensatoria.

renuncia se ha venido exigiendo, con alcance muy generalizado, que sea posterior a la iniciación del procedimiento judicial de separación o divorcio. En efecto, a diferencia de lo que se constata en otros ordenamientos tanto del *common law*⁴, como de algunos países europeos⁵, los tribunales españoles, al igual que sucede en algunos ordenamientos de nuestro entorno⁶, acostumbran a negar la validez de los acuerdos en los que con carácter prenupcial o antes de la aparición de la crisis matrimonial se limitan, restringen o renuncian los eventuales derechos que puedan nacer del matrimonio.

⁴ El ejemplo típico es EE.UU., de donde proceden muchas de las noticias publicadas en los medios de comunicación sobre pactos celebrados por personajes públicos que, antes de contraer matrimonio, anticipan las consecuencias económicas de un eventual divorcio, renunciando, a veces a cambio de otros beneficios, a reclamar las pensiones previstas en la ley. La reglamentación de este tipo de pactos («premarital agreement») está prevista en la *Uniform Premarital Agreement Act*, aprobada en 1983 y que da un amplio margen a la autonomía de la voluntad de los futuros esposos (*vid.* los comentarios a la misma que pueden encontrarse, junto con su texto en <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ffuict99/1980supaa83.pdf>), la cual ha sido adoptada por veintisiete Estados (una relación de los mismos puede verse en <http://www.med-lawplus.com/legalforms/instruc/statedlaw.tpl>). También alude a este tipo de acuerdos el *Uniform Probate Code*, de 1993 y la *Uniform Marital Property Act* de 1983. Más recientes y de gran interés son asimismo los *Principles of the Law of Family Dissolution*, aprobados en mayo de 2000 por el *American Law Institute* (ALI), cuyo capítulo siete en su primer apartado se refiere, precisamente, a los «*Premarital and marital agreements*». Un estudio de los mencionados Principios puede consultarse en *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vol. 8, spring-summer 2001, donde se contienen, entre otros trabajos el del propio ALI, «*Principles of the Law of Family Dissolution: analysis and recommendations*», pp. 1-84; específicamente sobre los «*premarital agreements*», B. H. BIX, «*Premarital agreements in the ALI Principles of Family dissolution*», *ibid.*, pp. 231-244. Un extenso elenco de referencias doctrinales a los «*premarital agreements*» en Derecho estadounidense puede verse en J. H. DIFONZO, «*Customized Marriage*», *Indiana Law Review*, 75, 2000, pp. 875-962, nota 352. En la Ponencia de la Conferencia de la ISFL citada en la nota inicial de este trabajo presentada por R. L. LEVY, «*Pre-Nuptial Contracts: the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution*», el autor puso de relieve las mayores cautelas a favor del contratante débil de los Principios ALI en relación con la *Uniform Premarital Agreement Act*.

⁵ El caso paradigmático es Alemania: en el § 1585 c) del BGB se admite explícitamente la posibilidad de que los cónyuges puedan celebrar acuerdos sobre su deber de alimentos para el tiempo posterior a su divorcio, lo que conlleva también la posibilidad de la renuncia a la pensión *post divorcio* («*Versorgungsausgleich*»). En ningún momento se prohíbe que dicha renuncia sea previa al surgimiento de la crisis; es más, en el § 1408.2 del propio BGB se contempla la posibilidad de que en el contrato matrimonial donde regulan sus relaciones económicas («*Ehevertrag*») los cónyuges pacten acuerdos sobre la *Versorgungsausgleich*. Estos acuerdos contenidos en el *Ehevertrag* serán inválidos si en el plazo de un año desde la celebración del acuerdo se produce el divorcio de la pareja (puede consultarse sobre estos pactos, D. SCHWAB, *Familienrecht*, 8 Auf., C. H. BECK, Múnchen, 1995, pp. 193-194).

⁶ En el Derecho inglés, según el principio extraído del caso *Hyman v. Hyman* (1929) es materia de orden público que las partes no pueden prescindir de los tribunales para establecer las causas y consecuencias de su futuro divorcio (*vid.* *Rayden & Jackson's: Law and Practice in Divorce and Family Matters*, vol. I, Butterworths, London, 1997, p. 581). Por su parte, en Italia existe una concepción generalizada y a priorística que niega la validez de cualquier pacto que aspire a disciplinar las consecuencias económicas del divorcio, según E. BARGELLI, «*Limits dell'autonomia privata nella crisi coniugale (a propósito de una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*», *Riv. dir. civ.*, 2003, Parte II, pp. 57-72, espec. p. 66; en especial sobre la indisponibilidad preventiva del *assegno di mantenimento*, entre otras, la sentencia de Cass. de 4 de junio de 1992, núm. 6857, *Gir. it.*, 1993, I, l.c 338-354, con nota de E. DALMOTTO «*Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*».

nio o de su ruptura⁷. A nuestro juicio, esa línea jurisprudencial, de la que ya se apartan algunas decisiones hasta ahora tímidas y no muy abundantes de alguna Audiencia Provincial, no es conforme con un sistema que trata de dar valor prioritario a la voluntad de los esposos para resolver sus crisis y no se cohonesta bien con los intereses en juego.

Trataremos de analizar aquí el presente y el futuro de estos pactos «preventivos» en el sistema del Código Civil español cuando su contenido supone en concreto la renuncia anticipada a la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 CC. Pondremos especial énfasis en las razones que a nuestro juicio avalan su licitud, en las decisiones jurisprudenciales que, muy tímidamente, parecen darles cabida y en los límites que, respecto a su formación, contenido y alcance, impone nuestro Derecho a la autonomía de la voluntad. Con carácter previo situaremos el problema en su marco conceptual de referencia, dando también algunas pinceladas al estado de la cuestión en otros ordenamientos.

2. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LOS PACTOS PREVENTIVOS

El objeto de nuestra actual preocupación es lo que podemos convencionalmente llamar «acuerdos preventivos de la crisis matrimonial». Se tratará habitualmente de acuerdos celebrados entre los futuros cónyuges antes de la celebración del matrimonio, donde se contemplan las consecuencias económicas de una posible disolución del vínculo matrimonial. También es posible que dichos pactos se produzcan después de celebrado el matrimonio, siempre y cuando no lo hagan una vez abierta la crisis matrimonial y precisamente para dar salida a ésta, en cuyo caso se pierde ese carácter preventivo en el que queremos insistir.

Ha de tratarse pues, en todo caso, de acuerdos *pro futuro* o de carácter prospectivo. Por un lado, se diferencian así de los pactos

⁷ *Vide* las sentencias de Audiencias citadas en *Alimentos entre cónyuges, op. cit.*, p. 152, nota 349. Con posterioridad a ellas, SAP Asturias de 12 de diciembre de 2000, *JUR* 2000/151, donde se plantea la validez o nulidad de una renuncia a la pensión compensatoria realizada recíprocamente por los dos cónyuges en unas capitulaciones matrimoniales celebradas años antes de la demanda de separación; la Audiencia estima que se trata de una renuncia a un futuro, hipotético e incierto derecho, que sólo nace temporalmente en el momento de la separación y la considera nula de pleno derecho sobre la base de que no se puede renunciar a un derecho que todavía no ha nacido, por lo que procede a examinar si se dan o no los requisitos para otorgar a la esposa la pensión del artículo 97 del CC, que finalmente concede.

celebrados por los convivientes de hecho que, sin estar casados, tratan de autorregular sus derechos e intereses en el seno de la pareja e incluso de prever las posibles consecuencias de su ruptura. La validez de estos pactos entre convivientes es hoy reconocida de modo unánime por la jurisprudencia y ha sido sancionada en las numerosas leyes autonómicas relativas a las parejas de hecho⁸. Por otra parte, los pactos preventivos se diferencian de los acuerdos de separación o divorcio celebrados precisamente para dar cauce a la autonomía de la voluntad, una vez surgida la crisis y producida la ruptura, acuerdos destinados a normativizar sus consecuencias y cuya expresión paradigmática es el llamado «convenio regulador» mencionado en los artículos 90, 91 y 97 CC⁹; no obstante también puede tratarse de simples acuerdos privados que no se han presentado en el correspondiente proceso matrimonial de mutuo acuerdo y, por consiguiente, no han sido sometidos a la homologación o aprobación judicial¹⁰.

⁸ Ley 10/1998, de 15 de julio, de Cataluña, sobre Uniones Estables de Pareja; Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Aragón, sobre Parejas Estables no Casadas; Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las Parejas Estables; Ley 1/2001 de 6 de abril, de la Comunidad Valenciana, por la que se regulan las Uniones de Hecho; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de las Islas Baleares, de Parejas Estables; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, sobre Uniones de Hecho; Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Asturias, de Parejas Estables; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Andalucía, de Parejas de Hecho; Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Canarias de Parejas de Hecho; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Extremadura, sobre Parejas de Hecho; Ley 2/2003, de 7 de mayo, del País Vasco, reguladora de las Parejas de Hecho.

⁹ Sobre la naturaleza y características del convenio regulador, la bibliografía es ingente. Entre lo más reciente cabe citar J. MONTERO AROCA, *El convenio regulador en la separación y en el divorcio (La aplicación práctica del artículo 90 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; A. NIETO ALONSO, «El convenio regulador como elemento imprescindible de la separación y el divorcio consensuales. Las cuestiones más polémicas», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 17, 2002, pp. 17-51.

¹⁰ El tema de la eficacia jurídica de los acuerdos celebrados por los esposos, que no han sido presentados en el proceso matrimonial para su homologación judicial o no han sido ratificados por uno de los cónyuges en dicho proceso, controvertido en la doctrina y en los tribunales menores, parece definitivamente resuelto por el Tribunal Supremo tras las SSTS de 22 de abril de 1997 (*RJA*, 1997/3252) y 21 de diciembre de 1998 (*RJA* 1998/9649). En la primera de ellas, a juicio del Ponente, deben distinguirse tres supuestos: en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, que es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente, que queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, que tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico. En el proceso judicial ordinario se ventilaba la validez de uno de los acuerdos celebrados entre los esposos y que no fue presentado en el procedimiento de separación por el que se pactaba la distribución de los bienes de los cónyuges en régimen de separación de bienes (por cierto, otro de los acuerdos contenía la renuncia a la pensión compensatoria, pero éste no fue objeto de discusión). El mencionado acuerdo fue considerado por el Tribunal Supremo como «válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado... No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico». En la segunda de las sentencias citadas se hace una declaración

Estos pactos preventivos de la crisis, perfectamente conocidos en otros sistemas jurídicos, han sido consagrados legislativamente por vez primera en el ordenamiento jurídico español en el artículo 15 del Código de Familia de Cataluña, que en su párrafo primero señala que:

«en los capítulos matrimoniales puede determinarse el régimen económico matrimonial convenir heredamientos, realizar donaciones y establecer las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial»¹¹.

Desde un punto de vista funcional, este tipo de acuerdos presentan, cuando menos, dos aspectos positivos. De un lado, permiten a las partes iniciar el matrimonio y la vida familiar pensando de forma

general interesante para el objeto central de nuestro estudio, al señalar que «la Ley de 7 de julio de 1981 ha supuesto un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, *cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges*» (la cursiva es nuestra); si bien es cierto que en el caso concreto se trataba de acuerdos celebrados para completar lo pactado en un convenio regulador y no de lo que nosotros hemos denominado «acuerdos preventivos»; al respecto de los acordados la sentencia afirma «los convenios así establecidos tienen una carácter contractualista, por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el artículo 1261», añadiendo a continuación «ello no impide que, al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio» «... tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez».

¹¹ J. EGEA FERNÁNDEZ, en trabajo inédito de próxima publicación en el Libro Homenaje al Pr. Dr. D. Luis Díez-Picazo, titulado *Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial*, al que he tenido acceso merced a la amabilidad del autor, pone de relieve que en el mencionado precepto catalán no se disciplina una específica regulación de tales pactos, lo que significa que continúan abiertos prácticamente a los mismos interrogantes existentes antes de su aparición. J. EGEA señala también que para el Derecho catalán, la admisibilidad de los pactos en previsión de ruptura matrimonial y, dentro de ellos, los de renuncia a los derechos derivados de ésta, se ha visto reforzada con la aprobación del Código Civil de Cataluña, cuyo artículo 111.6 establece el principio de libertad civil; esto es, fija la presunción de que sus normas son, en principio, de naturaleza dispositiva y, por consiguiente «[...] pueden ser objeto de exclusión voluntaria, de renuncia o de pacto en contra, salvo que expresamente establezcan su imperatividad o que ésta se deduzca necesariamente de su contenido. La exclusión, la renuncia o el pacto no son oponibles a terceros si pueden resultar perjudicados». Debe recordarse que la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, por la que se aprueba la Primera Ley del Código Civil de Cataluña en la que se incluye el precepto transcrita, ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad (núm. 2099-2003), promovido por el presidente del Gobierno, y que afecta a la integridad de su articulado. Por su parte, J. J. LÓPEZ BURNIOL, en relación con el citado artículo 15 del Código de Familia de Cataluña, señala que si en el eventual proceso de divorcio o separación las partes no ratifican de común acuerdo las estipulaciones hechas en el pacto prematrimonial, éste no tendrá el valor de convenio regulador, lo que es evidente; pero añade el autor citado que esto no les priva de todo valor, puesto que el juez en un posterior proceso contencioso ha de tenerlos muy en cuenta en virtud del respeto a los actos propios y a la fuerza vinculante de los contratos otorgados de buena fe (*Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, J. EGEA I FERNÁNDEZ/J. FERRER I RIBA, dir., Tecnos, Madrid, 2000, p. 160).

realista en la relación, anticipando sus contingencias y planeándolas, lo que les ayuda a tomar mejores decisiones, incluida la de casarse o no. De otro, abren a las partes la posibilidad de regular su relación matrimonial y posmatrimonial de acuerdo con sus mutuas aspiraciones, intereses y valores, de suerte que les permite ponderar todos ellos para adaptarlos a su particular situación de manera mucho más singularizada de lo que pueda hacerlo la ley, constreñida en este punto por su carácter de generalidad. Esta última razón hace especialmente indicados este tipo de acuerdos en las que se ha dado en llamar «familias reconstituidas», donde la existencia de hijos que no son comunes y de patrimonios conyugales previos de cierta entidad constituyen notables factores de singularización que, hasta el presente, han sido escasamente tenido en cuenta por el legislador.

Desde el punto de vista contrario, los detractores de estos acuerdos ponen el acento en la probable desigualdad económica, e incluso psicológica, de la que pueden partir las partes a la hora de celebrar un contrato prematrimonial. El caso tópico sería el de un hombre de fortuna que desea contraer matrimonio con una mujer de escasos recursos económicos y quiere asegurarse de que ésta no se casa con él por dinero, para lo cual le «impone» la firma de acuerdos en los que, además de pactar el régimen de separación de bienes¹², la futura esposa renuncia a todos cuantos derechos económicos pudieran corresponderle a la disolución, por muerte o por divorcio, del matrimonio. Precisamente para tratar de paliar estos «vicios» en el proceso que conduce a otorgar el consentimiento matrimonial¹³, los ordenamientos donde se admiten los acuerdos prematrimoniales relativos a derechos económicos ponen algunos condicionamientos a su validez, cuidando muy especialmente el período precontractual¹⁴.

3. LOS ACUERDOS PREVENTIVOS DE RENUNCIA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Cabe señalar, en el marco conceptual que se acaba de referir, que un contenido clásico de los citados «acuerdos preventivos»

¹² En aquellos sistemas, como el del Código civil español, en los que este régimen no es el régimen legal supletorio de primer grado.

¹³ Que incluso en nuestro Derecho podrían llegar a viciar este consentimiento.

¹⁴ Tal es el caso de los *ALI Principles*, cuya Section 7.04, entre los requisitos de formación del acuerdo, exige que el mismo se celebre al menos treinta días antes de la boda (B. H. BIX, *loc. cit.* p. 236). Por su parte, conforme al § 1408.2 del BGB, los acuerdos de renuncia a la *Versorgungsausgleich* son inválidos si en el plazo de un año después de celebrados se produce el divorcio.

de la crisis matrimonial es el relativo a los derechos patrimoniales que, al margen de los derivados de la liquidación del correspondiente régimen económico matrimonial, pudieran corresponder *ex lege* a los cónyuges o *ex cónyuges*, lo que, en el ámbito del Código civil, nos conduce de modo principal a la pensión compensatoria prevista en el artículo 97¹⁵.

Se trataría entonces de analizar la virtualidad de los pactos suscritos por los cónyuges o por los futuros cónyuges en los que, en previsión de un eventual supuesto de separación o divorcio, acuerdan renunciar a la pensión que pudiera surgir en su día en atención al desequilibrio económico derivado de la ruptura matrimonial. Esta renuncia puede ser tanto gratuita, esto es, a cambio de nada, como onerosa, es decir, a cambio de otros bienes o derechos de índole patrimonial que nada tienen que ver con el supuesto desequilibrio; por ejemplo, a cambio de una determinada cantidad por cada año de matrimonio, o a cambio de la atribución de determinado bien del otro cónyuge.

Aunque, como ya hemos dicho, ni están previstos en el Código civil, ni existe en Derecho español una tradición de celebración de este tipo de acuerdos preventivos de las crisis matrimoniales, o al menos no existe tradición de que los mismos lleguen a conocimiento de los tribunales, su posibilidad teórica en el marco de referencia del Código civil es, en principio, incontrovertible. Nada se opone a nuestro entender a que un acuerdo de esta naturaleza se contenga en las capitulaciones matrimoniales celebradas antes o durante el matrimonio¹⁶. Así se reconoce en el artículo 1325 del Código civil cuando dice que:

«En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo.»

¹⁵ En la Sección 3 de la *Uniform Premarital Agreement Act*, relativa al contenido de este tipo de pactos, se recoge explícitamente, como uno de los posibles «the modification or elimination of spousal support», aunque no en todos los Estados se admite que los *premarital agreements* se refieran a este asunto; el caso paradigmático es el de California, que ha adoptado la mencionada ley uniforme, pero omitiendo la referencia a que los acuerdos prematrimoniales puedan afectar a las pensiones posdivorcio; en este Estado en el caso *Pendleton v. Fineman*, S.Ct. Cali, de 21 de agosto de 2000, la Corte Suprema de California mantiene que la validez de la renuncia a la pensión en los acuerdos prenupciales ha sido dejada por el legislador al arbitrio de los tribunales y que tales acuerdos no son necesariamente nulos por contrariar el orden público; en la práctica, la mayor parte de las renuncias son válidas en California, si bien existe un fuerte control de los tribunales para asegurar que una de las partes no se aproveche de la otra (puede consultarse, sobre el tema, <http://www.medlawplus.com/legalforms/instruct/purpose-prenup.tpl>).

¹⁶ La posibilidad de que las capitulaciones matrimoniales contengan previsiones para el caso de separación o divorcio es admitida por J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil. IV. Familia*; nueva edición revisada y puesta al día por J. RAMS ALBESA, Dykin-

Esta última mención, sin lugar a dudas, permite acuerdos relativos a la futura y eventual pensión compensatoria. Ahora bien, el acuerdo al que hacemos referencia formaría parte, siguiendo a Lacruz, del *instrumentum nupcial*, pero no del *negotium*, al no tratarse de un convenio directamente relativo al régimen económico matrimonial¹⁷. De lo que se puede deducir, a su vez, que un pacto relativo a la pensión compensatoria en previsión de una eventual ruptura del matrimonio no tiene necesariamente que constar en capítulos matrimoniales, ni siquiera en escritura pública, rigiéndose en el tema de la forma, como en otras cuestiones que después abordaremos, por las reglas generales de los negocios jurídicos que, en este punto, nos conducen a la libertad de forma¹⁸. No obstante, tanto la mayor relevancia probatoria, como la posibilidad, en su caso, de acceso directo al Registro de la Propiedad, aconsejarían su celebración en escritura pública.

Entramos ya en el contenido de los acuerdos preventivos centrandonos en las cláusulas relativas a la renuncia gratuita u onerosa a una hipotética pensión compensatoria del desequilibrio económico generado por la separación o divorcio. El juicio acerca de su validez ha de partir de los caracteres de la mencionada pensión. Entre ellos, y con alguna discrepancia doctrinal cada vez más minoritaria¹⁹, queremos destacar su naturaleza dispositiva, y por ello renunciable, tal y como reconocen los autores²⁰ y los tribuna-

son, Madrid, 2002, p. 145, si bien se está refiriendo en concreto a lo que llama estipulaciones capitulares o determinaciones hipotéticas concernientes al régimen económico matrimonial. En el caso del ordenamiento jurídico navarro, la Ley 80 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra incluye expresamente como contenido posible de las capitulaciones matrimoniales «las renuncias de derechos».

¹⁷ J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 148.

¹⁸ En el Derecho catalán, J. EGEA FERNÁNDEZ, en el trabajo ya citado estima que, al regularlos en sede de capitulaciones matrimoniales, se está previendo, implícitamente, que deben constar en documento público.

¹⁹ Representativa de la cual es G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo, dir.), t. II, artículos 42-107, Edersa, Madrid, 1982, quien al analizar el artículo 97 del Código civil, en concreto en el punto referido a «los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges», considera el carácter necesario de la pensión y, por tanto, su no renunciabilidad previa, pues se estaría en presencia de un acuerdo gravemente perjudicial para uno de los cónyuges que impediría su homologación conforme al artículo 90. Esta circunstancia primera, añade, sólo puede entenderse referida... a la cuantía, forma de pago, garantías de efectividad, índice de actualización, etc., pero no en cuanto a la existencia del derecho en sí mismo, que establece con carácter de *ius cogens* el artículo 97, párrafo I». Como se verá a continuación, tal criterio, alineado con una concepción paternalista del Derecho que no se corresponde con los valores de igualdad predicados por la Constitución en relación al matrimonio, ya ha sido totalmente superada por la jurisprudencia.

²⁰ Ya expresábamos el carácter renunciable en M. P. GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges...* *op. cit.*, p. 151 y nota 347, donde contrastábamos además dicho carácter con la irrenunciabilidad del derecho de alimentos en los términos del artículo 151 del Código Civil. En la más reciente literatura destaca la renunciabilidad de la pensión del artículo 97,

les²¹. Es cierto que en ambos casos se está pensando básicamente en renuncias *ex post*, es decir una vez que ha surgido la crisis matrimonial²². Más concretamente, se plantean renuncias a la pensión contenidas en el convenio regulador de la separación o el divorcio²³, cuya homologación judicial ha de ser, según nuestro parecer, automática, pues, tratándose de un asunto que atiene únicamente a los derechos económicos de los cónyuges, no puede el juez rechazar lo que éstos han acordado²⁴. Pues bien, a nuestro juicio

J. MONTERO AROCA, *El convenio regulador...*, *op. cit.*, pp. 194 ss.; L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *La pensión compensatoria en la separación conyugal y el divorcio*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 134 ss.

²¹ Tesis que se sigue, con práctica unanimidad, desde que la STS de 2 de diciembre de 1987 (*RJA*, 1987/9174) afirmase en relación con el artículo 97 del Código Civil, «... es claro que no nos encontramos ante una norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer». Es interesante a los efectos que nos ocupan la SAP de Pontevedra de 5 de febrero de 2002, *AC* 2002/595, en un supuesto en el que la esposa había realizado una renuncia expresa a la pensión compensatoria en el convenio regulador; posteriormente imputa a la abogada una negligencia profesional, reclamando una indemnización por erróneo asesoramiento jurídico. La Audiencia estima que tal negligencia no se produjo, ya que la abogada se limitó a constatar que no se daban las condiciones para solicitar la pensión y así se plasmó expresamente en el convenio firmado por ambos cónyuges.

²² A la renuncia a la pensión se equipara la admisión en el convenio regulador de que no existe desequilibrio económico (J. MONTERO AROCA, *El convenio regulador...*, *op. cit.*, p. 195).

²³ La opinión generalizada es que la renuncia a la pensión en el proceso de separación proyecta su eficacia en el posterior de divorcio, de suerte que no es lícito pedirla en éste si se renunció en aquél (L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *op. cit.*, p. 138, con cita de numerosas sentencias de Audiencias); entre las últimas, en el mismo sentido, SAP de Tarragona de 9 de diciembre de 2002, *JUR*, 2003/66900. De esta línea se aparta, con criterio equivocado, la SAP de Navarra de 22 de enero de 2001, *AC* 2001/698, donde se analiza la validez de una renuncia a la pensión compensatoria en el convenio regulador de la separación, siendo así que luego se reclama en el de divorcio; aunque finalmente el Tribunal no la concede fundándose en la falta de variación de las circunstancias tenidas en cuenta por los cónyuges en el momento de celebrar el convenio, los hace sobre la base de que «el divorcio, en sí mismo, puede ser considerado como hecho jurídico autónomo, generador, por su declaración, del reconocimiento de una pensión por desequilibrio y, en este sentido, resultaría ineficaz la estipulación 5.^a, en la que se establece una renuncia a derechos futuros, como tal jurídicamente inponible». Más adelante volveremos sobre lo erróneo de esta afirmación tan general e indiscriminada.

²⁴ A pesar de que el tenor literal del artículo 90 del Código Civil extiende el control judicial a la integridad del convenio, permitiendo la no aprobación de los acuerdos cuando sean «dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges», estimamos que existen argumentos tanto procesales como sustantivos para sostener que las relaciones económicas entre los cónyuges son plenamente dispositivas y que los únicos acuerdos que podrían ser rechazados por ilegales serían los que contrariaran los límites generales de la autonomía de la voluntad. En este sentido, estamos plenamente conformes con la SAP de Madrid de 6 de marzo de 1998, *AC* 1998/5174, cuando señala «Es difícilmente concebible, en el vigente estado de nuestro ordenamiento jurídico, la fiscalización por los órganos jurisdiccionales de las cláusulas que tengan una repercusión directa y exclusiva sobre los propios cónyuges. En efecto, y a salvo de aquellas hipótesis en que las mismas fueran contrarias a las leyes, a la moral o al orden público, parece dicha previsión legal una obsoleta reminiscencia de épocas no lejanas, se establecen claras discriminaciones legales por razón de sexo y matrimonio, en perjuicio de la esposa, y en la que, en el fondo, se atisba un intento protector a través del precepto estudiado, precisamente por su hipotética menor capacidad jurídica. Sin embargo, tales discriminaciones han quedado ya claramente superadas por el desarrollo legislativo ordinario del artículo 14 de la Constitución...».

el mencionado carácter disponible es igualmente predicable *ex ante*, es decir, en el momento en que, en capitulaciones matrimoniales o en cualquier otro negocio, los cónyuges o futuros cónyuges, en previsión de un eventual divorcio, pactan la renuncia anticipada a la pensión compensatoria.

En nuestra opinión, no es razón para negar la posibilidad que se acaba de exponer que la renuncia lo sea a un derecho que todavía no ha nacido²⁵. Tal argumentación parte de una petición de principio contradictoria con la regla dimanante del artículo 1271.1 del Código Civil, que claramente admite como objeto de los contratos las cosas o derechos futuros. Tampoco se cohonesta con el artículo 6.2 del mismo cuerpo legal del que se deriva el principio general de renunciabilidad de los derechos, cuya expresa excepción no depende de la condición futura del derecho renunciado, sino de que tal renuncia contrarie el interés o el orden público o perjudique a tercero²⁶. Volveremos seguidamente sobre los límites a la posibilidad de renuncia, no sin antes aludir a la doctrina y jurisprudencia que apoyan nuestro mismo criterio.

En la doctrina hace ya varios años que destacamos la opinión favorable a la renuncia anticipada de M. de la Cámara, para quien sólo si la renuncia conlleva que uno de los cónyuges no pueda, dentro de los límites que marca un decoro mínimo, atender a su subsistencia, debe estimarse que el acuerdo es gravemente perjudicial y el juez debe negarse a homologarlo, tanto si la renuncia se ha plasmado en el convenio regulador, como si, cautelarmente, los cónyuges pactaron la renuncia en capitulaciones matrimoniales²⁷, opinión con la que, ya entonces, sintonizaba la nuestra²⁸. Por la posibilidad de renuncia previa a la pensión compensatoria, tanto onerosa como gratuita, se manifestó también en su momento E. Roca, aunque, según esta autora, si el juez la consideraba gravemente perjudicial para el renunciante podría rescindirla en todo o en parte²⁹. Asimismo, por la validez de una renuncia preventiva a la

²⁵ Como hace alguna sentencia; entre otras, la ya citada SAP de Asturias de 12 de diciembre de 2000.

²⁶ En similar sentido se pronuncia J. EGEA FERNÁNDEZ en el trabajo ya citado, insistiendo en que es inexacto que nuestro Derecho sólo permita la renuncia si el derecho ya ha nacido, y cita a modo de ejemplo el artículo 1102 del Código Civil, en sede de incumplimiento contractual, el cual, si bien considera nula la renuncia a hacer efectiva la responsabilidad procedente del dolo, implícitamente la admite en relación con la negligencia.

²⁷ M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 1986, pp. 60 ss., espec. pp. 64-65.

²⁸ M. P. GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, p. 153.

²⁹ E. ROCA TRÍAS, «El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad», *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*

pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales, si bien con el límite de la igualdad de derechos, se pronuncia T. Marín García de Leonardo³⁰. En época más reciente se ha preguntado por la validez de los «pactos prematrimoniales», celebrados antes de iniciar la vida conyugal o mucho antes de la ruptura L. Zarraluqui; para este autor, la realidad es que la libertad de los cónyuges de capitular y de establecer entre sí toda clase de contratos y negocios jurídicos deriva en la plena disponibilidad de sus derechos económicos y, por lo tanto, en la validez y eficacia de los acuerdos que sólo a ellos afecten³¹.

Mucho menos claras son hasta ahora las manifestaciones favorables a la renuncia anticipada a la pensión por parte de nuestros Tribunales. Sin embargo, no todos los pronunciamientos se muestran radicalmente contrarios a su admisibilidad, de suerte que podemos encontrar bastantes sentencias de Audiencias Provinciales donde, de una u otra manera, se abre paso la recepción de acuerdos del tipo descrito.

Así sucede, por ejemplo, en la SAP de Granada de 14 de mayo de 2001³², en un supuesto en el que los cónyuges, antes de contraer matrimonio, pactaron en capitulaciones el régimen de separación de bienes, incluyendo además un acuerdo conforme al cual

«la separación o disolución del futuro matrimonio en ningún caso llevará como consecuencia de ello la fijación de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, por no producir desequilibrio entre los cónyuges.»

El Magistrado Ponente dice expresamente en el texto de la sentencia que la citada cláusula

«es claramente atípica atendiendo a lo que entiende por capitulaciones matrimoniales el artículo 1325 del Código Civil. Pero es válida, puesto que la pensión por desequilibrio es un derecho disponible... y, por tanto, es perfectamente renunciable.»

No obstante reconocer que el citado pacto adquirió plena eficacia con la celebración del matrimonio, vinculando desde entonces a ambos cónyuges, la sentencia estima que las circunstancias tenidas en cuenta en el momento del acuerdo son muy distintas a las exis-

nio. *Bases conceptuales y criterios judiciales*, Ed. U. Navarra, Pamplona, 1984, pp. 175-263, espec. pp. 256-257.

³⁰ *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 70 ss.

³¹ L. ZARRALQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *op. cit.*, p. 196.

³² AC 2001/1599. La misma sentencia aparece fechada el 19 de mayo de 2001, con el marginal AC 2001/1500.

tentes en el momento de la ruptura, ya que la esposa abandonó su trabajo para seguir en sus desplazamientos por razones laborales a su marido, circunstancia que según la sentencia

«ya es suficiente por sí sola para entender que las bases para la suscripción de aquel pacto han dejado de existir, pudiendo, por tanto, pedir la pensión compensatoria.»

El Magistrado toma además en consideración la dedicación de la esposa al marido durante seis años, incluso atendiendo durante un tiempo al hijo de éste, el hecho de que la demandante de la pensión carece de recursos y vivienda propios, no tiene trabajo ni proyección inmediata para incorporarse al mercado laboral, aun cuando posee varios títulos que la capacitan profesionalmente, y su estado psíquico no es satisfactorio. En atención a todo ello, considera correcta la fijación de la pensión compensatoria *ex artículo 97* acordada por el Juzgador de Instancia. Sin perjuicio de que volvamos más adelante sobre la relevancia que en este tipo de acuerdos ha de tener un cambio importante de las circunstancias desde el momento de su celebración hasta que pretende hacerse valer, entendemos que las razones aducidas por la sentencia para otorgar el beneficio económico a la esposa, a pesar de la reconocida validez de su renuncia anticipada, hacen dudar sobre si lo verdaderamente otorgado por el Tribunal fue la pensión por desequilibrio económico del artículo 97 del Código civil, o más bien una compensación por extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes prevista en el artículo 1438 del Código Civil y destinada a paliar la injusticia generada entre ambos cónyuges cuando uno de ellos se ha dedicado al cuidado de la casa o de la empresa o industria del otro, en beneficio exclusivo de este último³³. De tratarse de la citada compensación, se podría plantear la posibilidad de que la sentencia referida haya incurrido en incongruencia, ya que, de conformidad con el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,

«el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.»

³³ Sobre las diferencias entre la pensión por desequilibrio y la compensación a la extinción del régimen de separación, M. P. GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges...*, *op. cit.*, pp. 167 ss. Acerca de la compatibilidad entre ambos derechos económicos se pronuncia ya expresamente, para el Derecho catalán, la STSJ de Cataluña de 31 de octubre de 1998; en el mismo sentido, SAP de Barcelona de 20 de mayo de 2002, AC 2002/408.

Precisamente por la plena validez y eficacia de la renuncia preventiva a la compensación recogida en el artículo 1438 del Código Civil, en su momento controvertida por la doctrina³⁴, se pronuncia expresamente la SAP de Murcia de 29 de octubre de 2002³⁵. Se trataba de un supuesto en el que la esposa, casada en régimen de searación de bienes, solicitó a raíz de su separación conyugal la pensión por desequilibrio y la compensación prevista en el artículo 1438. Después de rechazar la procedencia de la pensión compensatoria por no concurrir sus presupuestos, el Tribunal rechaza también la medida prevista en el último artículo citado, al estimar plenamente vinculante el pacto celebrado por ambos cónyuges días antes de la celebración del matrimonio, en el que, además de pactar el régimen de separación de bienes, se especificaba lo siguiente:

«de un lado que cada una de las partes atenderán por separado las necesidades de sus respectivas familias por cuanto uno y otro son divorciados y han generado en sus precedentes nupcias un concreto núcleo familiar.»

Por otra parte, y para atender a sus propias necesidades domésticas, el marido se había comprometido a contratar a su cargo personal doméstico suficiente con el fin de evitar que su esposa tuviese que dedicarse a la atención de la casa. A juicio del Tribunal, tales acuerdos significan que

«ya con anterioridad al matrimonio ambos cónyuges excluyen de acuerdo con el contenido del pacto... la posibilidad de aplicación del controvertido artículo 1438 del Código Civil» [tratándose de], «una clara y explícita renuncia a la medida compensatoria prevista»

a la que se reconoce plena eficacia, sin que resulten relevantes los tres años de matrimonio transcurridos.

En la SAP de Madrid de 27 de noviembre de 2002³⁶ se considera totalmente lícita la renuncia a la pensión compensatoria hecha por la esposa en capitulaciones matrimoniales otorgadas casi tres años antes de pronunciarse la separación matrimonial, renuncia que a juicio de la Audiencia «por sí determina la desestimación del

³⁴ Vide M. P. GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuge...*, *op. cit.*, p. 172 y literatura allí citada. En relación con la compensación a la extinción del régimen de separación prevista en el artículo 41 del Código de Familia de Cataluña, J. EGEA FERNÁNDEZ pone de relieve las discrepancias doctrinales en relación con la su renunciabilidad previa, manifestando su opinión contraria al respecto tanto en relación a la institución catalana, como a la regulada en el artículo 1438 del Código Civil.

³⁵ *JUR* 2003/71008.

³⁶ *JUR* 2003/92086.

recurso» interpuesto por la renunciante reclamando la pensión, si bien el Tribunal, «a mayor abundamiento», entre a considerar si se dan las circunstancias previstas en el artículo 97 del Código Civil, lo que asimismo rechaza.

Una renuncia onerosa y anticipada al eventual derecho a una pensión compensatoria que pudiera surgir entre los interesados en caso de separación o divorcio se admite también en la RDGRN de 10 de noviembre de 1995³⁷. Se discutía el acceso al Registro de la Propiedad de una escritura pública de cesión de bienes que se había otorgado en ejecución de un pacto de separación amistosa. En la mencionada escritura se acordaba capitalizar una pensión pactada a favor de la esposa, que los propios cónyuges calificaban como compensatoria. En pago y finiquito de dicha pensión el marido cedía a la mujer una serie de bienes, entre los que se encontraba una determinada finca. Presentada la escritura para su inscripción en el Registro, el Registrador negó el acceso porque el pacto no había sido homologado judicialmente. Interpuesto recurso gubernativo contra la calificación del Registrador, el Presidente del TSJ de Cataluña confirmó la nota del Registrador, opinión que en cambio no sostuvo la Dirección General. Esta última considera plenamente válido y eficaz el acuerdo, dando un rimero de argumentos por los que estima que la pensión compensatoria cae de lleno en el ámbito de la autonomía de la voluntad y es plenamente renunciable, incluso anticipadamente³⁸.

Como se ve, existen razones, opiniones y decisiones sobradas para considerar que en nuestro Derecho los acuerdos preventivos

³⁷ *Vide* nuestro comentario en *CCJC*, núm. 41, pp. 565-572.

³⁸ Alude, entre otras razones, a las siguientes: 1) el amplio margen que tiene la contratación entre cónyuges según el artículo 1323 del Código Civil; 2) que se trata de un acuerdo de significación exclusivamente patrimonial y concertado entre personas capaces de gobernarse por sí mismas, de conformidad con el artículo 322 del Código Civil; 3) que la regla general en nuestro Derecho es la renunciabilidad de todo derecho salvo que con ello se contrarie el interés y el orden público o se perjudique a tercero, como señala el artículo 6 del Código Civil; 4) que los cónyuges pueden decidir sobre las consecuencias exclusivamente patrimoniales de una declaración judicial que sólo a ellos afecta, 5) que si no puede obligarse a un cónyuge a recibir la pensión compensatoria judicialmente acordada contra su voluntad, no se ve razón para excluir esta materia de la autonomía de la voluntad; 6) que la frase «gravemente perjudicial para uno de los cónyuges» del párrafo 2 del artículo 90 del Código Civil mantiene pleno sentido, aun cuando la aprobación judicial se contraiga a los acuerdos relativos a los hijos, pues no cabe asegurar los intereses de los hijos con grave detrimento de uno de los cónyuges. Todas estas razones han sido reiteradas en la Resolución de la DGRN de 5 de febrero 2003 (*RJ* 2003/2268) en un supuesto en el que se discutía si unos cónyuges, sin hijos, podían rectificar mediante escritura pública el convenio regulador de su separación aprobado judicialmente en aspectos de índole exclusivamente patrimonial. El Registrador denegó la inscripción de la escritura pública de modificación que no había sido aprobada judicialmente, tesis que sin embargo no apoyó la Dirección General con las argumentaciones antedichas (*vide* el comentario a esta última resolución de M. TORRERO MUÑOZ, *CCJC*, núm. 62, agosto-septiembre 2003).

de las crisis matrimoniales en los que se incluye una renuncia onerosa o gratuita a la eventual pensión compensatoria que pueda surgir en caso de separación o divorcio entran de lleno en el campo de actuación de la autonomía de la voluntad y, por ello, son plenamente lícitos. Ahora bien, precisamente por ello, su contenido se ve constreñido por ciertos límites que, en principio, son los genéricos límites impuestos a la autonomía de la voluntad; esto es, que su ejercicio no sea contrario «a las leyes, a la moral, ni al orden público» en los términos del artículo 1255 del Código Civil³⁹. A mayor abundamiento, y como simple especificación del precepto anterior, en sede de capitulaciones matrimoniales y en relación a su contenido, el artículo 1328 del Código establece que:

«Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.»

Pero es que, además, los acuerdos preventivos que venimos tratando son verdaderos contratos que, como tales, quedan sometidos a las reglas de formación propias de éstos y, muy especialmente, a aquellas que garantizan la integridad del consentimiento. Por consiguiente, si una de las partes consigue probar que el acuerdo preventivo de renuncia a la pensión fue celebrado concurriendo error⁴⁰, dolo, violencia o con falta de capacidad, el que ha sufrido el vicio o el defecto de capacidad (o en su caso su representante legal), podrá instar la anulación del convenio en los términos y con los plazos que se establecen en los artículos 1300 y siguientes del Código civil⁴¹. Es cierto que al no existir en nuestro Derecho normas especiales dirigidas a reforzar la integridad del consentimiento en este tipo de acuerdos⁴², los tribunales han de ser especialmente cuida-

³⁹ J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 149.

⁴⁰ Parece que la citada anulación del pacto de renuncia a la pensión era una de las pretensiones de la esposa, cuando aludió a las dificultades idiomáticas, en el caso resuelto por la ya citada SAP de Madrid de 27 de noviembre de 2002.

⁴¹ Es obvio que en Derecho español no existe inversión de la carga de la prueba para este tipo de acuerdos, inversión que sí está contemplada en la Sección 7.04 de los *ALI Principles*, donde se establece que es quien reclama el cumplimiento del pacto prematrimonial quien tiene que probar la ausencia de vicios o la integridad del consentimiento (B. H. BIX, *loc. cit.*, pp. 236-237).

⁴² A diferencia de lo que han hecho, por ejemplo, los *ALI Principles*, que establecen una presunción *iuris tantum* de integridad del consentimiento cuando concurren ciertos criterios: 1) que el acuerdo se celebre al menos treinta días antes de la boda; 2) que cada parte sea informada de la posibilidad de obtener asesoramiento independiente y tenga una razonable oportunidad de hacerlo 3) que en aquellos casos en los que una de las partes no haya obtenido este asesoramiento independiente, el acuerdo incluya en un lenguaje claro los derechos a los que se renuncia y el hecho de que el interés de las partes puede estar comprometido. Todos estos criterios no son una exigencia absoluta de integridad del consentimiento, sino que sirven de indicio a los tribunales para juzgar si ha habido o no vicios en la formación del acuerdo (B. H. BIX, *loc. cit.*, p. 236).

dosos en el escrutinio del proceso formativo del pacto, a fin de tratar de asegurar que una de las partes no se ha prevalido de la situación de inferioridad negociadora de la otra⁴³. Debe resaltarse que en la sociedad de nuestros días ese abuso de posición negociadora todavía puede ocurrir con cierta frecuencia concurriendo, además, un claro sesgo de género, pues no es desconocido que estadísticamente los hombres suelen tener una posición económica más holgada, lo que se traducirá asimismo en una posición negociadora más fuerte; las mujeres serán, usualmente, la parte más débil en el proceso negociador⁴⁴.

4. LÍMITES DE CONTENIDO

En relación con los límites impuestos al contenido de los acuerdos preventivos de la crisis matrimonial, comenzaremos por la última referencia a las estipulaciones limitativas de la igualdad de derechos contenida en el antes transcrto artículo 1328 del Código Civil, referencia que ha causado no pocos quebraderos de cabeza a la doctrina⁴⁵. Se estima en general que el citado precepto impide cualquier forma de sumisión personal o de limitación de la capacidad de los cónyuges⁴⁶, pero existen mayores dudas en relación con las estipulaciones que afecten a derechos de índole exclusivamente patrimonial, aunque supongan el privilegio de un cónyuge en detrimento del otro. Según nuestro parecer, el respeto al principio de igualdad no impide la autolimitación de los derechos de los cónyuges en el ámbito estrictamente patrimonial, siempre que se respete un criterio de reciprocidad que, en aplicación al caso concreto que nos ocupa, impediría por ejemplo admitir la validez de un acuerdo preventivo en el que sólo uno de los cónyuges renunciase a una eventual pensión compensatoria, la cual, sin embargo, podría ser reclamada por el otro.

⁴³ En Alemania se consideran contrarios al orden público los acuerdos relativos a los derechos alimenticios cuando en su proceso de celebración una de la partes se prevale, en su propio beneficio, de la situación de inferioridad psíquica de la otra (D. SCHWAB, *op.cit.* p. 182).

⁴⁴ En un sentido similar al del texto, indicando la posibilidad de que los tribunales puedan acudir a la doctrina del abuso del derecho en esta fase negociadora de los acuerdos se pronuncia J. EGEA FERNÁNDEZ en el artículo reiteradamente citado.

⁴⁵ Para L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, esta excepción a la norma de libertad de pactar entre los esposos ha sido objeto de múltiples ejercicios circenses para intentar explicar su contenido sin colisionar con el resto del ordenamiento jurídico («La disyuntiva entre el principio dispositivo y el inquisitivo como rector de los procesos matrimoniales», *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 39-67, espec. p. 65).

⁴⁶ J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *op. cit.*, p. 151.

En realidad, el respeto al principio de igualdad no es más que una manifestación del límite general que impone el respeto a las leyes y al orden público en los términos del artículo 1255. Ambos límites se transgreden en los convenios que violen derechos constitucionales de los esposos, por lo que tales acuerdos serían nulos de pleno derecho. No obstante, creemos que la mayor parte de los acuerdos preventivos que puedan incurrir en violación de los derechos fundamentales no atienden a cuestiones de índole matrimonial, sino más bien a efectos personales. Tal puede ser el caso de un acuerdo prenupcial que imponga a los cónyuges un determinado lugar de residencia después del divorcio, o que limite la libertad sexual o afectiva de los cónyuges si se produce el divorcio, o que incluso establezca contractualmente causas de divorcio distintas de las previstas en la ley⁴⁷, todo lo que en ningún caso puede ser un contenido lícito de este tipo de pactos.

No pensamos, por el contrario, que los acuerdos en los que se pactan ciertas «sanciones» de índole económica si se produce el divorcio, a modo de cláusula penal, deban ser declarados sin más nulos por contrariar el orden público constitucional. Discrepamos pues del criterio sustentado por la SAP de Almería de 17 de febrero de 2003⁴⁸, en un caso en el que se instaba la nulidad de una cláusula contenida en las capitulaciones matrimoniales otorgadas antes de la celebración del matrimonio del siguiente tenor:

«en caso de cese de la convivencia conyugal, durante el primer año, D. ... asume la obligación de indemnizar a D.º... en la cantidad de un millón de pesetas, después de transcurrido el primer año de convivencia al millón de pesetas se sumaría la cantidad de ochenta y tres mil trescientas treinta y tres pesetas por mes transcurrido de convivencia. Todo ello sin perjuicio de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio prevenidos en el Código Civil... y con independencia de la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del citado texto legal.»⁴⁹.

Según el criterio de la Audiencia, esta capitulación tiene una doble naturaleza: por un lado, parece otorgar una valoración a la

⁴⁷ En EE.UU., sobre la posibilidad de establecer en un contrato no solamente los términos del divorcio, sino incluso los fundamentos para solicitar el mismo, como señala E. RASMUSEN/J. EVANS STAKE, «Lifting the Veil of the Ignorance. Personalizing the Marriage Contract», *Indiana Law Review*, núm. 73, 1998, pp. 453 ss. Ésta es la idea que subyace en el movimiento del «covenant marriage», reconocido ya en leyes de los Estados de Luisiana, Arizona y Arkansas (*vide* J. H. DIFONZO, «Customized Marriage», *loc. cit.*, pp. 875-962).

⁴⁸ AC 2003/623.

⁴⁹ Por tanto, no es una cláusula de renuncia a ninguno de los derechos derivados de la separación o el divorcio, sino de reforzamiento de aquéllos, similar, si creemos las notas de la prensa sensacionalista, a las pactadas por la actriz Catherine Zeta-Jones y el actor Michael Douglas.

convivencia conyugal y, por otro lado, supone una cláusula penal para salvaguardar los intereses económicos de un cónyuge y a la vez disuadir al otro de cesar en la convivencia. Tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia como la de Apelación consideran la citada cláusula nula por ser contraria al orden público matrimonial, estimándose además en la segunda resolución que el referido pacto es nulo por contravenir el artículo 1328 del Código Civil en el punto que considera nula cualquier estipulación limitativa de los derechos que correspondan a cada cónyuge. Afirma así la sentencia que:

«de admitirse la validez de la estipulación se estarán autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho de separación matrimonial reconocido implícitamente en el artículo 32.2 de nuestra Constitución, lo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de derechos de los cónyuges... al limitarse la posibilidad de instar esa separación matrimonial» [...] «la nulidad de la cláusula alcanza a los casos en que no se instase judicialmente la separación, pues se prevé su operatividad para los casos de simple cese de la convivencia. La razón de ello estaría en la falta de igualdad de los cónyuges que ocasiona aquélla y que sería contraria al artículo 32.1 de la Constitución⁵⁰... Esta igualdad se perdería desde el momento en que la convivencia conyugal se condiciona, en cuanto a su cese, por medio de una cláusula penal que con el transcurso del tiempo puede hacer muy gravoso o de casi imposible cumplimiento el abono de la indemnización contractual».

A nuestro entender, estas consideraciones del Tribunal son más que discutibles y merecen alguna crítica. En primer lugar, la consideración de que la pena convencional pactada para el caso de separación limita el implícito derecho constitucional a separarse del obligado al pago de la pena no sólo olvida que la declaración de nulidad de la cláusula⁵¹ puede impedir el, este sí, derecho constitucional expreso a contraer matrimonio de quienes deseen hacerlo pero con acuerdos prematrimoniales del tipo descrito, sino que, sobremanera, es falsa y equívoca, pues el esposo obligado tendrá tanto menos que pagar cuanto antes se separe, lo cual, al contrario de lo dicho por la Audiencia, más que impedir, le induciría a la pronta separación. Pero es que, además, cuando alude al enorme montante que puede alcanzar la indemnización, el Tribunal también olvida la capacidad moderadora que el juez tiene en este tipo

⁵⁰ La Audiencia está partiendo de la eficacia directa de los derechos fundamentales o *Drittewirkung* (el hipotético derecho a separarse y la igualdad de los cónyuges) para declarar la nulidad de la cláusula.

⁵¹ El significado moral de una elección depende muchas veces de las alternativas posibles.

de cláusulas penales, conforme a lo dispuesto por el artículo 1154 del Código Civil para los contratos más clásicos, y que puede tener perfecta aplicación, directa o analógica, en el caso que nos ocupa. En fin, el «paternalismo judicial»⁵² que desprende esta sentencia contradice el amplio margen otorgado por nuestro Derecho a la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la regulación de sus intereses, en un caso en el que no estaban implicados ni hijos menores, ni terceros que pudiesen resultar perjudicados, supuestos en los que sí habría que declarar la nulidad.

Las apreciaciones antedichas no equivalen a entender que la posibilidad de los cónyuges de autorregular sus propios intereses deba carecer de cualquier control judicial del contenido de los acuerdos. Centrándonos de nuevo en los pactos renunciativos de la pensión compensatoria, no cabe duda que sí serán contrarios a la ley, y en concreto al artículo 6.2 del Código Civil, aquellos que se hagan en perjuicio de terceros. Tal sería el caso de las renuncias hechas en perjuicio de los hijos⁵³ o de los acreedores de quien resultaría beneficiario de la pensión o incluso de aquellas renuncias que dejase en la indigencia al renunciante, de suerte que sus atenciones hubiesen de ser cubiertas por otros sujetos sean públicos⁵⁴ o privados⁵⁵. Evidentemente, todos ellos estarían perjudicados por el

⁵² Sobre el paternalismo jurídico en relación con la institución matrimonial, del que se acusan mutuamente desde perspectivas radicalmente distintas, puede verse la interesante polémica suscitada entre K. ABRAMS, «Choice, Dependence and the Reinvigoration of the Traditional Family», *Indiana Law Review*, núm. 73, 1998, pp. 517 ss. (respondiendo a E. RAMUNSEN/J. EVANS STAKE, «Lifting the Veil of Ignorance. Personalizing the Marriage Contract», *loc. cit.*, pp 453 y ss.), y J. EVANS STAKE, «Paternalism in the Law of Marriage», *Indiana Law Review*, núm. 74, 1999, pp. 801-821.

⁵³ Como reiteradamente considera la jurisprudencia alemana, incluso constitucional, *cfr.* la sentencia del BVerfG de 6 de febrero de 2001, *FamRZ*, 2001, pp. 343-350, con nota de D. SCHWAB, a la que sigue otra del mismo tribunal, la de 29 de marzo de 2001, *FamRZ*, 2001, p. 985; *vide* H. BORTH, «Rechtsprechungübersicht zum Versorgungsausgleich ab 1.7.2000», *FamRZ*, 2003, pp. 889-899, espec. p. 895.

⁵⁴ En el caso norteamericano, la Sección 6 de la *Uniform Premarital Agreement Act* establece en su letra b) «If a provision of a premarital agreement modifies or eliminates spousal support and that modification or elimination causes one party to the agreement to be eligible for support under a program of public assistance at the time of separation or marital dissolution, a court, notwithstanding the terms of the agreement, may require the other party to provide support to the extent necessary to avoid that eligibility». En la jurisprudencia alemana también se han considerado contrarios al orden público (*Sittenwidriges Rechtsgeschäft*) los acuerdos de renuncia a derechos económicos que repercutan en una carga posterior para la *Sozialhilfe*; *vide*, entre otras, OLG Hamburg, de 10 de diciembre de 1998, *FamRZ*, 2000, p. 31. Ya con anterioridad ponía de manifiesto la ilicitud de los acuerdos de renuncia a los derechos alimenticios *postdivorcio* en perjuicio de tercero, D. SCHWAB, *op.cit.*, p. 182.

⁵⁵ En el ámbito del Código Civil, estos sujetos serían los obligados a prestar alimentos al necesitado, entre los que, mediando el divorcio y de conformidad con el artículo 144 del Código Civil, no está el ex cónyuge. Si lo estaría, por el contrario, el cónyuge separado aunque haya habido renuncia a la pensión compensatoria, que en ningún caso puede significar renuncia a un eventual derecho de alimentos por ser éstos irrenunciables, conforme al artículo 151 del mismo cuerpo legal.

acuerdo y, en consecuencia, la renuncia a la pensión sería nula de pleno derecho⁵⁶.

Igualmente, podría ser considerada la ineficacia total o parcial de un acuerdo de renuncia a la pensión por desequilibrio en aquellos casos en los que, de conformidad con los criterios generales en materia de negocio jurídico, se hubiera dado un cambio de las circunstancias entre el momento de su celebración y el de su ejecución efectiva, que convirtiera en irracional la plena efectividad del mismo por la aparición de hechos nuevos de suficiente relevancia que no pudieron ser tenidos en cuenta por las partes en el momento de la negociación contractual. No debe olvidarse que las relaciones entre los cónyuges a lo largo de la vida matrimonial son, como todas las interpersonales, dinámicas en extremo y pueden variar de forma muy notable a lo largo de los años de convivencia. Por el contrario, si el acuerdo prematrimonial de renuncia permanece en los términos acordados en su día, sin haber sido modificado por un nuevo convenio de las partes, será algo totalmente estático, pactado sobre bases negociales que han podido variar radicalmente. En síntesis, estamos de acuerdo con la opinión, manifestada en una decisión judicial ya antes citada⁵⁷, que da relevancia a ese cambio de circunstancias y decreta, a pesar de la renuncia, un beneficio económico para el cónyuge renunciante⁵⁸. De nuevo el problema se sitúa en la valoración judicial de ese cambio de circunstancias y de su relevancia para deducir de ello la eficacia o ineficacia del acuerdo de conformidad con los intereses en juego. Así, por ejemplo, el transcurso de un período de tiempo muy prolongado entre la celebración del acuerdo y su exigibilidad, la aparición de una enfermedad importante de una de las partes entre ambos momentos, o el nacimiento o adopción de hijos comunes cuando en el tiempo de la celebración del acuerdo se estaba

⁵⁶ A nuestro entender, para justificar la nulidad de las renuncias previas a la pensión cuando dejen en la indigencia al renunciante no es preciso audir, como hace J. EGEA FERNÁNDEZ en su trabajo varias veces citado, a la presunta naturaleza asintencial o pseudoalimenticia de la pensión compensatoria en lo que se destine a cubrir lo que sea indispensable para el sustento del cónyuge separado o divorciado y argumentar así la análoga aplicación del artículo 151 del Código Civil, que establece la irrenunciabilidad del derecho de alimentos.

⁵⁷ SAP de Granada de 14 de mayo de 2001.

⁵⁸ En un sentido similar al manifestado en el texto, L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIA-GA, *op. cit.*, p. 196, quien a pesar de apoyar la general validez de los pactos prematrimoniales plantea sus dudas respecto a aquellos supuestos en que exista un absoluto desvalimiento de quien renuncia a una pensión al casarse o con gran antelación a la ruptura, estimando la posibilidad de que ante tal desvalimiento el juez pudiese fijar la pensión, sin tener por eficaz el pacto, debido al tiempo transcurrido. También alude al cambio de las circunstancias y su relevancia para dar o no eficacia al pacto preventivo, T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 70.

en la idea de no tener descendencia, pueden ser motivos suficientes para justificar el control judicial del acuerdo preventivo.

5. CONCLUSIÓN

El matrimonio es una institución jurídica que presenta una clara naturaleza bifronte. Por un lado, constituye la fuente de un estado civil con proyección pública, generador de derechos y deberes entre los cónyuges y respecto de terceros; por otro, da lugar a una modalidad de convivencia y solidaridad entre los particulares que deciden contraerlo y someterse a su régimen jurídico. Desde esta segunda perspectiva, como institución con proyección privada, debe regir entre sus miembros el principio general de autonomía de la voluntad, cuyos límites se encuentran fuertemente condicionados por la primera de las perspectivas citadas. Trazar los puntos que van a demarcar la línea que separa ambos frentes es una tarea casi nunca sencilla de realizar.

La tesis que aquí mantenemos es que el amplio margen otorgado por nuestro Derecho al poder de autorregulación de los esposos en relación con la institución matrimonial permite, entre otras cosas, la celebración de acuerdos preventivos en los que, con carácter vinculante para los cónyuges o los futuros cónyuges, se pacten las consecuencias patrimoniales de la posible ruptura matrimonial en caso de una eventual separación o un posterior divorcio. Entre tales consecuencias estimamos perfectamente lícita aquella cláusula que implica la recíproca renuncia onerosa o gratuita a la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del Código civil. A partir de ese principio general de admisibilidad, entendemos asimismo que la perspectiva pública antes aludida permite declarar nulas estas renuncias, por existir sombras de licitud bien en el proceso negociador del acuerdo, bien en su contenido. Lo primero puede suceder porque la parte del acuerdo con mayor poder negociador (normalmente el hombre) usa tal poder en la etapa precontractual para satisfacer sus preferencias en detrimento de la otra parte (bajo nuestra concepción, normalmente la mujer). Lo segundo puede darse, bien por violación de los derechos fundamentales de los cónyuges protegidos por el orden público constitucional, bien porque los acuerdos prenupciales perjudiquen a terceros (entre ellos, a los hijos), o incluso por un cambio sobrevenido de las circunstancias lo suficientemente importante como para modificar las bases sobre las que se sustentaba el pacto. El control judicial *ex post* del acuerdo asegura el respeto a esos límites.

Resolución del contrato sobre el bien en comunidad. Legitimación activa de los comuneros *

BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORACI
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción y delimitación del objeto de estudio.*–II. *Resolución de un contrato de compraventa.* A. Resolución total. 1. Manifestación de voluntad: unanimidad. 2. Casos en los que no se exige la unanimidad: *a)* Abuso de derecho. *b)* Declaración de un derecho preeexistente: *i)* Requerimiento notarial. *ii)* Condición resolutoria. *c)* Resolución como acto beneficioso para la comunidad. B. Resolución parcial. 1. Retracto parcial. La protección del interés del comprador. 2. La transformación del objeto contractual.–III. *Resolución de un contrato de arrendamiento sobre el bien en comunidad.* A. Acto de administración: mayoría. B. Arrendamientos de larga duración: ¿unanimidad? C. Protección de la minoría: recurso al Juez.–IV. *Otros contratos sobre el bien en comunidad.* A. Contratos de depósito y comodato. B. Contrato de mandato.–V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

La legitimación de los comuneros para interponer acciones no es objeto de especial regulación en el CC¹. Las reglas aplicables deben buscarse en la jurisprudencia del TS, que en este aspecto establece que «cualquiera de los comuneros [...] puede comparecer

* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación «Hacia la unificación europea del Derecho de obligaciones» (BJU 2002-02356, dirigido por el Profesor Dr. don Antonio Manuel Morales Moreno y financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología–Dirección General de Investigación).

¹ El CC se ocupa de la comunidad de bienes en el título III del libro II (arts. 392 a 406). No existe ningún precepto que de manera expresa contemple la disciplina relativa a la legitimación para interponer acciones relacionadas con o que afecten al bien en comunidad.

en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, siempre que lo haga en beneficio de todos [...]»². En otras palabras, según el TS, siempre que el éxito de la pretensión vaya a suponer un beneficio para la comunidad, la acción podrá ser ejercitada por cualquier comunero³.

La doctrina jurisprudencial señalada, sin embargo, no se aplica siempre y en relación con cualquier pretensión. Uno de los casos en los que el Alto Tribunal no suele permitir el ejercicio individual de la acción en beneficio de la comunidad está constituido por la pretensión de resolución⁴. En este punto, precisamente, este artículo pretende dar respuesta a la cuestión que se plantea: ¿cuáles son las reglas aplicables a la legitimación de los comuneros en caso de resolución de un contrato referido a un bien en comunidad? De lo que se trata es de determinar, en un contrato bilateral sinalagmático relativo a ese bien, quién de los integrantes de la comunidad de bienes (si todos, algunos o cualquiera) puede, ante el incumplimiento

² El TS se basa en la dicción del artículo 394 CC, en virtud del cual «cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho».

³ MIGUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, «Comentario al artículo 394 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Albaladejo*, T. V, V. VII, 1985, p. 81. Dicha doctrina jurisprudencial ha recibido críticas a las que nos referiremos más adelante.

⁴ La STS de 10 de abril de 2001 ha recordado esta doctrina jurisprudencial que, recientemente, ha sido aplicada por el TS en sentencias como la de 3 de marzo de 1998 y 8 de abril de 1992.

En la aplicación de esta doctrina general, el Tribunal Supremo viene exigiendo que el ejercicio de la acción se realice en *beneficio* de la comunidad, expresión que no en todos los casos recibe adecuada interpretación. En algunos casos se alude con ella a la exigencia de que se falle en favor de todos, pero en numerosas ocasiones el Alto Tribunal tiende a examinar si el éxito de la acción va a reportar ventajas a la comunidad, lo cual parece totalmente ajeno al cometido del Juez civil. En relación con esta última interpretación, destaca la STS de 5 de marzo de 1982, relativa a la resolución de un contrato de arrendamiento convenido con la arrendataria por dos de los tres arrendadores. El TS afirma que dicha resolución beneficiaría a la comunidad y fundamenta este juicio de valor en las posibles ventajas que se derivarían de ella, diciendo en concreto que la resolución del arrendamiento permitiría «desde el establecimiento de uno en mejores condiciones, hasta la demolición del inmueble y posterior construcción de otro con el que se obtuviesen mayores rendimientos».

Recientemente, también el TS ha llegado a valorar si una acción es o no beneficiosa para la comunidad, llegando a una respuesta negativa y, por tanto, apreciando falta de legitimación activa del demandante. Se trata de la STS de 31 de enero de 2002, en la que un único vendedor celebró un contrato de compraventa de una finca con varios compradores, quienes la adquirieron en pro indiviso. Entregada una parte muy pequeña del precio, uno de los compradores demanda al vendedor, tras doce años desde la celebración del contrato, solicitando la entrega de la cosa. El TS consideró que el demandante no tenía legitimación activa por no tratarse de una acción beneficiosa para el otro comprador.

⁴ En términos generales, se considera legitimado a cualquier comunero para interponer acciones por las que se ejerce un derecho de pretensión; no se admite el ejercicio individual en beneficio de todos, sin embargo, cuando de lo que se trata es de ejercitar un derecho poteestativo. MIGUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, voz «Comunidad de bienes», *EJB*, V. I, 1995, p. 1320, y «Comentario al artículo 394 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Albaladejo*, T. V, V. VII, 1985, p. 81.

de la otra parte contratante, utilizar uno de los remedios que el ordenamiento ofrece a la parte cumplidora frente al incumplimiento de la contraparte: la resolución del contrato⁵.

Nuestra atención se centrará inicialmente en el contrato de compraventa, no sólo por constituir el ejemplo más paradigmático de contrato bilateral sinalagmático, sino también por otras razones. Recuérdese, a este propósito, que el contrato de compraventa es, frente al resto de contratos, uno de los medios de extinción de la comunidad (art. 404 CC)⁶: con la venta del bien en comunidad (y su entrega) los comuneros transmiten la propiedad al comprador. Añádase que si se admite la resolución parcial en los casos de venta, esto es, en caso de que sólo alguno o algunos de los comuneros vendedores resuelvan el contrato de compraventa en relación con su cuota, no se llegaría a la situación inicial, como parece propio de la resolución, sino a una situación distinta a la anterior a la venta. Nos encontraríamos, de hecho, con la constitución de una comunidad sobre el bien, formada por el comprador incumplidor, quien, de titular único, pasa a ser cotitular, y por el o los comuneros que han decidido resolver.

Precisamente la oportunidad de la resolución parcial de un contrato de compraventa en el sentido expuesto constituye una de las cuestiones que nos plantea el estudio de la jurisprudencia que realizamos. Creo que es bueno adelantar desde ahora algunas de las conclusiones que se extrae del mismo: en la mayoría de las ocasiones, el TS exige la concurrencia de la unanimidad de los comuneros para manifestar la voluntad de resolver el contrato de compraventa del bien en comunidad. Ante ello, son dos las cuestiones que nos surgen para el supuesto en que falte el acuerdo para resolver: en primer lugar, si cualquier comunero puede resolver en relación con el todo y, en segundo lugar, si pueden los comuneros que opten por el remedio solutorio utilizar esta vía en relación, única y exclusivamente, con su cuota.

En la última parte del artículo, daremos algunas pinceladas acerca de la legitimación de los comuneros para resolver (o pedir la restitución del bien, según el caso) otros contratos sobre el bien en comunidad, como el de arrendamiento, depósito, mandato o comodato. La

⁵ En nuestro estudio partimos de que la parte contratante formada por los integrantes de la comunidad de bienes ha cumplido con la obligación que le incumbía y que el incumplimiento de la otra parte reúne todos los requisitos para poder calificarse de incumplimiento resolutorio.

⁶ Aunque según la STS de 6 de febrero de 1984 la venta en sí misma no implica la extinción de la comunidad, pues ésta permanece sobre la contraprestación (citada por CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, 1998, p. 166).

particularidad de cada uno de estos contratos plantea, como veremos, sus propias cuestiones que sugieren diversas reflexiones.

II. RESOLUCIÓN DE UN CONTRATO DE COMPROVENTA

Hay dos posibilidades de plantear la legitimación activa de los comuneros para resolver el contrato de compraventa en función del objeto de la acción: el bien en su totalidad y la cuota del comunero que resuelve. En el primer caso se trata de una resolución total, mientras que el segundo conduce a una resolución parcial.

A. RESOLUCIÓN TOTAL

Los copropietarios de un bien celebran un contrato de compraventa, vendiendo el objeto sobre el cual está constituida la comunidad. Ante el incumplimiento esencial del comprador deciden acudir al remedio solutorio. ¿Quién está legitimado para ejercer la acción de resolución del contrato de compraventa?

1. Manifestación de voluntad: unanimidad

La manifestación de voluntad de resolver el contrato de compraventa, por el que la comunidad ha enajenado el bien en comunidad, debe ser realizada por la unanimidad de los comuneros. Es ésta la principal regla que se extrae a partir de la lectura de las sentencias más recientes en las que el TS se ha enfrentado con casos similares al que nos ha servido de punto de partida. En una línea jurisprudencial anterior, el Alto Tribunal consideraba que bastaba que la acción fuese ejercida por un comunero para entender cumplido el requisito de la legitimación activa.

No podemos dejar de estar de acuerdo con la opinión más reciente del TS, a cuyo favor se muestran también los autores⁷ que han tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema. Lo contrario supondría permitir que cualquier comunero, al resolver el contrato por el que se ha vendido el bien en comunidad, pueda provocar la vuelta a la comunidad de un bien que ha salido de ella por voluntad de todos sus

⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, V. II, 1996, p. 182. ESPIAU ESPIAU, S., «Comentario a la STS de 16 de febrero de 1999», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1999, p. 865, según el cual «el ejercicio de la acción resolutoria, en los supuestos de comunidad o pluralidad de sujetos, requiere unanimidad». También CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolución de los contratos por incumplimiento*, 1998, p. 161.

integrantes⁸. A este propósito resulta bastante ilustrativa la STS de 20 de enero de 2000 en la que uno de los comuneros vendedores de una nave industrial ejercitó la acción de resolución contra la compradora. El TS consideró que el demandante carecía de legitimación *ad causam* ya que estaba ejerciendo una acción que corresponde, no sólo a él mismo en su calidad de vendedor, sino también al otro vendedor en su calidad de comunero vendedor de la nave⁹.

En la mayoría de las ocasiones, la exigencia del TS de que todos los comuneros manifiesten la voluntad de resolver se deriva de la calificación de la resolución de un contrato de compraventa como acto de disposición del crédito¹⁰ que, como tal, requiere la concurrencia de la unanimidad de los comuneros¹¹. Y así, la STS de 7 de mayo de 1999 calificó a la resolución de un contrato de compraventa de acto de disposición constituido por la extinción del derecho que está en comunidad (al precio de la cosa vendida), y su sustitución por otro (la devolución de dicha cosa). En el caso resuelto por el Alto Tribunal en dicha ocasión, algunos de los comuneros, vendedores del bien en comunidad, interpusieron demanda solicitando la resolución del contrato de compraventa. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia entraron en el fondo del asunto. El TS, sin embargo, desestimó la demanda fundamentando la deci-

⁸ Pues la venta del bien en comunidad es un acto de disposición que, como tal, exige el acuerdo unánime de todos los comuneros.

⁹ Es interesante poner de relieve que el TS aprecia la falta de legitimación activa *ad causam* de oficio ya que, de no haber sido así, probablemente la acción habría prosperado; de hecho la compradora demandada, recurrente en casación, no alegó falta de legitimación activa del demandante, sino litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandado en el pleito.

¹⁰ En este sentido CLEMENTE MEORO, M.: *La facultad de resolución de los contratos por incumplimiento*, 1998, p. 161.

¹¹ En la regulación del CC relativa a la comunidad de bienes, se distingue entre actos de disposición y actos de administración. El artículo 397 CC, por una parte, aun referido a *alteraciones en la cosa común*, ha sido interpretado en el sentido de exigir la concurrencia de la unanimidad de los comuneros para realizar actos de disposición (sobre si la exigencia de unanimidad debe encontrarse en el precepto citado o en el artículo 399 CC, relativo al poder de cada comunero sobre su cuota, véase nota 31) el artículo 398 CC, por su parte, exige alcanzar la mayoría (de cuotas que no de personas) para realizar actos de administración.

Recientemente la STS de 13 de noviembre de 2001 ha recordado esta doctrina ya consolidada, citando sentencias anteriores entre las que destaca especialmente la STS de 19 de diciembre de 1985 que dice literalmente: «La enajenación de la cosa común como cosa propia supone, en efecto, una alteración de la misma prevista en el artículo 397 del código sustantivo, de añeja tradición [SS. de 17 de junio de 1927, 9 de febrero de 1954, 10 de octubre de 1956, 8 de abril de 1965, 20 y 21 de febrero de 1969 (Resoluciones DGRN), de 25 de abril de 1970 y 14 de diciembre de 1973)], ya que tanto la jurisprudencia como la doctrina dominante estiman que esa alteración no sólo es alusiva a actos materiales, sino a aquellos que tienen repercusión jurídica, pues el artículo 397 no distingue y es el que marca precisamente con el siguiente artículo 398 la frontera de los actos de mera administración y de los que tienen mayor entidad, para cada uno de los cuales se marca, respectivamente, el régimen de simple mayoría o el de unanimidad».

sión en una razón procesal: la falta de legitimación *ad causam* de los demandantes pues «por sí solos, estando ausentes del pleito las otras personas que firmaron como vendedoras el contrato de compraventa, por sí o representadas, carecen de acción para solicitar su resolución por incumplimiento»¹².

La STS de 28 de febrero de 1980 constituye asimismo un claro ejemplo de la posición jurisprudencial a la que nos estamos refiriendo. Los integrantes de varias comunidades habían vendido en un solo contrato los inmuebles de su propiedad. Sólo algunos de los comuneros ejercitaron la acción de resolución. El TS rechazó expresamente la calificación de dicho acto como de administración, tildándolo de «acto de verdadera disposición» pues «si todos fueron los vendedores todos han de ser los que manifiesten por requerimiento –judicial o notarial– su voluntad de dar por resuelto dicho contrato en cuanto a la totalidad de las fincas objeto de la venta».

Recientemente, en la STS de 18 de noviembre de 2000 el TS ha recordado esta doctrina jurisprudencial, aunque el caso que dio lugar a dicha sentencia no estaba referido a la resolución de contrato; la acción, ejercitada por algunos de los integrantes de la comunidad de bienes constituida para la promoción de viviendas unifamiliares en un proceso de ejecución urbanística, era de nulidad de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria celebrado por los representantes de la comunidad. El TS consideró el supuesto de hecho muy cercano al de resolución de un contrato de compraventa por los comuneros; esta aproximación fue la que llevó al Alto Tribunal a apreciar falta de legitimación activa de los demandantes, ya que la acción debía haber sido ejercitada por todos los integrantes de la comunidad de bienes¹³.

2. Casos en los que no se exige la unanimidad

El estudio de las sentencias que se han enfrentado con supuestos de resolución del contrato de compraventa por los comuneros, pone de manifiesto que el criterio de la unanimidad para el ejercicio de la

¹² En el mismo sentido cabe citar las SSTS de 28 de febrero de 1980 y 27 de febrero de 1959.

¹³ Podemos leer en concreto: «El caso, pues, más que a los supuestos de hecho de las sentencias que cita el Tribunal de apelación, se aproxima, pese a las notables diferencias que median entre la resolución y la nulidad contractual, a los decididos por esta Sala en sus sentencias de 7 de mayo de 1999 y 18 de diciembre de 1999 en el sentido de negar acción a sólo alguno (sic) de los copropietarios de la cosa vendida para instar la resolución de la compraventa, por incumplimiento del vendedor, sin intervención en el proceso de los demás copropietarios, dado que según el artículo 397 CC las alteraciones en la cosa común han de ser consentidas por todos los condueños».

acción no es aplicado en la totalidad de los casos. En ocasiones, el TS ha considerado que se cumplía el requisito de la legitimación activa, aun cuando la acción no había sido ejercida por la totalidad de los comuneros. Quizás convenga ya anticipar que la desviación de la línea jurisprudencial es más aparente que real. A dicha conclusión se llega tras el análisis y sistematización de los casos que dieron lugar a las sentencias que se separan del criterio de la unanimidad. Dicho análisis es el que nos disponemos a realizar.

a) *Abuso de derecho*

En la STS de 10 de noviembre de 1994, el Alto Tribunal no exigió la concurrencia de todos los comuneros (en esta ocasión compradores) para ejercitar la acción de resolución del contrato de compraventa de una finca, celebrado con la finalidad de construir un parque acuático. En el contrato existía, de hecho, una condición resolutoria en virtud de la cual el contrato se resolvería en caso de no encontrarse agua suficiente para una instalación de esas características. Tras las investigaciones oportunas, se determinó la insuficiencia de agua para la construcción del parque acuático en la finca objeto de la venta; todos los compradores, salvo uno, ejercitaron la acción de resolución contra el vendedor.

El Tribunal Supremo apreció abuso de derecho en la oposición del único comunero por diversas razones: en primer lugar, porque la cuota del comunero sobre la finca se reducía a un 2 por 100; en segundo lugar, por ser empleado de la empresa cuyo socio mayoritario era el vendedor; y, en tercer lugar, porque el precio de la finca se había estipulado por un valor cinco veces superior al valor de mercado, precisamente con vistas a la construcción del parque acuático. Por todo ello, concluyó el Tribunal Supremo «este cúmulo de circunstancias, y la propia razón de ser lógica de las cosas, obliga a esta Sala a tener en cuenta y aplicar la doctrina legal del abuso del derecho [...] procediendo hacer la declaración de tener por contemplada la legitimación activa de los demandantes, para que puedan ejercitar la presente acción resolutoria del contrato de compraventa». Obsérvese, por tanto, que el TS es, en cierto modo, consciente de que, en caso de no haber existido abuso de derecho, la acción de resolución debía haber sido ejercitada por la unanimidad de los comuneros.

b) *Declaración de un derecho preexistente*

Como es sabido, no es lo mismo manifestar la voluntad de resolver un contrato, es decir llevar a cabo un *acto de configuración jurídica*

dica¹⁴, que, una vez resuelto el contrato, reclamar la recuperación del bien o la declaración de un derecho preexistente (el derecho a la resolución). La concurrencia de la unanimidad de los comuneros se exige cuando de lo que se trata es de llevar a cabo lo primero: todos los comuneros deben manifestar su voluntad de querer utilizar el remedio solutorio ante el incumplimiento del comprador. En muchas de las ocasiones en las que el TS no ha exigido el concurso de todos los comuneros para ejercitar la acción de resolución, la voluntad ya había sido manifestada de forma unánime: de lo que se trataba era de obtener una sentencia declarativa del derecho a la resolución, que ya había nacido con anterioridad (en el momento en que se manifestó la voluntad de resolver). En estos casos, la sentencia estimatoria de la demanda es, indudablemente, beneficiosa para la comunidad; no parece por tanto inadecuado considerar legitimado a cualquier comunero, de acuerdo con la postura adoptada por el TS en términos generales en el ámbito del ejercicio de acciones por los comuneros¹⁵. En qué casos cabe apreciar una manifestación de voluntad anterior al ejercicio de la acción, es lo que a continuación nos disponemos a clarificar.

i) Requerimiento notarial

La STS de 6 de febrero de 1984 constituye un claro ejemplo de lo arriba expuesto. Dicha sentencia se refiere a un caso de resolución de un contrato de compraventa por incumplimiento del comprador del pago de los intereses fijados en el contrato. Con anterioridad al ejercicio de la acción judicial, todos los vendedores requirieron notarialmente al comprador para dar por resuelto el contrato. Posteriormente, uno de los vendedores demandó en nombre de la comunidad al comprador solicitando la resolución del contrato de compraventa; el Tribunal Supremo entendió que el comunero estaba legitimado activamente para ello.

Nótese que la manifestación de voluntad de resolver el contrato de compraventa, para la que es imprescindible la unanimidad de los partícipes en la comunidad, fue realizada en el momento en que se requirió notarialmente al comprador, requerimiento en el que, tal y como ya se ha señalado, participaron todos los comuneros. El comunero demandante estaba ejercitando una acción tendente a la recuperación del bien, a la declaración de un derecho preexistente.

¹⁴ Véase a este propósito MORALES MORENO, A. M., «Comentario a la STS de 21 de octubre de 1988», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1988, p. 928.

¹⁵ En sentido similar se pronuncia CLEMENTE MEORO para quien no es necesario el ejercicio conjunto de todos los acreedores para hacer valer la resolución ya operada, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, 1998, p. 166.

ii) Condición resolutoria

En el supuesto de hecho del que parte la STS de 17 de marzo de 1997 se celebró un contrato de compraventa en el que se estableció una condición resolutoria en virtud de la cual el comprador debía iniciar en el plazo de dos años una actividad de hostelería. Transcurrido el plazo de dos años y ante la inactividad del comprador, uno de los vendedores acciona contra él solicitando la resolución del contrato. El TS consideró que el comunero estaba legitimado activamente.

Por qué razón el TS llega a esa conclusión, es algo que no queda claro al lector de la sentencia¹⁶. Podría entenderse que la manifestación de voluntad de resolver el contrato cuando el comprador incumpliese su obligación (de iniciar la actividad de hostelería en el plazo de dos años) tuvo lugar en el momento en que se estipuló dicha condición resolutoria. De este modo, la acción que ejercitó el comunero en representación de la comunidad estaba dirigida a la declaración de un derecho preexistente, a la recuperación del bien, pues la resolución se produjo *ipso iure* en el momento en que se incumplió la condición.

La extensión de la solución propuesta a la generalidad de supuestos en los que se haya estipulado una condición resolutoria exige ser matizada; entendemos que sólo es aplicable en caso de condiciones resolutorias puras, pues sólo de ellas, y no en las establecidas en interés de parte, es predictable la *automaticidad*¹⁷, como concepto contrapuesto al carácter facultativo del remedio solutorio previsto con carácter general en el artículo 1124 CC. La *automaticidad* implica que el acaecimiento del evento previsto en la condición resolutoria provoca por sí mismo, y sin necesidad de ningún tipo de declaración, la restitución o modificación del régimen contractual¹⁸; la resolución se produce sin necesidad de la intervención de la voluntad de las partes¹⁹. Así se deriva a partir de la dicción literal del artículo 1114 CC

¹⁶ Las afirmaciones del TS son, de hecho, confusas, pues si en el Fundamento de Derecho 1.^º afirma que la resolución en este caso «no opera por la voluntad exclusiva del vendedor, sino en función del cumplimiento o no de los requisitos voluntariamente aceptados por el comprador», de tal manera que parece entender que la resolución tuvo lugar *ipso iure*, en el siguiente fundamento se limita a apuntar que al tratarse de una acción de resolución de contrato, la demandante «poseía facultades para actuar procesalmente en provecho de los demás copartícipes».

¹⁷ Véase a este propósito la STS de 25 de marzo de 1964.

¹⁸ MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 1504 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Albaladejo*, T. XV, V. I, 1989, p. 1192.

¹⁹ RODRÍGUEZ GARCÍA, C. J., *La condición resolutoria*, 1997, p. 189. En este sentido se ha pronunciado también ÁLVAREZ VIGARAY al apuntar que «mientras la verdadera condición resolutoria produce *ipso iure* la resolución, la llamada condición resolutoria tácita no produce automáticamente la resolución del contrato, sino que faculta para pedir que se

que, al definir las condiciones suspensivas y resolutorias, establece lo siguiente: «en las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos [*condición suspensiva*] así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos [*condición resolutoria*] dependerán del acontecimiento que constituya la condición».

Cuando la condición resolutoria se ha establecido en interés de una de las partes del contrato, ésta se configura como una facultad exclusiva de la parte en cuyo interés se ha estipulado dicha condición. En estos casos, a diferencia de lo que sucede en las condiciones resolutorias puras, la resolución no es automática, pues no basta que tenga lugar el acontecimiento previsto en la condición para que se modifique la situación jurídica: es necesario que la parte en cuyo interés se ha establecido la condición manifieste la voluntad de querer resolver.

Situándonos de nuevo en el caso concreto de la venta del bien en comunidad por los comuneros, cuando la condición resolutoria que se establezca pueda calificarse de pura, realizado el evento previsto en ella, cualquier comunero podrá pedir la declaración de la resolución ya operada. Sin embargo, cuando se trate de una condición resolutoria en interés de la comunidad, su configuración como facultad de resolver perteneciente, en este caso, a los comuneros vendedores, exigirá la concurrencia de la unanimidad para manifestar la voluntad de hacer uso de dicha facultad de resolver²⁰.

declare la resolución [...]», «Comentario al artículo 1124 CC», en *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, T. II, 1991, p. 96.

²⁰ Un campo en el que puede resultar especialmente interesante plantearse si, al ejercitarse la acción de resolución, se manifiesta la voluntad de resolver o se pretende la declaración de una resolución ya operada, es aquel que recae en el ámbito de aplicación del artículo 1504 CC. Una de las cuestiones que suele plantearse en relación con dicho precepto consiste en decidir si lo que regula es una condición resolutoria o si, por el contrario, nos encontramos ante una facultad de resolver el contrato.

A grandes rasgos, y sin entrar de manera exhaustiva en esta problemática por no ser éste el objeto de nuestro estudio, cabe afirmar que el TS y la DGRN consideran que el artículo 1504 CC contempla una facultad resolutoria, igual que la del artículo 1124 CC; a esta conclusión se llega a partir de la propia dicción literal del precepto, que permite al comprador pagar aunque haya transcurrido el término para ello «[...] ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial». En palabras de MONTÉS PENADÉS, «el acreedor del precio (vendedor) no puede obtener este efecto hasta después de haber requerido y, por tanto, no cabe un efecto automático derivado de la in ejecución, pues el comprador puede pagar válidamente hasta el requerimiento», «Comentario al artículo 1124 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Albala dejo*, T. XV, V. I, 1989, p. 1173.

Ahí bien, advierte RODRÍGUEZ GARCÍA (*La condición resolutoria*, 1997, p. 187), que la finalidad de la configuración del artículo 1504 CC como una facultad resolutoria no es otra que proteger al comprador quien, en la mayoría de los casos en los que se aplica dicho precepto, está adquiriendo su vivienda: si se configurase el supuesto regulado por el artículo 1504 CC como una resolución que opera *ipso iure*, la falta de pago del precio supondría la pérdida automática de la vivienda. Así pues, a diferencia de lo que sucede en las condiciones resolutorias en interés de parte, la configuración del artículo 1504 CC como una facultad no tiene lugar en interés de la parte facultada para resolver (el vendedor), sino en la del deudor incumplidor (el comprador). Desde la perspectiva del comprador, la necesidad de que el vendedor manifieste la voluntad de resolver, tiene como finali-

c) *Resolución como acto beneficioso para la comunidad*

No queremos dejar de señalar que en ocasiones el TS ha considerado legitimado a cualquier comunero para ejercer la acción de resolución por considerarlo un acto beneficioso para la comunidad²¹. No debe tampoco olvidarse, sin embargo, que se trata de sentencias de fecha anterior²² a las que exigen la unanimidad y de cuya línea se apartan expresamente éstas. Y es que, no puede determinarse *a priori* si la resolución es o no beneficiosa para la comunidad²³⁻²⁴; el acreedor cuenta con un abanico de remedios frente al incumplimiento del deudor, entre los que podrá optar en función de sus intereses. Éstos no conducen necesariamente siempre y en todo caso a inclinarse por la resolución.

dad proteger al sujeto incumplidor ofreciéndole la oportunidad de efectuar el pago aun transcurrido el plazo para ello; sin embargo, desde la perspectiva del vendedor, el establecer expresamente que la falta de pago dará lugar a la resolución, implica manifestar la voluntad de que procederá a la resolución en cualquier caso de falta de pago del precio en el tiempo convenido.

En caso de que el bien inmueble vendido perteneciese a una comunidad de bienes, y en el contrato se hubiese estipulado expresamente que la falta de pago del precio en el tiempo convenido dará lugar a la resolución, la aplicación de las observaciones arriba reflejadas lleva a la conclusión de que el requerimiento notarial o judicial, al que se refiere el artículo 1504 CC, podría realizarlo cualquier comunero.

²¹ Se trata, pues, de la aplicación de la teoría elaborada por el TS para determinar la legitimación de los comuneros en general, a la que nos hemos referido al comienzo.

²² La STS de 18 de marzo de 1972 constituye un claro ejemplo de aplicación de la doctrina general de ejercicio de acciones por parte de los comuneros, al caso concreto de la acción de resolución. En el supuesto de hecho que da lugar al recurso de casación, el actor, copropietario de la cosa objeto del contrato de compraventa, acciona para obtener su resolución. El TS estima la demanda fundamentando su decisión en estos términos: «(el) que actúa a título de copropietario [...] en interés y beneficio y por cuenta de la comunidad, [...] no puede decirse que carece de personalidad por falta de representación del otro copropietario, pues es inveterada y constante la doctrina jurisprudencial que reconoce a cada uno de los copropietarios la facultad para comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos».

Llama la atención la STS de 25 de enero de 1977 ya que, aunque en un primer momento induce a pensar que exigirá la unanimidad de todos los comuneros para resolver el contrato de compraventa del supuestos de hecho, fundamenta el fallo en la doctrina general que permite accionar a cualquier comunero en beneficio de la comunidad. Así, tras calificar la acción de resolución de un contrato de compraventa como acto de disposición, aprecia falta de legitimación en el comunero demandante por considerar que la resolución no reporta beneficio alguno a la comunidad afirmando en concreto que la «cotitularidad de situaciones jurídico-reales, según la constante y reiterada doctrina jurisprudencial, permiten a uno de los comuneros [...] ejercitar cuantas acciones o medios puedan repercutir en beneficio de todos los partícipes, pero nunca cuando aquéllos, como en el supuesto contemplado, puedan redundar en perjuicio de todos o de alguno de ellos».

²³ CAFFARENA LAPORTA ha observado que «la distinción entre actos perjudiciales y actos beneficiosos plantea el problema de determinar en cada caso ante qué clase de actos nos encontramos, y no siempre la respuesta es sencilla», «Voz: Obligación Indivisible», en *EJB*, V, III, 1995, p. 4520.

²⁴ Similar conclusión es la que puede extraerse a partir de recientes sentencias en las que el TS sostiene, en casos aproximables a la resolución, que sólo la comunidad puede decidir lo que le es o no beneficioso.

B. RESOLUCIÓN PARCIAL

Si la resolución del contrato de compraventa del bien en comunidad por parte de los comuneros-vendedores²⁵ debe ser solicitada por todos de forma unánime, cabe preguntarse qué sucede cuando sólo uno o varios de ellos (en cualquier caso, no todos) se inclinan por utilizar el remedio solutorio. En otras palabras, se trata de establecer si en caso de desacuerdo dentro de la comunidad vendedora es posible llegar a la resolución parcial del contrato.

La admisión de la resolución parcial en los términos expuestos²⁶ conduce a una subsistencia parcial del contrato: respecto de las cuotas de aquellos comuneros que no hayan decidido utilizar dicho remedio. Añádase a ello que, como consecuencia del efecto restitutorio de la resolución, los comuneros que optan por este remedio recuperan su cuota de participación sobre el bien vendido, constituyéndose de este modo una nueva comunidad sobre el bien, formada por los vendedores que deciden resolver y el comprador. Éste, que inicialmente había adquirido la propiedad total sobre el bien, de titular único pasa a ser cotitular.

A pesar de que un autorizado sector de la doctrina²⁷ se ha mostrado a favor de la resolución parcial, nos inclinamos por una posición en contra de su admisibilidad²⁸, por las razones que a conti-

Así, en la STS de 10 de abril de 2001, ante la demanda de un comunero por la que solicitaba la resolución de la donación efectuada por todos los integrantes de la comunidad de bienes, el TS apreció falta de legitimación activa rechazando expresamente la aplicación de la doctrina que legitima a cualquier comunero para obrar en interés de la comunidad «porque en autos existen pareceres de muchos comuneros favorables a esa donación, lo que revela que el interés de la comunidad es una cuestión que ha de ser decidida previamente por todos, sin que alguno o algunos de ellos puedan arrogarse el poder de decidirlo por sí y ante sí en aquellas circunstancias».

²⁵ Siempre que se trate de manifestar la voluntad de resolver.

²⁶ La expresión *resolución parcial* puede referirse a otros supuestos en los que no existe pluralidad de sujetos. A título de ejemplo en la STS de 19 de enero de 1983, el TS concedió la resolución parcial a la compradora de una máquina permitiéndole resolver en relación con las piezas de la máquina defectuosas. Similar a este caso es el resuelto por la STS de 7 de julio de 1988 en la que, siendo el objeto de la compraventa dos hornos, los demandados, frente a la pretensión de resolución total, pretendían la resolución parcial, esto es, referida a un solo horno. Esta vez el TS consideró los dos hornos como una unidad contractual.

Aun tratándose de supuestos distintos al que constituye estrictamente el objeto de nuestro estudio, debe señalarse que la *ratio decidendi* de las sentencias citadas, y de otras similares a las que nos referiremos más adelante, aportan claridad a la cuestión que aquí nos planteamos.

²⁷ Fundamentalmente MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, «Comentario al artículo 394 CC», en *Comentarios Edersa*, V. II, 1985, pp. 93 y 22, y en «Comentario al artículo 394 CC», en *Comentarios del CC del Ministerio de Justicia*, T. I, 1991, p. 1078. Le sigue CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, 1998, p. 167. Llama la atención, sin embargo, que en la gran mayoría de la bibliografía consultada no se ha encontrado esta cuestión siquiera planteada.

²⁸ Avalada también por un muy autorizado sector doctrinal: DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, V. II, 1995, p. 182, ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 1972, p. 163 (quien nos informa tam-

nuación expondremos. Como se recordará, en la regulación del CC relativa a la comunidad de bienes no encontramos ningún precepto que se refiera al ejercicio de la acción resolutoria; siendo esto así, huelga decir que no existe disposición alguna relativa a la posibilidad o imposibilidad de resolución parcial. La solución tampoco se halla en las reglas de la comunidad hereditaria, aun cuando sea en este ámbito donde probablemente se plantea con más frecuencia tal situación de desacuerdo entre comuneros²⁹. El CC sí regula, sin embargo, otras situaciones que pueden asimilarse a la resolución parcial; a estos preceptos nos referiremos con el fin de encontrar en ellos las claves de la solución más acorde con nuestro Ordenamiento.

1. Retracto parcial. La protección del interés del comprador

Comencemos por el análisis de los artículos 1514 a 1516 CC, referidos al retracto convencional. Aplicarlos analógicamente al caso de la resolución parcial del contrato por el que se vendió el bien en comunidad constituye una decisión, a nuestro juicio, no sólo acertada, sino también obligada, pues, como es sabido, el retracto convencional se configura en el CC como una causa de resolución de las obligaciones (art. 1506 CC).

En los preceptos citados se contempla el caso de la venta con pacto de retro de una finca indivisa por varios vendedores a un comprador. Dentro de este supuesto cabe distinguir dos casos distintos: en primer lugar, aquel en el que la venta se realiza en un solo contrato; en segundo lugar, aquel en el que cada copropietario de la finca indivisa vende su parte a un mismo comprador, celebrándose para ello varios contratos de compraventa. En ambos supuestos, el CC permite el retracto parcial³⁰, pero mientras que en el primer caso otorga al comprador el derecho a exigir la redención total, no pudiendo ser obligado a aceptar la parcial (art. 1515), en el segundo, «el comprador no podrá obligarle (*al vendedor que ejercita el derecho de retracto*) a redimir la totalidad» (art. 1516).

bien del parecer contrario de la doctrina francesa e italiana). Muy anteriormente también se pronunciaba en contra DE BUEN, *Notas al Curso Elemental de Derecho Civil de Colin y Capitant*, T. IV, 1925, p. 177.

²⁹ Se trataría del caso en el que el vendedor, inicialmente único, fallece, entrando en su posición sus herederos. Véase ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos por incumplimiento*, 1972, p. 163.

³⁰ Es más, el artículo 1514 no permite que ninguno de los vendedores realice el retracto por el todo, pues dice literalmente «ninguno de ellos podrá ejercitarse este derecho más que por su parte respectiva».

Trasladar dicha regulación al caso objeto de nuestro estudio implica otorgar al comprador del bien en comunidad el derecho a exigir la resolución total, siempre que se trate de un único contrato de compraventa³¹. No se muestra de acuerdo con esta solución J. M.^a Miquel, seguido por Clemente Meoro, pues consideran que el fundamento de la regulación del artículo 1515 CC en el sentido expuesto (protección del interés del comprador³²) no es predictable en la hipótesis de la resolución parcial, pues en este caso, aducen los autores citados, el comprador es un deudor incumplidor no digno de protección. Esta argumentación, sin embargo, implica atribuir a la responsabilidad contractual una connotación sancionadora de la que carece³³, olvidando que la principal función de la misma es la de distribuir los riesgos. La imputabilidad o inimputabilidad al deudor de la causa del incumplimiento es un elemento a tener en cuenta en determinados ámbitos, como la indemnización de daños y perjuicios³⁴. Ahora bien, para el ejercicio de la facultad resolutoria basta el incumplimiento, siendo indiferente que éste sea culpable o no culpable. El sistema de remedios por incumplimiento tiene como finalidad restablecer el equilibrio roto, pero no sancionar. Además, la san-

³¹ MIQUEL GONZÁLEZ considera que en realidad la venta de la cosa común lo es de la suma de todas las cuotas. Esta tesis se encuentra íntimamente relacionada con la postura de este mismo autor sobre el precepto en el que debe basarse la exigencia de la unanimidad de los comuneros para realizar actos de disposición. Dicho autor considera poco precisa la calificación de *alteraciones* para aludir a los actos de disposición (y por tanto la fundamentación de su régimen en el artículo 397 CC) y propone fundamentar la exigencia de unanimidad para la realización de actos dispositivos en el artículo 399 CC, precepto que regula la disposición de cada comunero sobre su propia cuota; en este sentido, para el autor, disponer del objeto común equivale a la disposición integrada de cada una de las cuotas («Comentario del artículo 397 CC», en *Comentarios Edersa*, T. V, V. VII, 1985, p. 384).

En contra se pronuncia LACRUZ BERDEJO, para quien «la disposición total no es la suma de las disposiciones de cada uno sobre su respectiva participación» (*Elementos de Derecho Civil*, T. III, Derechos reales, 2001, p. 356). MIQUEL GONZÁLEZ observa que esta última afirmación conduciría a una dualidad de actos de disposición: por una parte, el del objeto común basada en el artículo 397 CC, y por otra, el de cada uno de los comuneros sobre su cuota. De este modo «cuando dos comuneros enajenen la cosa conjuntamente, hay tres objetos diversos sobre los que recae la disposición (o incluso quizás tres disposiciones diferentes): cada una de las partes y la cosa» («Comentario del artículo 397 CC», en *Comentarios Edersa*, T. V, V. VII, 1985, p. 385).

³² Así GARCÍA CANTERO, G.: «Comentario de los artículos 1513 a 1518 CC», en *Comentarios Edersa*, T. XIX, V. I, 1980, p. 549, seguido por RUBIO TORRANO, E., «Comentario de los artículos 1514 y 1515», en *Comentarios del Ministerio de Justicia*, T. II, 1991, p. 1000.

³³ Véase, por todos, PANTALEÓN PRIETO, para quien las ideas punitivas son completamente ajenas a la función exclusivamente resarcitoria («Las nuevas bases de la responsabilidad civil», en *ADC*, 1993, p. 1741) y SALVADOR CODERCH, P., «Punitive damages», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2001, pp. 139 a 152.

³⁴ De hecho, a la hora de determinar su cuantía, el CC distingue entre incumplimiento culpable y doloso (arts. 1101 a 1103 CC).

ción que se impondría con la resolución parcial al deudor incumplidor sería caprichosa y arbitraria, pues no se conecta ni siquiera con la gravedad del incumplimiento sino con el dato aleatorio y casual de que en ese determinado contrato de compraventa la parte vendedora estaba formada por una pluralidad de sujetos que compartían la propiedad sobre el bien. ¿Por qué el comprador que contrata con varios vendedores debe soportar un perjuicio que el comprador que lo hace con un único vendedor nunca sufrirá?

La resolución parcial no sólo implica sancionar arbitrariamente al comprador incumplidor, y, con ello, obviar la función que corresponde al sistema de remedios frente al incumplimiento, sino también cambiar la relación obligatoria, pues en vía de restitución se transforma el objeto: el comprador, que había adquirido la propiedad sobre el bien, pasa a ser titular de una cuota sobre el mismo. La resolución parcial en los términos expuestos conduce a una modificación del objeto contractual que no puede justificarse en la sanción al deudor incumplidor. La función de la resolución no es más que desvincular y provocar la restitución del objeto inicial.

Obsérvese que lo que en el fondo subyace es una contraposición de intereses: por una parte, el de los comuneros que deciden utilizar el remedio solutorio en relación con su cuota y, por otra, el del comprador que ve transformado el objeto del contrato. Proteger el interés de los comuneros que optan por la resolución de su cuota supone otorgar primacía a unos intereses de ejercicio del derecho no incorporados a la regla que rige la relación obligatoria. Decidir si el interés del deudor en alcanzar la resolución total es digno de protección, en función de la imputabilidad del incumplimiento, no parece compatible con la actual idea de la resolución: como es sabido, la jurisprudencia interpreta hoy el artículo 1124 CC sin exigir, como hiciera en otra época, una voluntad deliberadamente rebelde del deudor al incumplir, considerando suficiente la frustración del fin del contrato y despojando de este modo a la resolución contractual de cualquier connotación sancionadora y subjetiva.

A todo lo anterior debe añadirse lo inadecuado de otra de las consecuencias derivadas de la admisibilidad de la resolución parcial: obsérvese que si permitimos a algunos de los comuneros invocar la resolución, el resto de los integrantes de la comunidad podrán solicitar (justamente) el derecho a optar por el resto de los remedios frente al incumplimiento, que procedan en el caso concreto.

2. La transformación del objeto contractual

La regulación del retracto parcial en los términos expuestos se debe, no sólo a la protección del interés del comprador, sino también a la configuración del objeto contractual; de este modo se explica que cuando la venta de la finca indivisa se haya llevado a cabo en un solo contrato (siendo su objeto contractual la finca como unidad) el comprador pueda exigir la redención total (art. 1515 CC), mientras que celebrándose varios contratos de compraventa (tantos como cuotas vendidas y siendo el objeto de cada uno de ellos la cuota sobre la finca) el comprador carezca de dicho derecho (art. 1516 CC).

La transformación del objeto contractual como criterio para imposibilitar la resolución parcial puede apreciarse en la STS de 18 de diciembre de 1999. El litigio trae origen del contrato de compraventa de dos locales celebrado entre dos vendedores (cada uno dueño de un local) y un comprador. Uno de los vendedores solicita la resolución total del contrato de compraventa. La Audiencia, al apreciar falta de legitimación activa del demandante respecto del local que pertenecía al otro vendedor, decreta la resolución parcial: respecto del local propiedad del demandante. El TS casa la sentencia de la Audiencia al considerar que ésta «viene a fracturar o a quebrantar el principio de la unidad institucional de todo negocio jurídico (máxime cuando en el de autos de la especie de compraventa, hasta contiene un precio único de treinta millones de pesetas, con lo que no cabrá en su día, ejecutar lo decidido *“ope sententia”* de resolver en parte sí, en parte no), en la idea de que en el contrato litigioso, cuya resolución parcial se declara –se repite– y se mantiene su vigencia en el resto, en cuanto no se examina el mismo por la falta de legitimación activa, al no haber actuado los propietarios del local, todo ello pues produce la quiebra de esa disciplina». Con este fundamento, el TS vino a confirmar la sentencia de la Instancia que, al apreciar falta de litisconsorcio activo necesario, por no haber pedido la resolución el otro de los vendedores, no entró en el fondo del asunto.

Nótese la diferencia entre el caso resuelto por la anterior sentencia y el que dio lugar a la STS de 30 de octubre de 1995: en este caso son dos los compradores del bien perteneciente a la comunidad vendedora. Ésta acuerda con uno de los compradores la resolución respecto de su cuota. La aceptación de esta resolución parcial por el TS no choca en absoluto con la tesis que aquí se mantiene, si tenemos en cuenta que al comprador con el que no se acordó la resolución no se le está transformando el objeto del contrato, pues-

to que él adquirió una cuota sobre el bien y una cuota es lo que sigue siendo de su titularidad. No le falta por ello razón al TS cuando observa que lo que tuvo lugar fue una modificación subjetiva en el contrato determinada por la cesión por el comprador a los vendedores de su cuota indiviso del 50 por 100.

La importancia de la configuración del objeto contractual se refleja, no sólo en el ámbito del retracto parcial, sino, en general, en la subsistencia parcial del contrato.

Ejemplo de ello es el artículo 1491 CC, referido a la evicción parcial en caso de compraventa de dos o más animales conjuntamente por precio alzado. Su regulación se extiende a todos los supuestos de compraventa de cosas, tal y como nos indica inmediatamente a continuación el artículo 1492 CC. Pues bien, siguiendo la pauta que encontrábamos en los preceptos reguladores del retracto parcial, el artículo 1491 CC comienza señalando que el vicio redhibitorio de cada uno de los animales dará solamente lugar a su redhibición y no a la de los otros (redhibición parcial). Acto seguido, y de nuevo al igual que en el caso de la redención parcial, se permite la redhibición total cuando «aparezca que el comprador no habría comprado el sano o sanos sin el vicioso». Termina el precepto estableciendo la presunción de que éste es el sentir del comprador cuando se trata de la compra de un tiro, yunta, pareja o juego «aunque se haya señalado un precio separado a cada uno de los animales que lo componen». Obsérvese, pues, que la configuración del objeto contractual se erige en el dato central que nuestro Código toma en consideración a la hora de otorgar al comprador la posibilidad de oponerse a la ineficacia parcial del contrato³⁵.

Es también éste el sentir del TS que se desprende de la jurisprudencia relativa a casos en los que se plantea la subsistencia parcial del contrato; en ellos, el carácter divisible o indivisible de la prestación ha jugado un importante papel a la hora de decidir el fallo³⁶⁻³⁷.

³⁵ En el ámbito del Derecho Uniforme subyace una concepción muy similar a la expuesta. Así la *Convention on International Sale of Goods*, en su artículo 51 establece la posibilidad de la resolución parcial sometida, sin embargo, a un límite fundamentado precisamente en la protección del interés del comprador: en efecto en su párrafo 2.º dispone que «el comprador podrá declarar la resolución del contrato en su totalidad sólo si la entrega parcial o no conforme al contrato constituye un incumplimiento esencial de éste».

Cabe también citar el *Code Européen des contrats* que permite la anulabilidad parcial si sigue teniendo consistencia y validez jurídica autónoma en relación con su conjunto (art. 146).

³⁶ Parece claro el carácter indivisible de la obligación asumida por la comunidad al celebrar un contrato de compraventa del bien en comunidad: su obligación consiste en la entrega del bien, esto es, en una obligación de dar un cuerpo cierto, obligación que el CC considera indivisible a tenor del artículo 1151 CC. A propósito de las obligaciones indivisibles véase CAFFARENA LAPORTA: «Voz: Obligación indivisible», en *EJB*, V. III, 1995, pp. 4519 a 4521.

³⁷ Ejemplo de la importancia que para el CC tiene la indivisibilidad, lo constituye el artículo 535, referido a las servidumbres. Dicho precepto, tras declarar que las servidum-

Sirva de ejemplo la STS de 8 de julio de 1988 en la que el Alto Tribunal rechazó la pretensión de validez parcial del contrato de compraventa del bien en comunidad, respecto de la cuota del comunero que lo había celebrado sin consentimiento de los demás, «por cuanto que el objeto de la compraventa es la finca como unidad física y jurídica».

La STS de 19 de enero de 1983 no trata un problema de comunidad de bienes, sino de configuración del objeto contractual; dicha sentencia, sin embargo, nos descubre que cuando el TS ha fallado a favor de la subsistencia parcial de un contrato, ha sido por no suponer esto una pérdida del valor económico del objeto. En el caso concreto, se permitió a la compradora de una máquina industrial la resolución parcial, respecto de las partes defectuosas de la máquina por estar ésta «compuesta de partes capaces de separación y de utilización también parcial, bastantes para satisfacer, en las partes no defectuosas, el interés del acreedor».

Es importante advertir que la indivisibilidad que toma en cuenta el Alto Tribunal no es la física, sino la jurídica³⁸, de tal manera que el que el bien en comunidad sea físicamente divisible no implica que la resolución parcial sea adecuada. Así, en la STS de 22 de marzo de 1950 uno de los dos compradores de una serie de postes de madera interpone demanda contra el vendedor ante la falta de entrega de una parte; el demandante solicitaba la resolución parcial, por la parte que a él le afectaba. El TS casa la sentencia de la Audiencia, que había estimado la demanda basando su decisión en la divisibilidad de la prestación; para el TS, sin embargo, la materia objeto del contrato era única desde el punto de vista jurídico³⁹.

El que el carácter indivisible de la obligación incida en el tratamiento jurídico del contrato se aprecia en la STS de 22 de febrero de 1950. Los demandantes pedían que los demandados fuesen con-

bres son indivisibles, se ocupa del caso en que se divide el predio sirviente y de aquel en el que es el predio dominante el que se divide entre dos o más. En el primer caso «la servidumbre no se modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponda». En el segundo caso, el precepto declara que «cada porcionero puede usar por entero la servidumbre».

³⁸ Para BERCOT RODRÍGUEZ-CANO, queda muy clara la posibilidad de construir una obligación bilateral indivisible incluso cuando ambas prestaciones son divisibles en la STS de 6 de diciembre de 1889. En esa ocasión un arrendatario celebra un único contrato de arrendamiento que tiene como objeto varias fincas pertenecientes a varios propietarios. Ante la venta de las mismas a un tercero antes de la conclusión del arrendamiento el arrendatario exigió la devolución de todas las rentas. El autor citado considera que aunque la venta sólo hubiese afectado a una de las fincas el arrendatario habría podido resolver igualmente la relación obligatoria, pues «el carácter unitario e indivisible del arrendamiento derivaba directamente de la intención de las partes», «Comentario del artículo 1151 CC», en *Comentarios Edersa*, T. XV, V. II, 1983, p. 441.

³⁹ Un año antes, sin embargo, el TS había llegado a la solución contraria en un supuesto muy similar (STS de 1 de julio de 1949).

denados a cumplir lo acordado en un acto de conciliación celebrado entre ambas partes, en virtud del cual se reconocía la existencia de una propiedad indivisa sobre un almacén y se decidía liquidarla. Una demandada opuso la nulidad de la transacción por no haber actuado con la representación debida en relación con sus hijos y por no haber participado en su perfeccionamiento uno de los copropietarios. Tanto el Juzgado como la Audiencia condenaron al cumplimiento de lo pactado, absolviendo a los hijos de la demandada que había opuesto la falta de representación y al copropietario que no participó en la transacción. El TS, sin embargo, reconoce la nulidad total del pacto transaccional basándose en la indivisibilidad de la obligación colectivamente asumida⁴⁰.

III. RESOLUCIÓN DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SOBRE EL BIEN EN COMUNIDAD

A. ACTO DE ADMINISTRACIÓN: MAYORÍA

A diferencia del contrato de compraventa, la celebración del contrato de arrendamiento se considera un acto de administración sobre el bien en comunidad, por lo que es suficiente la concurrencia de la mayoría para su perfección (art. 398 CC). El TS, en la mayoría de las ocasiones en las que se ha pronunciado en relación con la legitimación de los comuneros para solicitar la resolución de un contrato de arrendamiento, también ha exigido el acuerdo de la mayoría (STS de 6 de marzo de 1997), entendiendo que falta la legitimación activa cuando tal mayoría no se alcanza (STS de 20 de diciembre de 1989)⁴¹.

⁴⁰ En relación con dicha sentencia observa BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, acertadamente que «la indivisibilidad de la obligación elimina automáticamente la viabilidad de una validez parcial del contrato, puesto que no cabe un cumplimiento parcial del mismo. [...] Carece de sentido el intento de salvar, aunque sólo sea parcialmente, la relación jurídica básica, desde el momento en que su cumplimiento parcial determina automáticamente la pérdida de su valor económico-social», «Comentario del artículo 1151 CC», en *Comentarios Edersa*, T. XV, V. II, 1983, p. 443

⁴¹ Debe advertirse, sin embargo, que no siempre el Tribunal Supremo llega a esta conclusión ya que, en ocasiones, aun calificando de acto de administración el ejercicio de la acción resolutoria cuyo objeto es el contrato de arrendamiento, considera que cualquier comunero está legitimado para accionar. Tal y como observa MIGUEL GONZÁLEZ, «parece que el Tribunal ha decidido como si fuera aplicable el artículo 1695.1 CC» precepto regulador de la sociedad civil y según el cual «cuando no se haya estipulado el modo de administrar [...] todos los socios se considerarán apoderados, y lo que cualquiera de ellos hiciere por sí solo, obligará a la sociedad». La STS de 7 de junio de 1954 constituye un ejemplo claro de la observación realizada por el citado autor: en el caso concreto una de las dos

B. ARRENDAMIENTOS DE LARGA DURACIÓN: ¿UNANIMIDAD?

En la STS de 5 de marzo de 1982 podemos leer «la concertación y, lógicamente, resolución de un contrato de arrendamiento, no es ni puede ser una alteración o disposición de la cosa común (ni jurídica ni material), sino un simple acto de administración o mejor disfrute». Al vincular tan estrechamente los requisitos para la perfección del contrato de arrendamiento con los aplicables para su resolución, se plantea si en los arrendamientos de larga duración, considerados actos de disposición y para cuya perfección se exige, por tanto, la concurrencia de la unanimidad de los comuneros, también la unanimidad debe manifestar la voluntad de resolver⁴².

Creemos que la respuesta a esta cuestión debe ser negativa; la razón por la que la concertación de un contrato de arrendamiento de larga duración es la unanimidad estriba en que este contrato supone privar a la comunidad durante largo tiempo del disfrute de

arrendadoras decide resolver el contrato de arrendamiento. El TS falla a favor de la demandante aduciendo que «el arrendamiento es un acto de administración [...] que puede realizar cualquiera de los condueños, y por la misma razón cualquiera de ellos puede poner fin al contrato de arrendamiento». Nótese que el Alto Tribunal no entra a valorar si la comunera demandante contaba con la mayoría de las cuotas.

El TS ha aplicado también la doctrina general relativa a la legitimación de los comuneros para interponer acciones, a la resolución del contrato de arrendamiento; véase a este propósito la STS de 19 de febrero de 1964 y la ya citada STS de 5 de marzo de 1982 (véase nota 2). Nótese que, en cualquier caso, se trata de sentencias anteriores a las que exigen la concurrencia de la mayoría. Recientemente el TS en la sentencia de 19 de septiembre de 1997 permitió la resolución de un contrato de arrendamiento a uno de los dos comuneros integrantes de la comunidad de bienes, aun representando la minoría de cuotas. Sin embargo la peculiaridad del supuesto de hecho quizás explique por qué el Tribunal lo permitió. El comunero que reunía la mayoría de cuotas autorizó una obra al arrendatario que, por su envergadura al cambiar elementos estructurales del bien, requería el acuerdo de la unanimidad de los comuneros, por considerarse un acto de disposición. El comunero con la minoría de las cuotas demandó a los arrendatarios y al comunero autorizante solicitando la resolución del contrato por llevar a cabo obras desautorizadas. El TS lo estimó considerando además que los arrendatarios carecían de buena fe, que habría existido de haber autorizado las obras el comunero que normalmente se relacionaba con ellos.

⁴² Así lo observa LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, T. III, Derechos reales, 2001, p. 351.

La calificación que merecen este tipo de actos es la de actos de *extraordinaria administración*, categoría intermedia entre actos de disposición y actos de mera administración y que, en relación con nuestro objeto de estudio, tiene la importante consecuencia de requerir la unanimidad de los comuneros para su perfección. En relación con el momento a partir del cual cabe calificar de larga duración un contrato de arrendamiento, probablemente lo más adecuado sea mantener el plazo de seis años que establecía la doctrina anteriormente. El establecimiento de dicha frontera temporal precisamente en los seis años se debía a que sólo eran inscribibles en el Registro de la Propiedad los arrendamientos cuya duración superase ese plazo; este criterio fundamental no es esgrimible actualmente debido a que el artículo 2 LH en su párrafo 5.^º permite la inscripción de todos los arrendamientos. El mantenimiento del plazo de seis años puede basarse en la dicción del artículo 1548 CC, que no permite a los administradores que no tengan poder especial el arrendamiento por tiempo superior al plazo citado.

la cosa. Pero la resolución del mismo supone que el bien vuelve a la administración de la comunidad, por lo que parece excesivo exigir para ello la concurrencia de la unanimidad⁴³.

C. PROTECCIÓN DE LA MINORÍA: RECURSO AL JUEZ

Si en el ámbito de la resolución del contrato de compraventa del bien en comunidad, se plantea la posibilidad de la resolución parcial ante la falta de acuerdo de la unanimidad de los comuneros, en el contrato de arrendamiento del bien en comunidad lo que procede abordar es si la minoría que opta por la resolución cuenta con algún medio para llegar a ella. La resolución parcial no nos parece ni siquiera planteable, no sólo por su imposibilidad conceptual, sino porque el CC ya ofrece una solución para el caso de que no se alcance la mayoría necesaria para exigir la resolución. Así, en su artículo 398 establece que si el acuerdo de la mayoría es gravemente perjudicial para la minoría, ésta podrá acudir al juez.

IV. OTROS CONTRATOS SOBRE EL BIEN EN COMUNIDAD

Queda por abordar una última cuestión: ¿quién está legitimado para pedir la restitución del bien dado en comodato o en depósito, o para revocar el poder conferido al mandatario para que realice un acto en relación con el bien en comunidad?

Nótese que en este ámbito no se plantea la posibilidad de una restitución o revocación parcial, por varias razones. En primer lugar, porque en algunos supuestos es conceptualmente imposible: así sucede en el caso del mandato, pero también en el del depósito y comodato cuando el bien en comunidad es indivisible. En segundo lugar, porque en el resto de supuestos, esto es en los casos de depósito y comodato de un bien divisible, porque al reclamar un comunero la devolución de su parte está, de manera implícita,

⁴³ En la STS de 6 de abril de 1993 el TS rechazó el argumento de la parte demandada basado, precisamente, en que, al ser el arrendamiento de larga duración, la resolución, como acto de disposición, debía ser solicitada por la unanimidad. El TS basó su decisión en tres argumentos: primero, que la calificación relativa a la naturaleza que, desde la perspectiva de la comunidad de bienes, deba corresponder al arrendamiento es algo ajeno a ese proceso; segundo, que no existía constancia en autos de la oposición de los demás condenados, lo cual podría considerarse una ratificación tácita; y tercero, que se trataba de un resultado provechoso común.

saliendo de la comunidad, pues para poder reclamar la cuota que le corresponde debe llevarse a cabo previamente la división del bien.

Por todas las razones expuestas, nuestro análisis se referirá a la legitimación de los comuneros para pedir la restitución del bien en su totalidad, estando éste en depósito o comodato, y para revocar el poder conferido al mandatario.

A. CONTRATOS DE DEPÓSITO Y COMODATO

En el ámbito del depósito, el artículo 1772 CC se refiere expresamente al supuesto de varios depositantes. El citado precepto prevé un distinto régimen en función de si el bien es o no divisible. En el primer caso, dispone que cada depositante (comunero) podrá pedir su parte; en el segundo, se remite a los artículos 1141 y 1142 CC, referidos a la solidaridad activa. A efectos de nuestro objeto de estudio, es el primero de ellos el que nos aporta un dato de interés: cada acreedor solidario (en nuestro caso, cada comunero) puede hacer lo que sea útil a los demás.

En nuestra opinión, la restitución del bien depositado entra dentro del concepto de «utilidad para los demás comuneros», pues parece lógico que cualquiera de los depositantes pueda, como regla general, solicitar que el bien sea restituido. Téngase en cuenta, a este propósito, que en este tipo de contratos, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en la compraventa, no se ha concedido un derecho a la otra parte contratante (el depositario): quien tiene derecho es el depositante. Y así, el artículo 1775 CC establece, como es sabido, que el depositario debe restituir el bien al depositante cuando lo reclame, con independencia de que se haya fijado un plazo o tiempo determinado para la devolución. Teniendo en cuenta que cada comunero tiene derecho a servirse del bien en comunidad (art. 394 CC), siendo varios los depositantes, probablemente cualquiera pueda utilizar el derecho que le ofrece el ya citado artículo 1775 CC a fin de hacer uso del bien. El propio artículo 394 CC nos establece una limitación al derecho de uso que puede tener su incidencia en el ámbito del depósito. El citado precepto advierte que el uso del comunero no debe perjudicar el interés de la comunidad. De ello se desprende que cuando la función del depósito no consista simplemente en la conservación de la cosa, sino en una función específica, como garantizar a cada uno de los depositantes comuneros que el objeto no va a ser usado por los demás o garantizar una mejor conservación de la cosa, no nos parece que pueda cualquier comunero unilateralmente reclamar la devolución del

bien. Debe, pues, existir una razón específica por la que se ha dejado en depósito el bien, incorporada al contrato de tal modo que quiera entender que se limita la posibilidad de solicitar la restitución del bien en depósito.

Reflexiones similares son aplicables a la solicitud de la restitución del bien dado en comodato; recuérdese a este propósito que el artículo 1749 CC contiene una regla parecida a la reflejada en el artículo 1775 para el depósito.

B. CONTRATO DE MANDATO

En el contrato de mandato lo que se plantea es la posibilidad de que cualquier comunero pueda revocar un poder conferido por todos los comuneros para ejecutar un acuerdo tomado por la comunidad. Obsérvese que este acuerdo tiene un doble contenido: por una parte, ejecutar un acto en relación con el bien en comunidad y, por otra, que sea precisamente el sujeto al que se ha otorgado el poder el que lleve a cabo dicho acto. Es dudoso que cualquier comunero pueda, unilateralmente, revocar el poder conferido al efecto, pues ello supone contravenir un acuerdo tomado en el seno de la comunidad.

V. CONCLUSIONES

Son varias las conclusiones que se extraen a partir del análisis realizado en las páginas anteriores.

En el caso de la venta del bien en comunidad, la legitimación para manifestar la voluntad de optar por el remedio solutorio ante el incumplimiento del comprador del bien en comunidad, corresponde a la unanimidad de los comuneros. De esta regla se exceptúa el caso en el que, antes del requerimiento judicial de resolución, ésta ya fue solicitada por la unanimidad de los comuneros extrajudicialmente o al estipular una condición resolutoria pura en el contrato. En caso de que la comunidad no llegue a un acuerdo acerca de la utilización del remedio solutorio, el comprador no puede ser obligado a aceptar una resolución parcial, pues ello implica imponerle una transformación del objeto del contrato (cuando la venta se ha llevado a cabo conjuntamente por todos los comuneros en un solo contrato). La aplicación analógica de la regulación del CC relativa al retracto parcial y a la redhibición parcial

en caso de vicios ocultos, así como los argumentos que anteriormente han sido expuestos y a los que nos remitimos, nos conducen a afirmar que el comprador cuenta con la posibilidad de exigir la resolución por el todo.

En relación con el resto de contratos, las particularidades que presenta cada uno de ellos, nos conduce a la propuesta de reglas distintas: para el caso de la resolución del contrato de arrendamiento, parece razonable exigir la concurrencia de la mayoría de los comuneros para pedir la resolución, contando la minoría con la protección que, con carácter general para los actos de administración, le ofrece el CC; tanto en el ámbito del depósito como en el del comodato creemos que cualquier comunero puede, como regla general, exigir la devolución del bien, salvo que ello suponga un perjuicio para la comunidad; en el ámbito del mandato, sin embargo, nos parece más dudoso que cualquier comunero pueda, unilateralmente, revocar el poder conferido en virtud de un acuerdo tomado en el seno de la comunidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1972.
- «Comentario del artículo 1124 CC», en *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991, pp. 96-100.
- BELTRÁN DE HEREDIA, J.: *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Las obligaciones divisibles e indivisibles», en *ADC*, 1973, pp. 507 a 558.
- «Comentario del artículo 1151 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Albaladejo*, T. XV, V. II, 1983, pp. 427 a 448.
- CAFFARENA LAPORTA, J.: «Comentario de los artículos 1137 y 1138 CC», en *Comentarios del CC del Ministerio de Justicia*, T. II, Madrid 1991, pp. 117 a 122.
- «Voz: Obligación indivisible», en *EJB*, V. III, Madrid, 1995, pp. 4519 y 4520.
- CLEMENTE MEORO, M.: *La facultad de resolver las obligaciones por incumplimiento*, Valencia, 1998.
- DE BUEN, D.: *Notas sobre el Derecho Civil español al Curso elemental de Derecho Civil de Colin*. A, Madrid, 1922-1928.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «Voz: Resolución (Derecho Civil)», en *EJB*, T. IV, Madrid, 1995, pp. 5889 a 5899.
- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, V. II, Madrid 1996.
- ESPIAU ESPIAU, S.: «Comentario a la STS de 16 de febrero de 1999», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1999, pp. 861 a 866.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A: *La resolución por incumplimiento en la obligaciones bilaterales*, Madrid 1998.

- GARCÍA CANTERO, G.: «Comentario de los artículos 1491 a 1499 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Albaladejo*, T. XIX, V. I, Madrid 1980, pp. 365 a 397.
- «Comentario de los artículos 1513 a 1518 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Albaladejo*, T. XIX, V. I, Madrid 1980, pp. 544 a 555.
- GUIARTE ZAPATERO, V.: «Comentario de los artículos 1137 y 1138 CC» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Albaladejo*, T. XV, V. II, Madrid, 1983, pp. 191 a 261.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, T. III, Derechos reales. Madrid 2001.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario del artículo 394 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Albaladejo*, T. V, V. II, Madrid 1985, pp. 70-101.
- «Comentario del artículo 397 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Albaladejo*, T. V, V. II, Madrid 1985, pp. 383-401.
- «Comentario del artículo 398 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Albaladejo*, T. V, V. II, Madrid 1985, pp. 401-421.
- «Comentario del artículo 399 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Albaladejo*, T. V, V. II, Madrid 1985, pp. 421-438.
- «Comentario del artículo 394 CC», en *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, T. I, Madrid 1991, pp. 1075-1078.
- «Voz: Comunidad de bienes», en *EJB*, V. I, 1995, pp. 1314 a 1321.
- MONFORT FERRERO, M. J.: *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos del dominio*, Valencia, 2000.
- MONTÉS PENADÉS, V. L.: «Comentario del artículo 1124 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Albaladejo*, T. XV, V. I, Madrid 1989, pp. 1172-1255.
- MORALES MORENO, A. M.: «Comentario a la STS de 21 de octubre de 1988», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1988, pp. 919-933.
- «Comentario del artículo 1491 CC», en *Comentarios del CC del Ministerio de Justicia*, T. II, Madrid, 1991, pp. 970 y 971.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Las nuevas bases de la responsabilidad civil», en *ADC*, 1993, pp. 1719 a 1745.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, C. J.: *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Madrid, 1997.
- RUBIO TORRANO, E.: «Comentario de los artículos 1514 y 1515 CC», en *Comentarios del CC del Ministerio de Justicia*, T. II, Madrid, 1991, pp. 999 a 1000.
- SALVADOR CODERCH, P.: «Punitive damages», en *La responsabilidad en el Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 4 (2000), Madrid, 2001, pp. 139 a 152.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

MARTA REQUEJO ISIDRO

Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Santiago de Compostela

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

ACUERDO EEE. MODIFICACIONES

1. **Consúltese DOUE, L, núm. 137, de 5 de junio de 2003; DOUE, L, núm. 193, de 31 de agosto de 2003; DOUE, L, núm. 272, de 23 de octubre de 2003.**

AVIACIÓN CIVIL

2. **Reglamento (CE) núm. 1701/2003 de la Comisión, de 24 de septiembre de 2003, por el que se adapta el artículo 6 del Reglamento (CE) núm. 1592/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea. DOUE, L, núm. 243, de 27 de septiembre de 2003.**
3. **Reglamento (CE) núm. 1643/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2003, que modifica el Reglamento (CE) núm. 1592/2002 sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea. DOUE, L, núm. 245, de 29 de septiembre de 2003.**
4. **Reglamento (CE) núm. 1643/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2003, que modifica el Reglamento (CE) núm. 1592/2002 sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea. DOUE, L, núm. 245, de 29 de septiembre de 2003.**

CONTABILIDAD

5. **Directiva 2003/38/CE del Consejo, de 13 de mayo de 2003, por la que se modifica la Directiva 78/660/CEE relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, por lo que se refiere a las cantidades expresadas en euros. DOUE, L, núm. 120, de 15 de mayo de 2003.**

6. **Directiva 2003/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2003, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE y 91/674/CEE del Consejo sobre las cuentas anuales y consolidadas de determinadas formas de sociedades, bancos y otras entidades financieras y empresas de seguros.** DOUE, L, núm. 178, de 17 de julio de 2003.
7. **Reglamento (CE) núm. 1725/2003 de la Comisión, de 29 de septiembre de 2003, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo.** DOUE, L, núm. 261, de 13 de octubre de 2003.

INSTITUCIONES

8. **Modificación del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Niza.** DOUE, L, núm. 147, de 14 de junio de 2003.
9. **Modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Niza.** DOUE, L, núm. 147, de 14 de junio de 2003.
10. **Decisión del Consejo, de 15 de julio de 2003, por la que se modifica el artículo 23 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia.** DOUE, L, núm. 188, de 26 de julio de 2003.
11. **Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.** DOUE, C, núm. 193, de 14 de agosto de 2003.
12. **Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.** DOUE, C, núm. 193, de 14 de agosto de 2003.

LIBRE COMPETENCIA

13. **Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado).** DOUE, L, núm. 96, de 12 de abril de 2003.

PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

14. **Reglamento (CE) núm. 692/2003 del Consejo, de 8 de abril de 2003, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 2081/92 relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios.** DOUE, L, núm. 99, de 17 de abril de 2003.
15. **Reglamento (CE) núm. 1383/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en**

los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual y a las medidas que deben tomarse respecto de las mercancías que vulneren esos derechos. DOUE, L, núm. 196, de 2 de agosto de 2003.

16. **Reglamento (CE) núm. 1653/2003 del Consejo, de 18 de junio de 2003, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 40/94 sobre la marca comunitaria. DOUE, L, núm. 245, de 29 de septiembre de 2003.**
17. **Reglamento (CE) núm. 1650/2003 del Consejo, de 18 de junio de 2003, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2100/94 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales. DOUE, L, núm. 245, de 29 de septiembre de 2003.**
18. **Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 1549/98 de la Comisión, de 17 de julio de 1998, que completa el anexo del Reglamento (CE) núm. 1107/96 relativo al registro de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 17 del Reglamento (CEE) núm. 2081/92 del Consejo. DOUE, L, núm. 249, de 1 de octubre de 2003.**

PUBLICIDAD Y PATROCINIO

19. **Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco. DOUE, L, núm. 152, de 20 de junio de 2003.**

RADIODIFUSIÓN

20. **Publicación de la lista consolidada de las medidas adoptadas con arreglo al apartado 2 del artículo 3 bis de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. DOUE, C, núm. 183, de 2 de agosto de 2003.**

REAGRUPACIÓN FAMILIAR

21. **Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. DOUE, L, núm. 251, de 3 de octubre de 2003.**

SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA

22. **Reglamento (CE) núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE).** DOUE, L, núm. 207, de 18 de agosto de 2003.
23. **Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.** DOUE, L, núm. 207, de 18 de agosto de 2003.

B) PROPUESTAS, PROYECTOS, PREGUNTAS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

AVIACIÓN CIVIL

24. **Posición Común (CE) núm. 27/2003, de 18 de marzo de 2003, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y anulación o gran retraso de los vuelos y se deroga el Reglamento (CEE) núm. 295/92.** DOUE, C, núm. 122 E, de 27 de mayo de 2003.
25. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la posición común del Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea.** DOUE, C, núm. 127 E, de 29 de mayo de 2003 .
26. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en segunda lectura el 9 de abril de 2002 con vistas a la adopción del Reglamento (CE) núm. .../2002 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea.** DOUE, C, núm. 127 E, de 29 de mayo de 2003.

CONSUMIDORES

27. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006».** DOUE, C. núm. 95, de 23 de abril de 2003.
28. **E-3504/02. Pregunta escrita de Robert Evans a la Comisión. Asunto: Directiva sobre acciones inhibitorias en materia de protección**

de los intereses de los consumidores. DOUE. C, núm. 137 E, de 12 de junio de 2003.

29. **E-2864/02. Pregunta escrita de Charles Tannock a la Comisión. Asunto: El coste de las transferencias bancarias y las competencias de la Comisión para autorizar acciones judiciales. DOUE, C, núm. 155 E, de 3 de julio de 2003.**
30. **Comunicación de la Comisión conforme al apartado 3 del artículo 4 de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva (1). DOUE, C, núm. 159, de 8 de julio de 2003.**
31. **E-0493/03. Pregunta escrita de Glyn Ford a la Comisión. Asunto: Directiva relativa al crédito al consumo y lucha contra la delincuencia financiera. DOUE, C, núm. 161, de 10 de julio de 2003.**
32. **Comunicación. Lista de entidades nacionales habilitadas para ejercer una acción de cesación. DOUE, C, núm. 194, de 15 de agosto de 2003.**
33. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores». DOUE, C, núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.**
34. **Decisión de la Comisión, de 9 de octubre de 2003, por la que se crea un Grupo Consultivo Europeo de los Consumidores. DOUE, L, núm. 258, de 10 de octubre de 2003.**

CONTABILIDAD

35. **Dictamen del Comité Económico y Social y Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE, 83/349/CEE y 91/674/CEE sobre las cuentas anuales y consolidadas de determinadas formas de sociedades y empresas de seguros». DOUE, C, núm. 85, de 8 de abril de 2003.**
36. **E-2831/02. Pregunta escrita de Robert Goebbels a la Comisión. Asunto: Comercio internacional y normas en materia de publicación de los balances. DOUE, C, núm. 92 E, de 17 de abril de 2003.**

DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

37. **Resolución del Consejo sobre «Un Derecho contractual europeo más coherente». DOUE, C, núm. 246, de 14 de octubre de 2003.**

DERECHO MARÍTIMO INTERNACIONAL

38. **E-3593/02. Pregunta escrita de Camilo Nogueira Román a la Comisión.** Asunto: Iniciativas de la Unión Europea respecto a la modificación del Derecho Marítimo Internacional. Intrincada situación jurídica de los buques petroleros. DOUE, C, núm. 161, de 10 de julio de 2003.

EMPRESAS

39. **Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.** DOUE, L, núm. 124, de 20 de mayo de 2003.
40. **Corrección de errores de la Comunicación de la Comisión. Ejemplo de declaración sobre la información relativa a la condición de PYME de una empresa.** DOUE, C, núm. 156, de 4 de julio de 2003.

ESPACIO JUDICIAL CIVIL EUROPEO

41. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece un Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados».** DOUE, C, núm. 85, de 8 de abril de 2003.
42. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil».** DOUE, C, núm. 85, de 8 de abril de 2003.
43. **E-1517/02. Pregunta escrita de Miet Smet a la Comisión.** Asunto: Reglamento núm. 44/2001/CE relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE, C, núm. 92 E, de 17 de abril de 2003.
44. **Cuarta actualización de la información comunicada por los Estados miembros con arreglo al apartado 1 del artículo 23 del Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.** DOUE, C, núm. 136, de 11 de junio de 2003.
45. **Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas.** DOUE, L, núm. 196, de 2 de agosto de 2003.
46. **E-3123/02. Pregunta escrita de Erik Meijer a la Comisión.** Asunto: La posibilidad de intercambiar los registros civiles y permisos de residencia entre los Estados miembros de la UE en caso de mudanza de un Estado miembro a otro. DOUE, C, núm. 193 E, de 14 de agosto de 2003.

47. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre un proyecto de Decisión marco del Consejo relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas.** DOUE, C, núm. 261 E, de 30 de octubre de 2003.

INSTITUCIONES

48. **Tribunal de Justicia: Instrucciones prácticas relativas a los recursos directos y a los recursos de casación.** DOUE, L, núm. 98, de 16 de abril de 2003.
49. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativo a la modificación del artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.** DOUE, C, núm. 180 E, de 31 de julio de 2003.

INTERNET

50. **E-2203/02. Pregunta escrita de Marco Cappato al Consejo.** Asunto: **Libertad de expresión en Internet.** DOUE, C, núm. 92 E, de 17 de abril de 2003.
51. **Decisión de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, relativa a la designación del Registro del dominio de primer nivel.** DOUE, L, núm. 128, de 24 de mayo de 2003 .
52. **Conclusiones del Consejo de 13 de mayo de 2003 sobre «Adaptar las políticas relativas al negocio electrónico en un entorno en continua mutación».** DOUE, C, núm. 149, de 26 de junio de 2003.

LIBRE COMPETENCIA

53. **E-1637/02. Pregunta escrita de Riitta Myller a la Comisión.** Asunto: **Acuerdos inhibitorios de la competencia y libre circulación.** DOUE, C, núm. 92 E, de 17 de abril de 2003.
54. **E-1912/02. Pregunta escrita de Robert Goebbels a la Comisión.** Asunto: **Monopolio de facto de la FIFA y la UEFA.** DOUE, C, núm. 92 E, de 17 de abril de 2003.
55. **E-2827/02. Pregunta escrita de Hans Karlsson a la Comisión.** Asunto: **Ayudas estatales y distorsión de la competencia.** DOUE, C, núm. 155 E, de 3 de julio de 2003.
56. **E-2729/02. Pregunta escrita de Emmanouil Bakopoulos a la Comisión.** Asunto: **Consejero auditor en los procedimientos de competencia.** DOUE, C, núm. 161, de 10 de julio de 2003.

57. **E-3272/02. Pregunta escrita de Michl Ebner a la Comisión.** Asunto: Protección contra la competencia desleal en Internet. Ciberocupación. DOUE, C, núm. 193 E, de 14 de agosto de 2003.
58. **E-0534/03. Pregunta escrita de Glyn Ford a la Comisión.** Asunto: La compra de billetes de avión es un completo disparate. ¿Cuándo intervendrá la Unión al respecto? DOUE, C, núm. 193 E, de 14 de agosto de 2003.

PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

59. **E-2599/02. Pregunta escrita de Janelly Fourtou a la Comisión.** Asunto: Legislación sobre marcas en Polonia. DOUE, C, núm. 92 E, de 17 de abril de 2003.
60. **Propuesta de Reglamento del Consejo sobre la patente comunitaria.** DOUE, C, núm. 127 E, de 29 de mayo de 2003.
61. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Consejo sobre la patente comunitaria.** DOUE, C, núm. 127 E, de 29 de mayo de 2003.
62. **E-3864/02. Pregunta escrita de Joost Lagendijk, Raina Echerer y Heide Rühle a la Comisión.** Asunto: Codificación de las cadenas de televisión digitales por satélite. DOUE, C, núm. 161, de 10 de julio de 2003.
63. **E-2836/02. Pregunta escrita de Jorge Hernández Mollar a la Comisión.** Asunto: Situación en que se encuentra la nueva regulación de la patente en la UE. DOUE, C, núm. 193 E, de 14 de agosto de 2003.
64. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 40/94 sobre la marca comunitaria».** DOUE, C, núm. 208, de 3 de septiembre de 2003.
65. **E-0266/03. Pregunta escrita de Joachim Wuermeling a la Comisión.** Asunto: Monopolio de las sociedades nacionales de gestión de los derechos de propiedad intelectual. DOUE, C, núm. 222 E, de 18 de septiembre de 2003.
66. **E-3927/02. Pregunta escrita de Graham Watson a la Comisión.** Asunto: Patente de programas informáticos. DOUE, C, núm. 242 E, de 9 de octubre de 2003.

RESPONSABILIDAD CIVIL

67. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar y ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños**

debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques, 2001 (Convenio combustible de los buques). DOUE, C, núm. 261 E, de 30 de octubre de 2003.

68. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (Convenio SNP). DOUE, C, núm. 261 E, de 30 de octubre de 2003.**

SECTOR AUDIOVISUAL

69. **Dictamen del Comité de las Regiones sobre el Cuarto Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones relativo a la aplicación de la Directiva 89/552/CEE «Televisión sin fronteras». DOUE, C, núm. 256, de 24 de octubre de 2003.**

SEGUROS

70. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE, 90/232/CEE del Consejo y la Directiva 2000/26/CE sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles». DOUE, C, núm. 95, de 23 de abril de 2003.**
71. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los requisitos de seguro de las compañías y operadores aéreos». DOUE, C, núm. 95, de 23 de abril de 2003.**
72. **Decisión de la Comisión, de 28 de julio de 2003, sobre la aplicación de la Directiva 72/166/CEE del Consejo relativa a los controles sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles. DOUE, L, núm. 192, de 31 de agosto de 2003.**
73. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mediación en los seguros. DOUE, C, núm. 261 E, de 30 de octubre de 2003.**
74. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en segunda lectura el 13 de junio de 2002 con vistas a la adopción de la Directiva 2002/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mediación en los seguros. DOUE, C, núm. 261 E, de 30 de octubre de 2003.**

SERVICIOS FINANCIEROS Y DE INVERSIÓN

75. **E-1474/02. Pregunta escrita de Cristiana Muscardini a la Comisión.**
Asunto: **Modificación de la Directiva relativa a los servicios de inversión.** DOUE, C, núm. 92 E, de 17 de abril de 2003.
76. **Posición Común (CE) núm. 25/2003, de 24 de marzo de 2003, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y que modifica la Directiva 2001/34/CE.** DOUE, C, núm. 122 E, de 27 de mayo de 2003.
77. **Dictamen del Banco Central Europeo de 12 de junio de 2003 solicitado por el Consejo de la Unión Europea, acerca de una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios de inversión y mercados regulados por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE.** DOUE, C, núm. 144, de 20 de junio de 2003.
78. **E-1214/02. Pregunta escrita de Theresa Villiers a la Comisión.**
Asunto: **Directiva sobre los servicios de inversión y los servicios de simple ejecución.** DOUE, C, núm. 155 E, de 3 de julio de 2003.
79. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE del Consejo y 97/7/CE y 98/27/CE.** DOUE, C, núm. 180 E, de 31 de julio de 2003 .
80. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en segunda lectura el 14 de mayo de 2002 con vistas a la adopción de la Directiva 2002/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE del Consejo y 97/7/CE y 98/27/CE.** DOUE, C, núm. 180 E, de 31 de julio de 2003 .
81. **Dictamen del Banco Central Europeo de 30 de septiembre de 2003 solicitado por el Consejo de la Unión Europea, acerca de una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a cotización en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE.** DOUE, C, núm. 242, de 9 de octubre de 2003.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

82. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Consejo sobre indemnización a las víctimas de delitos».** DOUE, C, núm. 95, de 23 de abril de 2003.
83. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la Posición común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.** DOUE, C, núm. 187 E, de 7 de agosto de 2003.
84. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en segunda lectura el 30 de mayo de 2002 con vistas a la adopción de la Directiva 2002/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.** DOUE, C, núm. 187 E, de 7 de agosto de 2003.

SERVICIOS DE TELECOMUNICACIÓN

85. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 22 de mayo de 2003 en el asunto C-462/99 (Petición de decisión prejudicial del Verwaltungsgerichtshof): Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH contra Telekom-Control-Kommission («Telecomunicaciones. Servicios de telecomunicaciones móviles. Artículo 5 bis, apartado 3, de la Directiva 90/387/CEE. Recurso contra una decisión de la autoridad nacional de reglamentación ante una instancia independiente. Artículos 82 CE y 86 CE, apartado 1. Artículo 2, apartados 3 y 4, de la Directiva 96/2/CE. Artículos 9, apartado 2, y 11, apartado 2, de la Directiva 97/13/CE. Asignación de frecuencias adicionales en la banda de frecuencia reservada a la norma DCS 1800 a una empresa pública en posición dominante titular de una licencia para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles digitales basadas en la norma GSM 900 sin imponerle un canon distinto»).** DOUE, C, núm. 171, de 19 de julio de 2003.

II. PRÁCTICA DEL TJCE Y DEL TPICE**AGENTES COMERCIALES**

86. **Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de marzo de 2003 en el asunto C-449/01 [Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division)]: Abbey Life Co. Ltd contra Kok Theam Yeap (Artículo 104, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento. Directiva 86/653/CEE. Coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los**

**agentes comerciales independientes. Aplicabilidad a los intermedia-
rios en materia de seguros y de servicios financieros). DOUE, C,
núm. 146, de 21 de junio de 2003.**

ESPAZIO JUDICIAL CIVIL EUROPEO

87. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de abril de 2003 en el asunto C-437/00 (Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesarbeitsgericht München): Giulia Pugliese contra Finmeccanica SpA, Betriebsteil Alenia Aerospazio («Convenio de Bruselas. Artículo 5, número 1. Tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación contractual. Contrato de trabajo. Lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo. Primer contrato que fija el lugar de trabajo en un Estado contratante. Segundo contrato celebrado haciendo referencia al primero y en ejecución del cual el trabajador desempeña su trabajo en otro Estado contratante. Suspensión del primer contrato durante la ejecución del segundo»). DOUE, C, núm. 135, de 7 de junio de 2003.**
88. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 8 de mayo de 2003 en el asunto C-111/01 (Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof): Gantner Electronic GmbH contra Basch Exploitatie Maatschappij BV («Convenio de Bruselas. Artículo 21. Litispendencia. Compensación»). DOUE, C, núm. 146, de 21 de junio de 2003.**
89. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 15 de mayo de 2003 en el asunto C-266/01 (Petición de decisión prejudicial del Hoge Raad der Nederlanden): Préservatrice foncière TIARD SA contra Staat der Nederlanden («Convenio de Bruselas. Artículo 1. Ámbito de aplicación. Concepto de “materia civil y mercantil”. Concepto de “materia aduanera”. Acción basada en un contrato de fianza entre el Estado y una compañía de seguros. Contrato celebrado para cumplir un requisito impuesto por el Estado a asociaciones de transportistas, como deudores principales, en virtud del artículo 6 del Convenio TIR»). DOUE, C, núm. 158, de 5 de julio de 2003.**

LIBRE COMPETENCIA

90. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de marzo de 2003 en el asunto T-213/00: CMA CGM y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas [«Competencia. Acuerdo entre miembros de una conferencia marítima y compañías marítimas independientes. Gastos y recargos. Base jurídica. Reglamento (CEE) núm. 4056/86. Reglamento (CEE) núm. 1017/68. Mercado pertinente. Prueba de la infracción. Prescripción. Multa»]. DOUE, C, núm. 124, de 24 de mayo de 2003.**

91. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 2003 en el asunto C-44/01 (Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof): Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG contra Hartlauer Handelsgesellschaft mbH, Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer («Aproximación de las legislaciones. Directivas 84/450/CEE y 97/55/CE. Publicidad engañosa. Requisitos para la licitud de la publicidad comparativa»). DOUE, C, núm. 135, de 7 de junio de 2003.**
92. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de abril de 2003 en el asunto T-342/00: Petrolessence SA y Société de gestion de restauration routière SA (SG2R) contra Comisión de las Comunidades Europeas [«Competencia. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Decisión por la que se declara compatible con el mercado común una concentración. Sector del petróleo. Compromisos. Decisión por la que se deniega la autorización de cesionarios. Inadmisibilidad. Acto obligatorio y definitivo. Vicio sustancial de forma. Plazos procedimentales de respuesta. Error de apreciación»]. DOUE, C, núm. 135, de 7 de junio de 2003.**
93. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de abril de 2003 en el asunto T-114/02, BaByliss SA contra Comisión de las Comunidades Europeas [«Competencia. Concentraciones. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Recurso interpuesto por un tercero. Admisibilidad. Compromisos durante la primera fase de examen. Licencia de marca. Modificaciones de los compromisos. Plazos. Ayuda económica concedida por el Estado. Precio de compra irrisorio. Existencia de serias dudas sobre la compatibilidad de la concentración con el mercado común. Inexistencia de compromiso en mercados que presentan serios problemas de competencia»]. DOUE, C, núm. 135, de 7 de junio de 2003.**
94. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de junio de 2003 en el asunto T-52/00: Coe Clerici Logistics SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas («Competencia. Denuncia. Artículos 82 CE y 86 CE. Admisibilidad. Servicios portuarios»). DOUE, C, núm. 213, de 6 de septiembre de 2003.**
95. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2003 en el asunto T-220/00: Cheil Jedang Corp. contra Comisión de las Comunidades Europeas («Competencia. Prácticas colusorias. Lisina. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Aplicabilidad. Gravedad y duración de la infracción. Volumen de negocios. Circunstancias atenuantes»). DOUE, C, núm. 213, de 6 de septiembre de 2003.**
96. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2003 en el asunto T-223/00: Kyowa Hakko Kogyo Co. Ltd y Kyowa Hakko Europe GmbH contra Comisión de las Comunidades Europeas («Competencia. Prácticas colusorias. Lisina. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Aplicabilidad. Gravedad de la**

- infracción. Volumen de negocios. Acumulación de sanciones»). DOUE, C, núm. 213, de 6 de septiembre de 2003.**
97. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2003 en el asunto T-224/00: Archer Daniels Midland Company y Archer Daniels Midland Ingredients Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas («Competencia. Prácticas colusorias. Lisina. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Aplicabilidad. Gravedad y duración de la infracción. Volumenes de negocios. Circunstancias agravantes. Circunstancias atenuantes. Cooperación durante el procedimiento administrativo. Acumulación de sanciones»). DOUE, C, núm. 213, de 6 de septiembre de 2003.**
98. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2003 en el asunto T-230/00: Daesang Corp. y Sewon Europe GmbH contra Comisión de las Comunidades Europeas («Competencia. Prácticas colusorias. Lisina. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Volumen de negocios. Circunstancias atenuantes. Cooperación durante el procedimiento administrativo»). DOUE, C, núm. 213, de 6 de septiembre de 2003.**
99. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2003 en el asunto T-374/00: Verband der freien Rohrwerke eV y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas [«Control de concentraciones. Concentración comprendida, en parte, dentro del ámbito del Tratado CECA y, en parte, dentro del ámbito del Tratado CE. Decisión de autorización adoptada con arreglo al artículo 66 CA, apartado 2. Decisión de compatibilidad con el mercado común con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento CEE núm. 4064/89. Requisitos de admisibilidad según el Tratado CECA y según el Tratado CE. Relación entre los regímenes de control de concentraciones establecidos por el Tratado CECA y por el Tratado CE. Obligación de motivación. Error de apreciación»]. DOUE, C, núm. 213, de 6 de septiembre de 2003.**
100. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de abril de 2003 en el asunto T-119/02: Royal Philips Electronics NV contra Comisión de las Comunidades Europeas («Competencia. Concentraciones. Admisibilidad. Compromisos durante la primera fase de examen. Dudas serias sobre la compatibilidad con el mercado común. Reenvío parcial a las autoridades nacionales»). DOUE, C, núm. 213, de 6 de septiembre de 2003.**
101. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de agosto de 2003 en los asuntos acumulados T-116/01 y T-118/01: P & O European Ferries (Vizcaya), SA y Diputación Foral de Vizcaya contra Comisión de las Comunidades Europeas («Ayudas de Estado – Recurso de anulación – Decisión por la que se archiva un procedimiento de examen incoado en virtud del artículo 88, apartado 2, del Tratado CE – Concepto de ayuda de Estado – Compra de servicios por el Estado a precio de mercado – Ayudas de carácter social otorgadas sin discriminaciones basadas en el origen**

de los productos – Falta de requerimiento al Estado miembro para que comunique la información necesaria – Obligación de devolver las ayudas – Confianza legítima de los beneficiarios – Motivación»). DOUE, C, núm. 251, de 18 de octubre de 2003.

PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

102. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 6 de febrero de 2003 en el asunto C-245/00 (petición de decisión prejudicial del Hoge Raad der Nederlanden): Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) contra Nederlandse Omroep Stichting (NOS) («Directiva 92/100/CEE. Derecho de alquiler y préstamo y determinados derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. Artículo 8, apartado 2. Radiodifusión y comunicación al público. Remuneración equitativa»). DOUE, C, núm. 83, de 5 de abril de 2003.**
103. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 13 de febrero de 2003 en el asunto C-131/01: Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana («Incumplimiento de Estado. Artículo 49 CE. Libre prestación de servicios. Agentes de la Propiedad Industrial. Obligación de inscribirse en el Registro de Agentes de la Propiedad Industrial del Estado miembro de acogida. Obligación de tener una residencia o un domicilio profesional en el Estado miembro de acogida»). DOUE, C, núm. 83, de 5 de abril de 2003.**
104. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de enero de 2003 en el asunto T-99/01: Mystery drinks GmbH contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) [«Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Marca nacional anterior Mixery. Solicitud de marca comunitaria figurativa Mystery. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento núm. 40/94»]. DOUE, C, núm. 101, de 26 de abril de 2003 .**
105. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de marzo de 2003 en el asunto C-291/00 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Grande Instance de París): LTJ Diffusion SA contra Sadas Verbaudet SA [«Marcas. Aproximación de las legislaciones. Directiva 89/104/CEE. Artículo 5, apartado 1, letra a). Concepto de signo idéntico a la marca. Uso del elemento distintivo de la marca, pero no de los demás elementos. Uso de todos los elementos que constituyen la marca, pero añadiendo otros elementos»]. DOUE, C, núm. 112, de 10 de mayo de 2003.**
106. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de marzo de 2003 en el asunto C-40/01 (petición de decisión prejudicial del Hoge Raad der Nederlanden): Ansul BV contra Ajax Brandbeveiliging BV («Marcas. Directiva 89/104/CEE. Artículo 12, apartado 1. Caducidad de los derechos del titular de la marca. Concepto de uso efecti-**

- vo de la marca. Actividad consistente en el mantenimiento de productos ya comercializados, con venta de piezas de recambio y accesorios»). DOUE, C, núm. 112, de 10 de mayo de 2003.
107. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de marzo de 2003 en el asunto T-128/01: DaimlerChrysler Corporation contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) [«Marca comunitaria. Marca gráfica. Representación de la calandra de un vehículo. Motivo de denegación absoluto. Artículo 7, apartado 1, letra b) del Reglamento (CE) núm. 40/94. Marca que carece de carácter distintivo»]. DOUE, C, núm. 112, de 10 de mayo de 2003.**
108. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de marzo de 2003 en el asunto T-194/01: Unilever NV contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) [«Marca comunitaria. Marca tridimensional. Forma de un producto para lavavajillas. Pastilla ovoide. Motivo de denegación absoluto. Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94»]. DOUE, C, núm. 112, de 10 de mayo de 2003.**
109. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de marzo de 2003 en el asunto T-237/01: Alcon Inc contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) [«Marca comunitaria. Procedimiento de anulación. Vocablo “BSS”. Artículo 51 del Reglamento (CE) núm. 40/94. Motivo de denegación absoluto. Artículo 7, apartado 1, letra d) del Reglamento núm. 40/94. Carácter distintivo adquirido por el uso. Artículos 7, apartado 3, y 51, apartado 2, del Reglamento núm. 40/94»]. DOUE, C, núm. 112, de 10 de mayo de 2003.**
110. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de marzo de 2003 en el asunto T-174/01, Jean M. Goulbourn contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) [«Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de la marca denominativa comunitaria Silk Cocoon. Marca denominativa anterior Cocoon. Prueba del uso efectivo de la marca anterior. Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94. Derecho a ser oído»]. DOUE, C, núm. 124, de 24 de mayo de 2003.**
111. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 2003 en el asunto C-244/00 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof): Van Doren + Q. GmbH contra Lifestyle sports + sportswear Handelsgesellschaft mbH, Michael Orth («Marcas. Directiva 89/104/CEE. Artículo 7, apartado 1. Agotamiento del derecho conferido por la marca. Prueba. Lugar en que los productos fueron comercializados por primera vez por el titular de la marca o con su consentimiento. Consentimiento del titular para la comercialización en el EEE»). DOUE, C, núm. 135, de 7 de junio de 2003.**

112. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 2003 en los asuntos acumulados C-53/01, C-54/01 y C-55/01 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Bundesgerichtshof): Linde AG (Asunto C-53/01), Winward Industries Inc. (Asunto C-54/01) y Rado Uhren AG (Asunto C-55/01) [«Aproximación de las legislaciones. Marcas. Directiva 89/104/CEE. Causas de denegación del registro. Artículo 3, apartado 1, letras *b*, *c* y *e*. Marca tridimensional constituida por la forma del producto. Carácter distintivo. Interés general en preservar la disponibilidad de determinados signos»]. DOUE, C, núm. 135, de 7 de junio de 2003.**
113. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de abril de 2003 en el asunto T-224/01: Durferrit GmbH contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) [«Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Marca denominativa anterior Tufftride. Solicitud de marca denominativa comunitaria Un-tride. Riesgo de confusión. Riesgo de asociación. Marca contraria al orden público o a las buenas costumbres. Artículos 7, apartado 1, letra *f*), y 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94»]. DOUE, C, núm. 135, de 7 de junio de 2003.**
114. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de mayo de 2003 en el asunto C-104/01 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden): Libertel Groep BV contra Benelux-Merkbureau («Marcas. Aproximación de las legislaciones. Directiva 89/104/CEE. Signos que pueden constituir una marca. Carácter distintivo. Color por sí solo. Color naranja»). DOUE, C, núm. 146, de 21 de junio de 2003.**
115. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de abril de 2003 en los asuntos acumulados T-324/01 y T-110/02: Axions SA y Christian Belce contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) [«Marca comunitaria. Marcas tridimensionales. Forma de puro de color marrón y forma de lingote dorado. Motivos de denegación absolutos. Carácter distintivo. Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94»]. DOUE, C, núm. 158, de 5 de julio de 2003.**
116. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de mayo de 2003 en el asunto C-469/00 (petición de decisión prejudicial de la Cour de cassation): Ravil SARL contra Bellon import SARL, Biraghi SpA [«Denominaciones de origen protegidas. Reglamento (CEE) núm. 2081/92. Reglamento (CE) núm. 1107/96. “Grana Padano” rallado fresco. Pliego de condiciones. Convenio entre dos Estados miembros. Requisito de rallado y envasado del queso en la región de producción. Artículos 29 CE y 30 CE. Justificación. Oponibilidad del requisito frente a terceros. Seguridad jurídica. Publicidad»]. DOUE, C, núm. 171, de 19 de julio de 2003.**
117. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de mayo de 2003 en el asunto C-108/01 (petición de decisión prejudicial de la House of Lords): Consorzio del Prosciutto di Parma, Salumificio S. Rita**

- SpA contra Asda Stores Ltd, Hygrade Foods Ltd [«Denominaciones de origen protegidas. Reglamento (CEE) núm. 2081/92. Reglamento (CE) núm. 1107/96. “Prosciutto di Parma”. Pliego de condiciones. Requisito de corte y envasado del jamón en la región de producción. Artículos 29 CE y 30 CE. Justificación. Oponibilidad del requisito frente a terceros. Seguridad jurídica. Publicidad»]. DOUE, C, núm. 171, de 19 de julio de 2003.**
118. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de julio de 2003 en el asunto T-122/01: Best Buy Concepts Inc. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) [«Marca comunitaria. Marca figurativa que comprende el signo denominativo “best buy”. Motivo de denegación absoluto. Carácter distintivo. Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94»]. DOUE, C, núm. 213, de 6 de septiembre de 2003.**
119. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de julio de 2003 en el asunto T-129/01: José Alejandro, SL contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) [«Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Marcas denominativas nacionales BUD registradas anteriormente. Solicitud de marca denominativa comunitaria Budmen. Motivo de denegación relativo. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94»]. DOUE, C, núm. 213, de 6 de septiembre de 2003.**
120. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2003 en el asunto T-156/01: Laboratorios RTB, SL contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) [«Marca comunitaria. Procedimiento de anulación. Artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94. Marcas figurativas y denominativas anteriores que incluyen el vocablo Giorgi. Solicitud de marca denominativa comunitaria Giorgio aire. Motivo de denegación relativo. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 40/94. Prueba del uso. Artículo 56, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 40/94»]. DOUE, C, núm. 213, de 6 de septiembre de 2003.**
121. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2003 en el asunto T-162/01: Laboratorios RTB, SL contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) [«Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Marcas figurativas y denominativas anteriores que incluyen el vocablo Giorgi. Solicitud de marca denominativa comunitaria Giorgio Beverly Hills. Motivo de denegación relativo. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94»]. DOUE, C, núm. 213, de 6 de septiembre de 2003.**
122. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2003 en el asunto T-234/01: Andreas Stihl AG & Co. KG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) [«Marca comunitaria. Colores. Combinación de**

naranja y gris. Motivo de denegación absoluto. Carácter distintivo. Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94»]. DOUE, C, núm. 213, de 6 de septiembre de 2003.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

123. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de mayo de 2003 en los asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01 (petición de decisión prejudicial del Verfassungsgerichtshof y Oberster Gerichtshof): Rechnungshof (C-465/00) contra Österreichischer Rundfunk, y otros y entre Christa Neukomm (C-138/01), Joseph Lauermann (C-139/01) y Österreichischer Rundfunk («Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales. Directiva 95/46/CE. Protección de la intimidad. Divulgación de datos sobre los ingresos de empleados de entidades sujetas al control del Rechnungshof»). DOUE, C, núm. 171, de 19 de julio de 2003.**

BIBLIOGRAFÍA

Libros

CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago: *El matrimonio canónico en la jurisprudencia civil*, Colección Monografías Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, 264 pp.

La colección de Monografías Aranzadi se ha acreditado por el número y calidad de las obras que publica y por la amplitud del espectro de temas que aborda, no exclusivamente civiles sino de otras ramas del ordenamiento (mercantil, comunitario, consumo, penal, procesal, administrativo, fiscal, constitucional, internacional privado, etc.), y tampoco de único carácter monográfico, pues algunas se rotulan, con razón *Tratados*, a veces lanzándose audazmente a una exégesis primeriza de leyes nuevas, confirmándose el éxito editorial de determinadas monografías con la multiplicidad de ediciones que el mercado ha requerido.

En el presente caso el autor se ha propuesto algo todavía inédito entre nosotros; en efecto, como subraya el ilustre prologuista (R. Navarro Balls), el sistema matrimonial español ha sido abordado por una verdadera avalancha de análisis conceptuales, trabajando sobre una legislación ambigua y de fuerte carga ideológica, planteando los llamados momentos constitutivo, registral y crítico o extintivo del vínculo matrimonial canónico en nuestro ordenamiento, si bien, acaso por la inercia de las cosas, las soluciones quedaban confinadas en el marco de la mera elucubración teórica. Sin embargo, parece haber llegado la hora de descender de las construcciones, más o menos acertadas, que han sido elaboradas por civilistas, canonistas, procesalistas, constitucionalistas e internacionalistas, para comprobar la bondad de aquéllas. Pienso que la próxima celebración del XXV Aniversario de los Acuerdos de 1979 puede dar ocasión a un análisis sosegado sobre el interesante material jurisprudencial que ofrece la presente obra.

El índice de aquélla presenta un buen repertorio de temas de reflexión: el matrimonio canónico en el sistema matrimonial español; el matrimonio canónico en el momento de la inscripción en el Registro Civil; la homologación de los pronunciamientos canónicos bajo la vigencia de LEC 2000; el reconocimiento y la ejecución de aquellas resoluciones en el ámbito de la UE (Reglamento Europeo 1347/2000, de 29 mayo).

Adviértase que el autor no se ha limitado a la labor –meritoria, sin duda– de recopilador o seleccionador de la doctrina jurisprudencial en sentido amplio, sino que ha acertado a enmarcarla oportunamente con citas de la doctrina actual sin escamotear su opinión personal discrepante de la mayoría en cuestiones discutidas, razonándola oportunamente.

Es notable la amplitud de la experiencia jurisprudencial aquí recogida ya que comprende autos y sentencias del TC y del TS, Circulares, Instrucciones y Resoluciones de la DGRN, algunas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, un repertorio muy extenso de autos y sentencias de las Audiencias

Provinciales, por último, sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo. La cita jurisprudencial puede considerarse completa, siendo literal cuando lo requiere el caso y extractada en otros supuestos. A pie de página figura siempre la fuente de donde se toma.

Como cuestión novedosa conviene resaltar el contenido del capítulo VI (pp. 209-250) en el que se analiza con detalle el Reglamento Europeo de 29 de mayo de 2000, y su repercusión en los países concordatarios comunitarios, pues con laudable sentido práctico se ha perseguido la finalidad de que las decisiones canónicas, una vez homologadas en el país respectivo, sean reconocidas en el resto de los países miembros de la UE.

Personalmente creo que el ámbito de la legislación registral –retocada sucesivamente mediante reformas no siempre acertadas del RRC– está pidiendo a gritos una clarificación en relación con el matrimonio canónico, sin olvidar el no infrecuente supuesto de doble constancia registral del matrimonio celebrado entre los mismos contrayentes, en distintos lugares y, a veces, en el extranjero.

El oportuno capítulo inicial dedicado al valor de la jurisprudencia en el ordenamiento español se detiene ante la nueva LEC 2000, probablemente por prudencia pues no ha entrado en vigor lo relativo a la casación por lo cual resulta harto arriesgado pronunciarse sobre dicho tema.

Queda patente la oportunidad de la obra recensionada y la encomiable seriedad con que el autor la ha realizado. De evidente utilidad especialmente para civilistas, canonistas y procesalistas.

Gabriel GARCÍA CANTERO

CLEMENTE MEORO, Mario E./CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: *Responsabilidad y contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, ed. Comares, Granada, 2003, 201 pp.

1. No cabe duda de que Internet se ha convertido en uno de los medios de comunicación más relevantes de la actualidad. Sin embargo, los avances técnicos han permitido que la red evolucione para adaptarse a las necesidades humanas y nos permita realizar operaciones antes impensables. De esta forma surgen muchos servicios: el intercambio de archivos musicales, la compraventa de productos, la planificación de vacaciones, el acceso a determinada información... De las relaciones entre unos sujetos y otros nacen derechos y obligaciones, que han de verse satisfechos unos y cumplidas otras para no incurrir en responsabilidad, por no hablar de los numerosos riesgos que existen y que deben ser subsanados.

Con el libro arriba mencionado, los profesores Mario E. Clemente Meoro, catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, y Santiago Cavanillas Múgica, también catedrático de la misma materia en la Universidad de las Islas Baleares, pretenden darnos una visión de cuáles son los supuestos de responsabilidad en que incurren los sujetos que interactúan en la red, así como de algunos elementos configuradores de los contratos celebrados allí, todo ello explicado a partir de dos normas fundamentales en este campo: la Directiva de Comercio Electrónico, de 17 de julio de 2000, y la Ley de servi-

cios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE), de 17 de enero de 2002, que traspone la anterior.

Pocas son las obras dedicadas a analizar estos aspectos, debido a la complejidad que presenta Internet, incluso también motivado por la gran cantidad de sujetos que intervienen, lo que hace difícil, por ejemplo, la imputación de responsabilidad o la determinación del lugar o del momento de cumplimiento de los contratos. Es más, aún no está todo dicho, ya que la red evoluciona rápidamente y los procesos legislativos son muy lentos. Además, la realidad exige la existencia de una norma de ámbito internacional que aparte de dar respuesta a la cantidad de casos que se plantean, ampare los distintos derechos que se ponen en peligro (derechos de autor, derechos de consumidores y usuarios, derechos de la personalidad...). A pesar de todo, es increíble ver cómo el Código civil, de 1889, y el Código de comercio, de 1885, se adelantan a la realidad y contienen algunos preceptos aplicables a esta materia tan actual, constituyendo las fuentes supletorias o de integración.

2. En cuanto a la estructura de la obra, consta de dos capítulos: *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información* (pp. 1 a 116) y *La conclusión del contrato en Internet* (pp. 117 a 201).

2.1 En el primero, Clemente Meoro nos pone en situación describiendo cuáles son las normas aplicables, su ámbito de aplicación, los sujetos que intervienen, los daños que se pueden causar a través de estas redes, y los intereses en juego. Posteriormente aborda el tema de la responsabilidad analizando cada uno de los intervenientes en la red (prestadores de servicios de intermediación), todo ello ilustrado con numerosos casos de la práctica jurídica.

2.2 En el capítulo segundo, Cavanillas Múgica nos habla fundamentalmente del contrato en Internet, haciendo referencia a los aspectos formales, la información que han de contener, la prueba del mismo y su conclusión (lugar y momento de perfección del contrato).

Por tanto, dos capítulos que abarcan dos de las cuestiones más importantes de la red (no son pocas las personas que descargan archivos musicales, que compran entradas para espectáculos o que reservan una habitación de un hotel para las vacaciones).

3. Ahora cabe destacar los puntos más relevantes de ambos capítulos. Como antes he dicho, el primero de ellos se refiere a *La responsabilidad de los prestadores de servicios en la sociedad de la información*.

3.1 Primeramente, el autor nos hace una serie de precisiones técnicas para que sepamos de qué habla, y es que el libro consta de una gran cantidad de conceptos que nos hacen más comprensible el mundo de la red. El objeto de las normas anteriores son los servicios de la sociedad de la información, entendiendo por tal la formada por las redes de comunicación o de telecomunicación, destacando Internet. Una red telemática consiste en una serie de ordenadores conectados entre sí, de forma que *puedan comunicarse y compartir datos y recursos*. Internet es una red mundial, formada por multitud de redes independientes y autónomas, y que ofrece muchas utilidades.

Seguidamente aclara algunos conceptos, tales como: prestador de servicios [art. 2.b) de la Directiva], destinatario del servicio [art. 2.d) de la Directiva], servicio de la sociedad de la información [art. 2.a) de la Directiva], operadores de redes y proveedores de acceso.

La red también presenta algunos inconvenientes, ya que se pueden ocasionar perjuicios: incorporando a la red información que lesione derechos e intereses de

terceros (derechos fundamentales, de la personalidad, de propiedad industrial...) o destruyendo, alterando o inutilizando la información ajena (los *hackers*, los *crackers*, el *carding*, el *phreaking*). Todos los supuestos están acompañados y explicados con famosos casos de la jurisprudencia internacional.

3.2 A partir de estas notas podemos decir que aquellos que realicen alguna de estas conductas y pongan en peligro alguno de estos derechos, incurrirán en responsabilidad y tendrán que reparar el daño provocado. Sin embargo, Internet presenta ciertas reglas especiales de responsabilidad que deben su existencia a los siguientes motivos: su alcance mundial y su rapidez hacen que se puedan propagar contenidos ilícitos a cualquier parte del mundo y de manera instantánea; la ausencia de una autoridad que controle los contenidos que se incorporan; la gran facilidad para mantener el anonimato... Todo esto ha hecho que la doctrina y la jurisprudencia mantengan que también deben responder los prestadores de servicios de intermediación por los daños causados por aquellos que han introducido en la red contenidos ilícitos y nocivos (arts. 12 a 15 de la Directiva y 13 a 17 de la LSSICE).

3.3 A continuación, en el punto 8 Clemente Meoro estudia la regulación de este tema en un ámbito temporal anterior a la Directiva y describiendo la situación de varios países (Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Suecia y Francia), donde se han promulgado leyes declarando la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, cuando incurren en determinados supuestos.

3.4 Habiendo visto ya los antecedentes, ahora es el momento de indicar los aspectos más relevantes de la Directiva sobre el comercio electrónico, a lo que el autor dedica el punto 9. Son los siguientes: *a*) se pretende buscar una solución equitativa con el objeto de compatibilizar los intereses de los prestadores de servicios de intermediación y los titulares de derechos que puedan resultar dañados; *b*) se excluye la obligación de supervisión (art. 15), pero ello no obsta para que los Estados miembros exijan a los prestadores de servicios de alojamiento de datos, un deber de diligencia determinado por el Derecho nacional; *c*) el régimen de responsabilidad de la Directiva se aplica a todo tipo de actividades ilícitas, cualquiera que sea el derecho o interés lesionado; *d*) las reglas de exoneración de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación previstas en la Directiva juegan tanto para la responsabilidad civil como para la penal, así también aplicables a la responsabilidad contractual y a la extracontractual; *e*) cuando estos operadores actúan como proveedores de contenidos, se aplican las reglas generales de responsabilidad; *f*) las reglas de responsabilidad se aplican por actividades en función de su relación con los contenidos transmitidos y sus posibilidades de control; *g*) la responsabilidad es excepcional y la carga de la prueba de que incurren en responsabilidad corresponde a los perjudicados; *h*) las normas de exención de responsabilidad alcanzan a la indemnización por daños y perjuicios, pero no a la acción de cesación ni a la adopción de medidas cautelares, aunque cabe la posibilidad de exigirlas judicialmente; *i*) la Directiva no determina qué conductas son lícitas y cuáles ilícitas, por lo que su calificación vendrá dada por las reglas que establezcan los Derechos de cada Estado miembro.

3.5 El punto 10 se refiere a la LSSICE, que traspone la Directiva antes comentada. Su artículo 13 abarca a todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información y no sólo a los prestadores de servicios de intermediación. Distingue además entre éstos (arts. 14 a 17) y los proveedores de contenidos (a los que se les aplican las reglas generales de responsabilidad).

Este artículo no determina si es responsabilidad civil, penal o administrativa, pero, según Clemente Meoro, *la responsabilidad de los prestadores de servicios por contenidos propios será subjetiva u objetiva en función de las normas que resulten de aplicación*.

El artículo 13 sólo determina la responsabilidad respecto de los contenidos propios, pero no la califica respecto de contenidos ajenos. Sin embargo, los artículos 14 a 17 de la Ley se aplican también a la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación por contenidos ajenos, con independencia de los bienes o derechos lesionados, de quién haya causado el daño o de quién sea el perjudicado.

La ley no impone ninguna obligación de supervisión, pero sí de retención de datos durante un determinado tiempo (art. 12). Tampoco hace referencia a la acción de cesación. Por lo demás, contiene una regulación muy similar a la de la Directiva.

3.6 Una vez comentado el ámbito donde nos movemos, los puntos 11 a 14 del libro se dedican a caracterizar la responsabilidad de cada uno de los intervenientes en la red: los operadores de redes y proveedores de acceso (arts. 12 y 14 de la Directiva), los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios (arts. 13 y 15 Directiva), los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (art. 14 Directiva) y los prestadores de servicios de búsqueda de contenidos (reglas generales de responsabilidad). La regla general es la ausencia de responsabilidad, salvo una serie de supuestos que aparecen enumerados en los artículos anteriores.

3.7 El último punto del capítulo primero está dedicado a los caracteres de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación. Una primera cualidad es que se trata de una responsabilidad por hecho propio. Por lo general, la Directiva y la LSSICE exigen que entre la conducta y el daño exista una relación de causalidad, aunque hay casos donde no se da, como son los contemplados en los artículos antes mencionados. Una segunda característica es que la responsabilidad no es solidaria respecto de la que haya incurrido el que originó la información ilícita, sino que el prestador de servicios de intermediación responderá únicamente del daño que él mismo haya causado con su conducta activa u omisiva. Por último, esta responsabilidad será objetiva o subjetiva en función del supuesto de responsabilidad. El legislador unas veces acude al criterio de la culpa y otras veces no.

4. El capítulo segundo está elaborado por Santiago Cavanillas Múgica y se refiere a la conclusión del contrato en Internet, viendo no sólo los aspectos formales del mismo, sino también de qué forma podemos probar su existencia y su contenido en un juicio.

4.1 En primer lugar, el autor hace un recorrido histórico por las tecnologías que se han utilizado como medios para la contratación electrónica (desde Internet hasta teléfonos móviles), ya que aquéllas evolucionan a una gran velocidad. Son tres las tecnologías examinadas: EDI (intercambio electrónico de datos), Internet y las formas emergentes de contratación electrónica (comercio electrónico mediante móvil o mediante equipos de televisión interactiva). Son muchos los instrumentos técnicos que pueden ser utilizados para celebrar contratos y otros que vendrán en el futuro.

4.2 En el punto 2 de este capítulo destacan las fuentes de regulación del contrato electrónico, tanto a nivel europeo (Directiva sobre el comercio elec-

trónico) como a nivel nacional (LSSICE, Ley de condiciones generales de la contratación) e internacional.

Seguidamente el autor incluye un apartado denominado *Autorregulación*, tomándolo como *remedio para paliar la insuficiencia de las tradicionales fuentes de producción jurídica para hacer frente a las necesidades del comercio electrónico*. Existen dos factores que reclaman un mayor protagonismo de los instrumentos de la autorregulación: el temporal (la evolución tecnológica es mucho más rápida que los procesos de producción normativa) y el espacial (el comercio electrónico tiene un ámbito internacional). Destacan, como medios de autorregulación, los códigos de conducta.

4.3 Los aspectos formales de los contratos electrónicos son el centro de atención del tercer punto. La legislación especial de esta materia se ocupa básicamente de tres aspectos: 1. la equivalencia entre forma escrita y forma electrónica, eliminando la exigencia legal de forma escrita de algunos contratos (considerando 34 y artículo 23 de la Directiva); 2. el establecimiento de algunos requisitos formales específicos de la contratación electrónica (el establecimiento de los medios técnicos adecuados y eficaces que permitan identificar y corregir los errores de introducción de datos, antes de realizar el pedido; y la producción de un acuse de recibo del pedido sin demora indebida y por vía electrónica); 3. la incorporación de condiciones generales en el comercio electrónico (art. 27.3 LSSICE).

4.4 El punto 4 analiza la información que deben contener los contratos celebrados por vía electrónica, así como la forma en que deben presentarse. Antes de entrar en materia, precisa algunos conceptos técnicos, tales como: página principal, páginas de paso obligado, páginas subordinadas y nodos.

Conforme a la LSSICE, los contenidos informativos son: tanto si el empresario pretende solamente presentar sus productos o servicios, como si pretende también ofrecer la posibilidad de contratarlos, el artículo 10 de la Ley enumera la información que ha de contener la web (si la publicidad o la contratación se acompaña de promociones, descuentos, regalos o premios, el art. 20 obliga a que queden claramente identificados y las condiciones); el artículo 27 establece la información que ha de presentarse antes de iniciar el procedimiento contractual, y el artículo 28 señala que, una vez terminado el proceso de contratación, debe remitirse el acuse de recibo del pedido.

Cabe comentar ahora la forma en que esa información debe presentarse. De forma general, la LSSICE dice que la información ha de disponerse de manera accesible por medios electrónicos, permanente, fácil, directa y gratuita (art. 10), y de manera clara, comprensible e inequívoca (art. 27).

Existe determinada información que, por su carácter esencial, debe aparecer directamente en las páginas de paso obligado (ej.: la descripción del servicio o producto y su precio, la duración de las promociones comerciales); existe una lista ejemplificativa que puede ser ampliada por la normativa sectorial. Sin embargo, una gran parte de la información obligada la puede colocar el empresario en páginas subordinadas, pero para ello es imprescindible que los enlaces sean significativos y que orienten al destinatario acerca de lo que aparecerá si hace clic en ese enlace. Por tanto, los enlaces deben ser significativos, cada grupo de información debe tener su propio enlace y la página en la que esté el enlace debe estar despejada, de tal manera que éste sea grande y pueda ser detectado de manera natural. Aunque se permita la ubicación de esta información en páginas subordinadas, no es admisible el empleo de cir-

cuitos muy complejos ni colocarla en páginas que precisen de programas o navegadores con una versión superior para concluir el contrato.

Una norma fundamental en este campo es la presentación de buena fe, algo que se aprecia del conjunto de las circunstancias.

4.5 El autor estudia en el punto 5 de su capítulo la prueba de los contratos electrónicos, algo bastante difícil en algunos casos donde no se dispone del documento. El Derecho procesal admite los documentos electrónicos (arts. 299.2 y 384 LEC). Sin embargo, una cosa es su admisión como medio de prueba y otra cosa bien distinta es su valoración, es decir, que realmente acredite el hecho a que alude. Hay que reconocer que un documento electrónico tiene un escaso valor de persuasión, ya que es fácilmente alterable y manipulable sin que sea posible su detección. Unas veces tendremos el archivo firmado electrónicamente por el otro contratante y otras veces no, siendo esto último lo más típico.

4.6 El punto 6 trata de tres cuestiones fundamentales en el ámbito de los contratos electrónicos: *a) si el sitio web es una oferta o una invitación a recibir ofertas; b) el momento de perfección del contrato; c) el lugar de perfección del mismo.* Su resolución es importante, porque de ello se deriva la forma en que debe ejecutarse el contrato y la forma de actuar ante posibles reclamaciones.

En cuanto a la primera cuestión, la Directiva sobre comercio electrónico indica que corresponderá a cada Derecho nacional decidir si el pedido es oferta o aceptación. De la interpretación del artículo 7.2 de la Directiva sobre protección al consumidor en materia de ventas a distancia se puede extraer que una web dirigida a los consumidores supondría una oferta, pero de restringido compromiso para el empresario. La LSSICE no resuelve la cuestión de si un sitio web es o no una oferta contractual, pues sus artículos 27.3 y 28 no se decantan ni por una cosa ni por la otra. La conclusión a la que llega el autor es que *una oferta al público es una verdadera oferta contractual*, pero está limitada a la capacidad comercial o productiva del oferente (el destinatario queda condicionado a la capacidad del oferente para hacer frente a los pedidos).

La segunda cuestión dentro de este sexto punto hace referencia al momento de perfección del contrato. En relación al mismo existen dos teorías: 1. la teoría de la recepción, según la cual el contrato se entiende celebrado en el momento en que la aceptación del destinatario o la formulación de su petición llegue al sistema de información empleado por el oferente, de forma que quede en él almacenado; 2. la teoría de la expedición, por la cual en los contratos electrónicos se entenderá prestado el consentimiento en el momento en que el destinatario de la oferta de contratación emite su aceptación.

En el campo de la contratación electrónica se ha «elegido» la teoría de la expedición. Los motivos que se han empleado para razonar esta elección son: *a) casi toda la contratación en Internet es mercantil y ese criterio es propio de este ámbito; b) la solución beneficia al consumidor; c) es una solución apropiada para la contratación electrónica automática.* Cavanillas Múgica critica estos tres argumentos. El primer argumento carece de justificación desde el momento en que aceptamos la unificación de las reglas civiles y mercantiles sobre la conclusión de los contratos. El segundo está presuponiendo que el consumidor es siempre aceptante, lo que no siempre es así. Del tercer argumento el autor hace un análisis más amplio.

Esto es fundamental para valorar dos cuestiones: el riesgo del error en la transmisión y el coste de la prueba de la recepción. El riesgo del error es razonable atribuirlo al prestador de un servicio de la sociedad de la información que

opera con instrumentos de comercio electrónico. El problema de la prueba también obliga a adoptar la teoría de la expedición y a liberar al destinatario de tener que acreditar la recepción de sus mensajes por parte del prestador del servicio. Basta con que el oferente manifieste su aceptación de cualquier forma para que el contrato se concluya (es un pequeño matiz a la teoría de la expedición).

El último tema del que trata el punto 6 es el lugar de perfección del contrato. El artículo 29 LSSICE se refiere a ello y establece que los contratos con consumidores se entenderán celebrados en el lugar donde tenga éste su residencia habitual. El lugar de celebración del contrato no es determinante del lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato (arts. 1171 y 1500 CC). Sin embargo, el artículo 29 LSSICE señala un punto de conexión (lugar de celebración) cada vez menos empleado, por lo que no hay que darle mucha importancia. Además, no afecta a los contratos entre particulares, que se regirán por el artículo 1262 CC.

4.7 Con el punto 7 llegamos no sólo al final de este capítulo segundo, sino también al final de esta obra. Está dedicado a la contratación mediante «agentes inteligentes o electrónicos», que son aplicaciones informáticas que emiten una respuesta o reacción automática cuando se produce un hecho o una entrada de datos. Son muy empleados hoy en día en la contratación electrónica. Generalmente, la respuesta que se recibe después de apretar el botón de confirmación del pedido es a través de un agente inteligente. Existe muy poca regulación en el Derecho español y europeo acerca del uso de estas aplicaciones en la contratación; existe por tanto una laguna que hay que colmar mediante mecanismos de integración.

Surge la pregunta de si la utilización de estos mecanismos afecta a la validez de los contratos celebrados por ellos. La doctrina afirma la validez de estos contratos con distintos argumentos.

Sin embargo, la utilización de estos agentes no es tan factible como se quisiera. En ocasiones, por un error en la programación o en la base de datos de que se vale el agente, éste puede concluir una operación desfavorable para el comerciante. Los errores más frecuentes se refieren al precio de los productos o servicios. En el Derecho español, este fallo de los agentes inteligentes es tratado como un error obstativo. Por tanto, para poder anular el contrato que contiene ese fallo, habrá que examinar la responsabilidad negocial en que pueda incurrir el que empleó el agente electrónico, bien en términos subjetivos de mala fe o culpa, bien en términos objetivos de asunción de los riesgos propios que debe asumir por su condición de profesional y por el empleo de esos elementos. A pesar de todo, la parte contraria debe actuar de buena fe, algo que no ocurre si el error del contrario es apreciable con el empleo de una diligencia media.

5. Para terminar con esta sucinta exposición sobre los puntos fundamentales del libro, cabe recordar la necesidad tanto de adaptar los textos legales existentes, como de elaborar otros nuevos que incorporen y regulen los últimos avances tecnológicos y permitan respetar los derechos e intereses de todos. Mientras tanto, esta obra debería constituir un punto de referencia y unas «páginas de paso obligado» para el legislador y para quien quiera desentrañar los aspectos jurídicos de ese mundo tan complejo como es el de Internet. *Responsabilidad civil y contratos en Internet*, es un trabajo preciso e ilustrativo de los profesores Clemente Meoro y Cavanillas Múgica.

DÍAZ ROMERO, M.^a Rosario: *La protección jurídico-civil de la propiedad frente a las inmisiones*, Civitas A. Thomson Company, 1.^a edición, Madrid, 2003, 177 pp.

La elección del tema constituye sin duda el primer mérito de la autora, ya que, como ella misma apunta en la introducción a su obra (pp. 15 a 18), el problema de las inmisiones genera al menos un doble conflicto de intereses. Por una parte aparece el conflicto entre el interés por el desarrollo de actividades industriales peligrosas pero socialmente útiles y el interés por la tutela de los derechos subjetivos o intereses particulares afectados por las inmisiones que superan los límites de tolerancia, ya no sólo los relativos al derecho de propiedad sino también al propio derecho a la salud de las personas. Por otra parte se plantea un conflicto de jurisdicción, en cuanto que los sujetos que realizan las actividades inmitentes suelen alegar la previa obtención de la correspondiente licencia administrativa que les autoriza al desempeño de su actividad y, por tanto, el cumplimiento de la normativa administrativa oportuna. Ello desvela una vez más la necesidad de coordinar en la actualidad el Derecho Privado y el Derecho Público, de manera que los jueces que resuelvan este tipo de supuestos han de valerse tanto de la normativa civil como de la normativa administrativa.

Mencionaba en el párrafo anterior el interés del que hoy en día goza el tema objeto de este libro, a pesar de que la cuestión de las inmisiones constituye ciertamente una problemática vieja. Que es una materia clásica resulta evidente cuando se lee el capítulo primero de la obra (pp. 19 a 42): los ruidos, los olores y las vibraciones ya preocupaban a los romanos. La autora se acerca en dicho capítulo a la figura de la inmisión a través del estudio de su origen histórico, del concepto y de los criterios de ilegitimidad. A su juicio el concepto genérico de inmisión, aportado por las fuentes romanas, ha estado presente en todas las épocas, de manera que el objeto de polémica en cada momento histórico es la fijación de los criterios de ilegitimidad, esto es, las pautas que permiten calificar como no soportable o tolerable la injerencia. Los criterios que en la actualidad deben tenerse en cuenta son el «uso normal del derecho por el inmitente» y la «normal tolerancia» por el perjudicado. Este tema clásico no obstante se ha revitalizado, es patente si se observa la completa bibliografía aportada por la autora al final; en los últimos diez años se han publicado desde diversas perspectivas bastantes monografías y artículos de revista relativos a las inmisiones. Las posibles causas de este renovado interés pueden ser múltiples, yo destacaría al menos dos: la primera es que han aparecido nuevas formas de inmisión debidas al desarrollo tecnológico de los últimos tiempos, que conocemos a través de los casos que ya han ido presentándose ante los tribunales. El ejemplo más claro son los campos electromagnéticos, a raíz de la instalación de antenas de telefonía y del uso generalizado de terminales móviles. La segunda causa se halla, como indica Ricardo de Ángel Yagüez («Una nueva forma de inmisión: los campos electromagnéticos. Lo tolerable y lo que no lo es», *AC*, núm. 40, 2001, p. 1403, nota de pie de p. 15), en que «estamos viviendo en este momento el “tránsito” de la teoría de las inmisiones a la más amplia y ambiciosa de la tutela civil del medio ambiente». No desconoce la autora desde luego la relación de las inmisiones con la defensa del medio ambiente (las actividades inmitentes suelen afectar negativamente al entorno medioambiental), de hecho el capítulo VI de su libro (pp. 159 a 164) lo dedica a tal cuestión. La razón de la brevedad de su tratamiento se encuentra, como ella misma expli-

ca, en que el objeto de su trabajo es el estudio de las inmisiones desde la perspectiva del interés individual del propietario de una finca que se ve perturbado por la actividad inmitente del vecino. La conclusión a la que llega sobre el capítulo VI es que las acciones jurídicas de carácter civil existentes frente a las inmisiones favorecen, aunque indirectamente, la protección efectiva del medio ambiente. Constituyen útiles instrumentos para evitar que las actividades que perjudican el medio ambiente continúen desarrollándose.

Cuando uno lee la obra se da cuenta enseguida de que, a pesar de que ésta tiene numerosos capítulos (siete para ser exactos), la autora ha perseguido dos grandes objetivos, en concreto, el examen de la competencia jurisdiccional para conocer esta materia y el análisis de los medios jurídico-civiles de defensa frente a inmisiones lesivas de derechos e intereses particulares. Puede decirse que tales objetivos quedan cumplidos en el tratamiento tan extenso que hace de ambos en el capítulo II, dedicado a la competencia jurisdiccional, y en los capítulos III y IV, en los que aborda los fundamentos de la protección jurídico-civil y los medios de defensa, en particular la acción negatoria. Otros aspectos que desarrolla después, como es el tratamiento de las inmisiones a la luz del análisis económico del Derecho (capítulo V) o la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de inmisiones (capítulo VII), podrían haberse incluido perfectamente cuando trata las dos grandes cuestiones centrales antes aludidas, pero la autora prefiere examinarlos de forma separada.

Comencemos por el interesante tema del capítulo II (pp. 43 a 72), en el que Díaz Romero toma una postura clara, y ello siempre es de agradecer, sobre cuál ha de ser la jurisdicción competente para la resolución de los conflictos surgidos por las inmisiones, sobre todo, como antes se ha señalado, en atención a la íntima interrelación de las actividades que provocan este tipo de inmisiones con la obtención de las correspondientes licencias administrativas y con las medidas de protección medioambiental. El método empleado por la autora en este capítulo (y no sólo en éste) es correcto y sumamente útil a mi juicio, ya que realiza una aproximación a la materia objeto de polémica a través del examen de la jurisprudencia, muy numerosa por otra parte en este tema. Frente a la tesis que considera que tales conflictos han de resolverse por la jurisdicción contencioso-administrativa aplicando además la normativa administrativa, Díaz Romero estima que es competente el juez civil, debido a que es una materia incardinada en el Derecho civil en virtud de los sujetos afectados y del objeto del conflicto (lesiones de derechos subjetivos patrimoniales y personales entre particulares). Pero, consciente de que existe una evidente conexión con el Derecho administrativo en razón a la obtención de licencias y a la protección medioambiental, también señala que la normativa civil puede verse complementada por la normativa administrativa, en cuanto ésta proporciona los indicios para valorar si el ejercicio del derecho está dentro de los límites de tolerabilidad y uso normal.

Posteriormente aborda una de las cuestiones, en mi opinión centrales, del tema elegido, que después se desarrolla y completa en el capítulo relativo a los medios jurídico-civiles de defensa frente a las inmisiones: el particular afectado, ¿puede solicitar ante la jurisdicción civil no sólo la indemnización correspondiente por el daño causado por la actividad inmitente sino también la cesación de tal actividad (pensemos que normalmente se goza de la correspondiente licencia o autorización administrativa)? Adhiriéndose a la tesis manifestada en la STS de 30 de mayo de 1997, la autora se muestra partidaria

de que se solicite el cese de la actividad inmitente. La posibilidad de que pueda pedirse dicho cese surge a su juicio tanto en el caso de inmisiones sustanciales con autorización administrativa como sin ella; incluso cuando, en el primer supuesto, se hayan adoptado las medidas técnicamente posibles y económicamente razonables y, en el segundo, cuando los perjuicios sustanciales sean consecuencia del uso normal del predio (según la costumbre local), o la cesación de la perturbación lleve consigo un gasto desproporcionado desde el punto de vista económico.

En los capítulos III (pp. 73 a 89) y IV (pp. 91 a 150) analiza, como antes he indicado, los fundamentos de la protección jurídico-civil de la propiedad frente a las inmisiones y los medios de defensa respectivamente. Entre todos los medios de defensa la autora se dedica especialmente a la acción negatoria, que considera como «*el medio de defensa por excelencia para hacer frente a este tipo de inmisiones*». Analiza su concepto, requisitos, efectos, legitimación activa y pasiva, prescripción de la acción e incompatibilidad con la acción reivindicatoria. Plena justificación tiene la autora cuando elige como objeto de su especial estudio esta acción frente a las demás, ya que, como opinan Salvador Coderch y Santdiuemenge Farré («*La acción negatoria. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1987*», *Poder Judicial*, 1988, núm. 10, p. 120), a partir de que el sector de los servicios sustituye al sector industrial, la acción negatoria ha renacido y ha pasado a ocupar un primer plano. Con anterioridad, durante la Revolución Industrial del siglo XIX, se prefirió como remedio la responsabilidad civil extracontractual subjetiva antes que la negatoria, ya que sin duda aquella primera institución es más favorable a la actividad desempeñada por el fabricante.

Frente al ordenamiento jurídico común, en el que la acción negatoria no aparece recogida de forma expresa en ningún precepto, constituye una novedad la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio en materia de defensa de inmisiones ilegítimas al reconocer y conceder de forma expresa, en determinados casos, la acción negatoria. Un aspecto ciertamente interesante del libro es la crítica que la autora realiza al artículo 3.5 de la Ley catalana, ya que dicho precepto según ella parece infravalorar los derechos de la persona y supravalorar el desarrollo industrial. El legislador catalán se inclina, siguiendo al alemán, por la aplicación del análisis económico del derecho para solucionar el conflicto generado por las inmisiones, mediante la adopción de la relación coste/beneficio que haga viable la actividad empresarial. De tal forma que en el caso de inmisiones sustanciales procedentes de instalaciones autorizadas administrativamente, si las medidas técnicas preventivas solicitadas por el propietario afectado para evitar daños no son razonables desde el punto de vista económico, se opta por legitimar la inmisión e indemnizar el daño. Sin embargo para la autora, siempre que la actividad inmitente produzca perjuicios sustanciales, teniendo en cuenta que la autorización administrativa sólo tiene la función de presumir la tolerabilidad de la inmisión, ha de concederse al particular afectado la posibilidad de defenderse mediante el ejercicio de la acción negatoria con el fin de que, como mínimo, se reduzca la nocividad de la inmisión a niveles tolerables, y en caso de que ello no sea posible, se produzca la cesación total de la actividad inmitente, o el traslado a otro lugar más adecuado para su desarrollo. Esta solución sería a su juicio más acorde incluso con un análisis económico del derecho, ya que la industria, trasladada a otro lugar, podría llevar a cabo su actividad con menos coste económico al no tener que adoptarse en dicho lugar las medidas de precaución necesaria.

rias en lugares afectados. Corrobora su opinión, siguiendo el método antes señalado, con una larga lista y exposición de resoluciones del Tribunal Supremo y de las Audiencias, que insisten en que la concesión de licencia o autorización administrativa no puede mermar derechos de carácter civil. Esta crítica que ella realiza a la regulación catalana es de nuevo tratada en el capítulo V (pp. 151 a 157), dedicado a la interrelación existente entre las inmisiones producidas por actividades profesionales e industriales con criterios de índole económico.

Con posterioridad analiza, de forma más breve ya, otros remedios existentes en nuestro ordenamiento frente a las inmisiones: la acción de responsabilidad extracontractual por inmisiones lesivas (art. 1908 núms. 2 y 4 CC), los antiguamente denominados interdictos posesorios y ciertas normas recogidas en leyes especiales (art. 114.8 LAU, art. 7.2 LPH y el art. 305 de la Ley del Suelo de 1992, que mantiene vigente la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones de 1998). Esta lista de remedios frente a las inmisiones incluida en el capítulo IV podría completarse con la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Pero la autora no desconoce este recurso, simplemente no lo trata en el capítulo IV (con el resto de los remedios) sino en el capítulo VII y último (dedicado a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de inmisiones) (pp. 165 a 170). Efectivamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que las inmisiones (propagación de sustancias nocivas, olores, humos, ruidos excesivos) suponen una vulneración del derecho del artículo 18 CE relativo a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio; tal postura es seguida por nuestro Tribunal Constitucional en su S de 24 de mayo de 2001. Según Díaz Romero esta conexión de la figura de las inmisiones con tal derecho fundamental sirve para reforzar el valor de los remedios jurídico-civiles tradicionales en materia de relaciones de vecindad frente a las agresiones producidas por inmisiones. Recientemente también ha corroborado la opinión de la autora el Tribunal Supremo, en concreto en su sentencia de 29 de abril de 2003 (no dictada aún en el momento en que ve la luz esta obra objeto de recensión), en cuanto mantiene que constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del artículo 7 de la citada LO 1/1982, de 5 de mayo, la producción de ruidos de alcance intolerable por parte de una empresa vecina a la casa de los demandantes.

La lectura de este libro sin duda reviste utilidad tanto para los estudiosos como para los aplicadores del Derecho que estén interesados en conocer las medidas concretas de protección jurídico-civil de la propiedad frente a las inmisiones, su relación con las medidas administrativas y su tratamiento juríprudencial.

Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN

FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz: *Legitimación posesoria y legitimación registral. (Algunos supuestos de aplicación)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, 195 pp.

Este trabajo predoctoral de Beatriz Fernández Gregoraci constituye uno de los estudios que, en el seno de un proyecto de investigación más amplio titulado «El Registro de la Propiedad español: situación actual y transforma-

ciones necesarias»¹, se han realizado bajo la dirección del Profesor Antonio Manuel Morales Moreno en la Universidad Autónoma de Madrid.

La monografía tiene por objeto el estudio de la legitimación posesoria y de la legitimación registral, a fin de hacer un balance de la medida en que nuestro Ordenamiento está impregnado de estos conceptos. Destaca el método empleado, que consiste en detectar primero cómo se va configurando el juego de los distintos títulos de legitimación en las leyes generales, hasta alcanzar su definición actual, y contrastar luego los resultados de esta primera parte de la investigación con el estudio de diversas normas y leyes especiales relativas a procedimientos administrativos y judiciales en los que los títulos de legitimación cumplen un papel relevante.

El objeto y el método descritos justifican las dos partes en que se estructura la obra: una primera parte, que puede calificarse de parte general, titulada «*Análisis de la legitimación posesoria y la legitimación registral*»; y una segunda parte, que podemos denominar parte especial, titulada «*Algunos supuestos de aplicación*».

[1] La parte general es una constatación de la primacía alcanzada por la legitimación registral sobre los demás títulos de legitimación. Se desglosa en el estudio aislado de la legitimación posesoria, en el primer capítulo, y de la legitimación registral, en el segundo, con un tercer capítulo breve dedicado a la función del Catastro.

I. El estudio de la *legitimación posesoria* aborda toda su trayectoria histórica, desde el Derecho romano hasta nuestros días. La doctrina aparece dividida en relación con la cuestión de si en el Derecho romano la posesión tuvo función legitimadora. De un lado, no existe en los textos romanos un reconocimiento expreso de la posesión como título de legitimación; de otro lado, algunos autores opinan que los efectos asociados a la posesión (tales como la protección interdictal, o la inversión de la carga de la prueba) probablemente tuvieran su fundamento en la legitimación posesoria. Tampoco en las Partidas se encuentra expresamente reconocida la legitimación posesoria, si bien implícitamente puede atisbarse en la regulación de la inversión de la carga de la prueba. A juicio de Beatriz Fernández Gregoraci, este efecto procesal favorable al poseedor es insuficiente para afirmar que la posesión tuviera entonces una función legitimadora, tal y como la entendemos hoy, pues ésta requiere un radio de acción más amplio que le permita operar en el tráfico jurídico más allá del proceso judicial.

Será la doctrina española de los siglos XVII-XIX la que –a juicio de la autora– de manera expresa reconozca la función legitimadora de la posesión. Este reconocimiento fue creciendo gradualmente, hasta llegar a ser prácticamente unánime en fechas próximas a la promulgación del Código civil. Se presume que el poseedor es propietario mientras no se pruebe lo contrario, en el proceso o fuera del proceso. Sin embargo, no está claro hasta qué punto quedó plasmada esta doctrina en el Código civil. Centrando la cuestión en el artículo 448 CC, la autora describe muy bien la problemática que se plantea en torno a la interpretación del precepto, y resuelve que es ésta la *norma jurídica que atribuye a la posesión la función de título de legitimación y no sólo de mera apariencia* (idea que no sería predictable –explica– del artículo 426 del

¹ El Proyecto de investigación (PB 98-0091) ha sido subvencionado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (Dirección General de Investigación).

Proyecto de 1851, y que supone que el legislador del Código dio un paso más, pues no se limita a presumir –como el del Proyecto– que todo poseedor lo es a título de dueño, sino que declara que el poseedor en concepto de dueño se presume propietario).

II. De la mano de la legitimación posesoria llegará la *legitimación registral*. El trayecto lo dibuja la autora en el segundo capítulo de esta obra. El principio de legitimación registral, si bien es incoado de manera muy limitada ya en nuestra primera Ley Hipotecaria, no aparece expresa y plenamente plasmado en los textos legales hasta la reforma hipotecaria de 1944/1946, debido a motivos de diversa índole. La falta de ajuste entre aquel principio y la realidad social de la propiedad inmueble, indocumentada la mayoría de las veces, es una de las razones que explica esta tenue presencia del principio –limitada, a lo más, a la dinámica interna registral– en nuestra primera Ley Hipotecaria (1861). No obstante, en seguida se llevaron a cabo intentos, al parecer frustrados, de incorporar el principio de legitimación registral a la legislación hipotecaria (reformas de la Ley Hipotecaria de 1909 y 1927).

Beatriz Fernández Gregoraci se detiene en cada una de las etapas marcadas por los cambios en la legislación hipotecaria, estudiando exhaustivamente el valor atribuido a la inscripción registral en cuanto título de legitimación. Como es sabido, la Ley Hipotecaria de 1861 admitía el acceso al Registro de la posesión. A juicio de la autora, era ésta una medida práctica con vistas a facilitar la inmatriculación de las fincas, desligada de una función legitimadora del poseedor inscrito como propietario. La posesión inscrita no llevaba aparejada presunción alguna especial de propiedad.

Las reformas hipotecarias de 1909 y de 1927 trataron de incorporar al sistema el principio de legitimación registral. El intento se plasmó en el artículo 41 de uno y otro texto, pero no obtuvo los resultados esperados, que apuntaban a la implantación de un principio de legitimación registral de corte germano, conforme al cual la inscripción es título de legitimación. La razón del fracaso en cuanto a la consecución de dicho efecto radica en que el principio de legitimación registral se introducía en el texto legal como un derivado de la legitimación posesoria, sin llegar a formularse con autonomía: «*Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume a los efectos del Código civil que tiene la posesión de los mismos*, y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados [...] a favor del propietario y del poseedor de buena fe; [...]» (la autora explica que la única modificación que supuso, a estos efectos, la reforma de 1927 en relación con la de 1909 fue la de añadir expresamente el carácter *iuris tantum* de la presunción de posesión recogida en el precepto).

Será preciso esperar a la reforma de 1944-1946 para encontrar en la Ley Hipotecaria (art. 38) una definición del principio de legitimación registral independiente de la legitimación posesoria y, por lo mismo, una definición plena que permitirá el desarrollo del principio en toda su extensión: «*A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos. [...]».*

Superada la dependencia de la función legitimadora de la posesión, y basado ahora el principio de legitimación registral exclusivamente en la eficacia del asiento, el legislador de 1944-1946 logrará también garantizar la mejor comprensión del principio declarando que se presumirá que los derechos ins-

critos «existen y pertenecen» al titular registral conforme a lo que expresa el asiento. Se pasa así de presumir a favor del titular registral sólo la posesión (y por tanto el goce), a presumir a su favor la pertenencia de los derechos inscritos y —además— la posesión. El titular registral no tiene necesidad de probar la concurrencia de todos los elementos necesarios para la adquisición y existencia de su derecho, salvo que se presente prueba en contrario.

Por último, queda pendiente la cuestión del juego de los dos títulos de legitimación, posesoria y registral, ahora desconectados. Al relacionar el artículo 38 LH con otras normas de la Ley Hipotecaria (arts. 41 y 36), la autora concluye que los efectos del principio de legitimación registral priman sobre los propios de la legitimación posesoria que —dice— *pierde todo su valor cuando existe una inscripción en el Registro de la Propiedad* (p. 85). Es notable la repercusión práctica de esta afirmación, pues la legitimación registral surte efectos en todas las áreas del Ordenamiento, esto es, no sólo a efectos del tráfico jurídico entre particulares, sino también a efectos fiscales, procesales, y debe regir también en el ámbito del Derecho administrativo, de tal modo que el titular registral *podrá, con carácter general, exigir que se le trate como propietario en todos los órdenes* (pp. 80-81). En la segunda parte de la monografía el lector tendrá ocasión de constatar en qué medida el legislador opera con este criterio y en qué medida es aplicado por la jurisprudencia, en relación con diversos procedimientos.

III. Aunque el Catastro y el Registro de la Propiedad son instituciones coordinadas, de tal modo que aquél recibe de éste los datos jurídicos y le proporciona a cambio los datos físicos o de hecho, se niega el valor legitimador de los asientos catastrales. La autora advierte que será conveniente tenerlo en cuenta, especialmente en relación con algunas normas administrativas.

[2] Finalizada la primera parte, se inicia la *parte especial* de la monografía, dirigida a sondear distintas áreas del Ordenamiento, a fin de detectar posibles irregularidades en relación con la regla de la primacía de la legitimación registral. Consta de cinco capítulos.

IV. En primer lugar, la *expropiación forzosa*. Cuando la Administración pública inicia un procedimiento expropiatorio, ¿qué criterios utiliza para determinar a quién dirigirse como propietario del bien expropiado? Beatriz Fernández Gregoraci estudia la evolución de la normativa expropiatoria, y descubre que ésta se adelantó a la normativa hipotecaria, atisbando ya desde 1879 el valor del asiento registral como título de legitimación. La vigente Ley de expropiación forzosa (1954), jerarquiza los distintos criterios que ha de seguir el Órgano expropiatorio a fin de determinar quién es el propietario del bien objeto de la expropiación, «*salvo prueba en contrario*»: 1.º quien resulte ser propietario conforme a los «*registros públicos que produzcan presunción de titularidad*», la cual —según indica la misma norma— «*sólo puede ser destruida judicialmente*» (la autora defiende que la norma hay que referirla exclusivamente al Registro de la Propiedad, y que se plasma aquí el principio de legitimación registral); 2.º a falta de lo anterior, «*quien aparezca con tal carácter en registros fiscales*»; 3.º en última instancia, quien «*lo sea pública y notoriamente*». En relación con este último criterio, la autora cuestiona qué tipo de posesión es la que tomará en cuenta la Administración cuando tenga que aplicarlo, y entiende que el precepto se refiere al poseedor en concepto de dueño, que se presumirá titular cuando no sean aplicables los criterios anteriores y *salvo prueba en contrario*. Para llegar

a esta conclusión estudia la relación entre los artículos 3.1 de la Ley de expropiación forzosa, y el entonces 313 de la Ley Hipotecaria². En cuanto al segundo criterio legal citado, que hace referencia a los registros fiscales –de cuyos asientos antes se advirtió que no tienen valor legitimador–, el lector de la monografía que quede desconcertado ante este punto de la norma encontrará una respuesta satisfactoria en el estudio jurisprudencial que presenta la autora.

V. En segundo lugar se estudia el *deslinde entre particulares*. La autora aporta en este capítulo algunas reflexiones interesantes sobre el juego de las acciones de deslinde y reivindicatoria. Como es sabido, la acción de deslinde es una facultad del propietario cuyo ejercicio implica poner en marcha un mecanismo dirigido a determinar los linderos de la finca, de modo que sea oponible frente a los propietarios de las fincas colindantes. Como facultad que se atribuye al propietario, la acción de deslinde requiere para su ejercicio que el demandante pruebe su condición de tal. Ante la falta de un criterio legal expreso sobre qué título de legitimación se toma en cuenta a estos efectos, la autora resuelve que la prueba de la titularidad del demandante queda plenamente satisfecha si la finca a deslindar está inscrita a su nombre. En otro caso, y subsidiariamente, la legitimación posesoria puede ser suficiente –a juicio de la autora– para que se admita el ejercicio de la acción.

Cuestión distinta a la anterior es la relativa a los criterios para delimitar los linderos, y aquí –como es lógico– vuelven a estar implicados los títulos de legitimación. El deslinde puede ser judicial o convencional. El estudio se centra especialmente en el deslinde judicial, que se resolverá conforme a los artículos 384-387 CC. La autora distingue entre aquellos supuestos en los que la posesión de la franja conflictiva es ambigua y aquellos otros en que la ostenta exclusivamente un poseedor. Los supuestos de posesión ambigua se resolvían conforme a los títulos de adquisición (documentos públicos fehacientes, pudiendo considerarse como tales las certificaciones registrales), y, en su defecto, por otros medios de prueba o, finalmente, conforme a los criterios de distribución en partes iguales o proporcionales, según el caso (arts. 386-387 CC).

En cuanto a los supuestos de posesión exclusiva, la autora explica que la acción de deslinde, unas veces puede confirmar la legitimación del poseedor, mientras que otras veces destruirá esa legitimación posesoria. Se refiere, de un lado, a aquellos supuestos en los que el demandante carece de título suficiente para acreditar su propiedad sobre la franja de terreno conflictiva, y se ve obligado a invocar una posesión suya anterior a la del actual poseedor exclusivo, que es el demandado. A juicio de la autora, en estos supuestos sería lógico resolver a favor del poseedor demandado, en la medida en que goza de la legitimación posesoria, presunción de propiedad no destruida pues el demandante carece de títulos de legitimación más fuertes.

Por el contrario, la acción de deslinde puede destruir la legitimación posesoria que confiere el artículo 448 CC, si se prueba la ilicitud de la posesión. Esto ocurrirá, en todo caso, cuando el demandante presente título que le acredite como propietario, pues entonces de nada servirá al poseedor alegar simplemente la legitimación posesoria (la posesión es un criterio subsidiario, a falta de documentos públicos fehacientes, art. 385 CC). En este caso, destruida la legitimación posesoria y deslindada la finca, el propietario de la misma puede ejercitarse frente al poseedor de la franja de terreno conflictiva una

² Actualmente, artículo 319 de la Ley hipotecaria.

acción reivindicatoria. Concluye Beatriz Fernández Gregoraci que *la acción de deslinde se erige en estos casos como presupuesto de la acción reivindicatoria ya que ésta exige la identificación del objeto sobre el que recae la acción* (p. 123).

VI. El tercer ámbito en el que se centra la atención es el *deslinde de bienes públicos*. En este procedimiento es la Administración pública la que ostenta la condición de propietaria del bien que se trata de deslindar; en particular, montes, aguas o costas. Pero además de ser parte, la Administración es juez, razón que justifica el tratamiento del deslinde de bienes públicos en un capítulo aparte.

En materia de deslinde de montes públicos, la autora explica cómo la existencia de un Catálogo de Montes Públicos en el que consta la información sobre los montes objeto de posesión por parte de la Administración, y la prioridad que –por razones justificadas– hubo que dar en un momento histórico a dicho Catálogo sobre las informaciones posesorias que publicaba el Registro de la Propiedad, hizo que en los procedimientos de deslinde de montes públicos quedara mermada la legitimación posesoria, incluso cuando la posesión era publicada por el Registro. El particular sólo merecía que su posesión fuera respetada y primara sobre la información posesoria publicada por el Catálogo de Montes a favor de la Administración cuando lograra probar el título de adquisición de la propiedad. No obstante, la legitimación registral aparece, en el deslinde de montes, más respetada por la normativa administrativa que en los procedimientos de deslinde de aguas y costas.

La razón por la que se trasladó al ámbito administrativo la competencia civil del deslinde, cuando se trate de bienes públicos, fue la de proteger estos bienes de las usurpaciones de los particulares. Beatriz Fernández Gregoraci subraya la incidencia que esto ha tenido: la resolución administrativa de aprobación del deslinde se estima –por las Leyes de Costas y de Aguas– título suficiente para imponer la rectificación registral, pudiendo los particulares instar después las acciones oportunas para la defensa de su derecho. Una solución semejante dispone la Ley de Montes de 1957³, si bien atenuada por el hecho de que la rectificación registral queda en suspenso mientras no recaiga el pronunciamiento del juez de primera instancia.

VII. Otro de los procedimientos elegidos es el de la *ejecución urbanística*. Cuando la Administración ejecuta un plan urbanístico, los títulos de legitimación que acreditan a los particulares afectados como propietarios son determinantes para que éstos puedan exigir los derechos que les correspondan frente a la Administración. La autora se enfrenta con la dificultad de una normativa general difusa. Una vez más, muestra aquí su tenacidad al analizar no sólo la evolución legislativa de estas normas generales, sino también la normativa autonómica, a la que dedica el último epígrafe del capítulo.

La legitimación registral juega un papel preponderante a efectos de la consideración del titular registral como propietario por parte de la Administración. El Registro de la Propiedad es, de hecho, la institución más importante desde el punto de vista de la coordinación de la actividad urbanística, pues no sólo informa a la Administración de quiénes son los propietarios de las fincas, sino también informa a cualquier interesado sobre la situación urbanística actual de las fincas. Iniciado ya el procedimiento, los nuevos adquirentes de las fincas

³ Téngase en cuenta que recientemente ha sido aprobada la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

afectadas deben dar noticia a la Administración, de lo contrario ésta seguirá considerando propietarios a los titulares registrales que lo eran al tiempo de iniciarse el procedimiento y se ordena que sean cancelados los nuevos asientos, si bien se articula un mecanismo para que –finalmente– la finca resultado de la ejecución del plan sea atribuida a estos adquirentes. La autora observa aquí *una excepción a la vertiente negativa del principio de legitimación registral*, pues si bien conforme a esta vertiente negativa se presumen extinguidos los derechos cancelados en el Registro de la propiedad, no ocurre lo mismo con la citada cancelación por orden de la normativa urbanístico-registral, que tiene el carácter de cancelación meramente formal, no sustantiva.

Cuando el sistema de actuación urbanística no sea el de compensación ni el de cooperación, sino el de expropiación, la normativa es específica, si bien la legitimación registral sigue siendo el criterio principal a tener en cuenta por la Administración en sus relaciones con los particulares. Una característica exclusiva de esta normativa es la provisión de normas relativas a las fincas no inscritas. A juicio de la autora, serían trasladables a los otros sistemas de ejecución urbanística.

VIII. Por último, se analizan los procedimientos de *concentración parcelaria*. La autora destaca que el legislador ha prestado en ellos mayor atención a la legitimación posesoria que en los procedimientos administrativos analizados en los capítulos anteriores. La razón que justifica esta excepción puede consistir –explica– en que tradicionalmente se ha asociado más la figura del propietario de finca rústica a la del cultivador despreocupado de formalidades, que a la del diligente propietario que ha inscrito su título en el Registro de la Propiedad; y especialmente es así en aquellas regiones de minifundios, que a la vez son las que se prestan a la concentración parcelaria.

En la concentración parcelaria, la Administración se entenderá con los poseedores a título de dueño de la tierra, presuntos propietarios, y serán los titulares registrales los que deberán dar noticia a la Administración de que son propietarios, a fin de que se cuente con ellos en el procedimiento.

La constante de esta monografía es el estudio de las diversas normas aplicables, remontándose a los precedentes normativos de las mismas, y tratando de analizar siempre el juego de la legitimación registral y de la legitimación posesoria en cada una de ellas, así como el estudio de la jurisprudencia específica de las distintas materias en que se desglosa el estudio. La descripción del calado que la legitimación posesoria y la legitimación registral han tenido en los distintos estratos históricos y en distintas áreas del Ordenamiento es un logro meritorio de Beatriz Fernández Gregoraci. Este último capítulo es una última prueba de ello, constatación final de que no hay a lo largo del trabajo excepción al método, ni claudicación alguna, lo que sin duda lo hace digno de elogio.

Carmen JEREZ DELGADO
Universidad Autónoma de Madrid

LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina: *Testamento vital y voluntad del paciente*, ed. Dykinson, Madrid, 2003, 241 pp.

1. Pasar por alto hoy en día cuestiones tan relevantes como la voluntad de un paciente, la plasmación de esa voluntad en un documento o la eutanasia es imposible, más aún ahora que existen más medios que alargan la vida de

forma artificial y que retrasan el momento de la muerte. ¿Se pueden tener en cuenta los deseos de un paciente que, estando plenamente capaz, los manifiesta en un documento y que consisten en la negativa a que se le apliquen ciertos tratamientos para cuando esté en un estado de incapacidad? Ésta es la pregunta a la que trata de responder la doctora en Derecho Cristina López Sánchez en esta obra, analizando la validez de estos documentos, qué requisitos deben reunir y su contenido, todo ello bajo el prisma de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, aparte de las leyes autonómicas que regulan esta materia.

El tema de la autonomía de la voluntad de un paciente es bastante complejo, pues se está disponiendo de la propia vida y de la integridad física de la persona, cuando la Constitución, en su artículo 15, los enuncia como derechos fundamentales e indisponibles. Se trata por tanto de un campo muy delicado y en el que surgen muchas posiciones doctrinales al respecto. Puede que sea ése el motivo por el cual el legislador ha tardado tanto en regularlo (la ley es de 2002) y que se haya visto obligado a hacerlo ante los numerosos casos que se han planteado en los últimos años. La necesidad de una ley de ámbito nacional que atienda a esta materia se ha hecho patente y ya existe una, aunque su proceso de elaboración fue bastante complejo por la multitud de enmiendas que se presentaron por los distintos grupos parlamentarios.

Aun así, conviene saber cómo han regulado esto los diferentes países europeos, pues no son pocas las personas que viajan al extranjero y que sufren accidentes o algún tipo de enfermedad allí. ¿El testamento vital hecho en Madrid tendrá eficacia en París o en Roma? El capítulo que dedica la autora al Derecho comparado nos aclara este problema.

2. La obra consta de tres capítulos: *Consideraciones generales* (pp. 11 a 25). *El «testamento vital» Origen de la figura y tratamiento en otros países* (pp. 27 a 48) y *Los documentos de voluntades anticipadas o instrucciones previas en España* (pp. 49 a 139).

El primero de estos capítulos contiene una serie de reflexiones iniciales y, tras una breve introducción donde se nos señala la importancia de la materia, aborda la autora tres temas: las formas de proteger una futura incapacidad, la autonomía de la voluntad de los pacientes y la conexión con la dignidad de la persona.

El segundo capítulo es una explicación del origen del testamento vital. Además, se hace aquí un análisis de Derecho comparado y así pasamos a ver cómo Estados Unidos, Gran Bretaña, Canadá, Suiza, Italia, Francia, Alemania, Holanda, Bélgica y otros sistemas jurídicos han previsto esta figura en sus ordenamientos.

El capítulo tercero constituye la parte más importante de la obra, pues ya se centra la autora en nuestro país y cómo está regulado el tema no sólo en el ámbito nacional sino también en el ámbito autonómico. Se nos explica claramente su régimen jurídico haciendo mención de la naturaleza jurídica, características, fundamento, contenido, sujetos intervenientes, aspectos formales y límites del testamento vital.

El libro contiene al final un práctico apéndice legislativo (pp. 141 a 236) con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, más las leyes de todas aquellas Comunidades Autónomas que se han pronunciado sobre esta figura, lo que nos permite hacer un análisis comparativo de cada una de ellas y apreciar las diferencias existentes.

3. Cabe entrar ahora al fondo de cada uno de los capítulos. Como ya hemos dicho antes, en el capítulo primero Cristina López nos hace una presentación del tema, haciendo hincapié en la relevancia de esta figura debido al progreso de la tecnología médica y a los avances científicos que permiten prolongar la vida y retrasar la muerte.

3.1 El debate gira en torno a la posibilidad que tiene un paciente de indicar, anticipadamente y usando su autonomía de la voluntad, las medidas y los tratamientos terapéuticos que quiere o no que se le administren para el momento en que ya no pueda decidirlo por sí mismo. Esa voluntad queda plasmada en un documento llamado «testamento vital», pero que no en todos los lugares se ha denominado así (también se han utilizado expresiones como: «testamento biológico», «testamento viviente», «voluntades anticipadas», «instrucciones previas», «declaraciones vitales anticipadas» para referirse a él). Todo ello porque si el paciente no exterioriza nada al respecto y ha perdido su capacidad de obrar, será el facultativo el que obre según su experiencia, teniendo siempre detrás el miedo a ser demandado por los familiares en casos extremos.

3.2 A continuación, la autora expone las distintas figuras que se pueden utilizar para proteger una incapacidad, pues hay incapacidades que conllevan una pérdida total de la razón y otras parcial. Tres son los instrumentos usados al efecto: la autotutela, los apoderamientos preventivos y la redacción de un testamento vital.

La autotutela consiste en la guarda de la persona y de sus bienes, conferida por mandato o comisión del sujeto antes de incurrir en incapacidad (sólo surte efectos en supuestos de pérdida total de la capacidad). Los apoderamientos preventivos suponen que una persona, previendo una futura incapacidad, ordena, mediante una declaración de voluntad unilateral y recepticia, una delegación de facultades en otra *para que ésta pueda actuar válidamente en su nombre*. La tercera figura de protección de la incapacidad es el testamento vital, por el cual una persona física con suficiente capacidad decide que no se le administren determinadas medidas o tratamientos para mantenerle con vida, incluso puede designar a una persona para que decida por él en caso de que pierda su capacidad de obrar.

3.3 Otro punto importante que aclara la autora en este capítulo introductorio es el papel que juega aquí la autonomía de la voluntad de los pacientes. Como señala Cristina López, ha sido mucho el tiempo en el que la Medicina ha entendido que el enfermo no podía adoptar una decisión sobre él mismo y que tenía que ser el médico el que actuara, pues él le procuraría el bien. La evolución social y la mejora de la asistencia sanitaria de los últimos años han influido en la relación médico-paciente, de tal manera que este último pasa a ser un *ser autónomo con capacidad de decidir* sobre las cuestiones referentes a su enfermedad y posibles intervenciones. Surgen así una serie de derechos del paciente que ya están recogidos tanto a nivel internacional (Convenio sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina, firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997) como a nivel nacional (Ley general de sanidad de 24 de abril de 1986). Se codifican derechos de los enfermos tales como: el derecho a la información, la autodisposición sobre el propio cuerpo, el consentimiento informado (supone que una persona con capacidad recibe información comprensible y suficiente para decidir voluntariamente sobre los cuidados que va a recibir). El más relevante es el derecho a la autonomía, que en este ámbito implica la autodeterminación sobre el final de la propia vida sin la influencia

de terceras personas. De esta manera se puede decidir libremente qué tratamientos médicos se quiere recibir, siempre dentro de los límites legales.

3.4. El último punto de este capítulo se dedica a la dignidad humana, derecho que aparece reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución y que constituye la *expresión máxima del hombre como persona*. Algunos autores lo consideran como un límite al derecho de disposición sobre la propia vida, pero la protección del derecho a la vida no significa prolongarla artificialmente cuando ya no se tenga esperanzas de recuperación. El derecho a la vida debe consistir en dejar que el proceso de la muerte transcurra según su cauce. Este es el derecho a morir con dignidad. No existe un reconocimiento expreso del derecho a una muerte sin dolor en las declaraciones internacionales de Derechos humanos, pero se considera que es un derecho derivado del derecho a la vida y del derecho a la asistencia sanitaria entre otros.

4. El capítulo segundo se dedica a analizar el origen del «testamento vital» y su tratamiento en países europeos y en Estados Unidos o Canadá. Un análisis de Derecho comparado muy completo y puntual.

4.1. El origen más remoto de esta figura se encuentra en el nacimiento de las directrices anticipadas en Estados Unidos en 1967, cuando un abogado de Chicago ideó este documento para expresar el deseo de una persona de que no se le aplicara un tratamiento en caso de enfermedad terminal. Junto a esto se une otro antecedente: la Ley sobre la muerte natural de 1976 en California.

Una directriz anticipada es un documento que contiene la voluntad de una persona sobre los futuros cuidados médicos que quiere recibir cuando se vuelva incapaz de expresarla por sí mismo. Comprende dos tipos de documentos: el testamento vital y el poder para el cuidado de la salud. El testamento vital o voluntades anticipadas es un documento por el cual una persona con suficiente capacidad expresa sus deseos en relación al cuidado médico que quiere recibir en el futuro cuando ya no pueda expresar personalmente su voluntad (sus efectos sólo se despliegan cuando no hay esperanza de recuperación). El poder para el cuidado de la salud es un documento en el cual se nombra a alguien de confianza para que decida sobre los cuidados médicos cuando ya el paciente no pueda decidir por sí mismo (surte efectos cada vez que el otorgante esté en una situación de incapacidad, aunque sea temporal). En nuestro ordenamiento, ambas figuras están abarcadas por el mismo documento, donde se pueden expresar los deseos personales y designar a un representante a la vez.

4.2. En segundo lugar, Cristina López analiza la regulación de esta figura en varios Estados: Estados Unidos (aquí fue donde se originó este tipo de documentos, regulados por la Ley sobre libre determinación de los pacientes, en vigor desde el 1 de diciembre de 1991), Gran Bretaña (Ley de 1985: *Enduring Powers of Attorney Act*), Canadá (esta figura está muy aceptada y extendida en algunas de sus provincias). En Europa hemos tenido que esperar al Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina de 7 de abril de 1997 y al Convenio de Oviedo del mismo año, para dar efectos legales a las voluntades anticipadas. Algunos países con regulación son: Suiza, Italia, Francia, Alemania, Holanda (es el primer país que legaliza la eutanasia por la aprobación de la Ley de noviembre de 2000, en vigor desde el 26 de marzo de 2002), Bélgica. Otros ordenamientos jurídicos han recibido

la influencia de aquellos países donde los testamentos vitales se han desarrollado (Venezuela, Puerto Rico y Uruguay).

5. El último capítulo de la obra ya se centra en la regulación del testamento vital en nuestro país, a nivel nacional y a nivel autonómico, destacando posteriormente su régimen jurídico y finalizando con una mención especial a los enfermos de Alzheimer. Vamos a hacer un recorrido rápido de los primeros puntos de este capítulo para detenernos más ampliamente en la cuestión principal: el régimen jurídico.

5.1 El testamento vital se ha introducido en nuestro ordenamiento hace algunos años gracias a las asociaciones pro derecho a morir dignamente. También cabe recordar la existencia de un Borrador de Proyecto de Ley sobre tratamiento médico en determinadas circunstancias, elaborado por Rodríguez Aguilera a finales de los ochenta, donde ya se reconocía la posibilidad de redactar un testamento vital y se regulaban determinados aspectos formales. Dos fuentes de inspiración de la ley nacional han sido: la ley catalana y la normativa que regula la donación de órganos.

5.2 Antes de iniciar el recorrido por la regulación de las distintas Comunidades Autónomas, Cristina López pone en tela de juicio el hecho de que, tratándose de una materia que se refiere a un derecho fundamental, hayan proliferado tantas normas autonómicas. Y es que el artículo 81.1 CE obliga a utilizar la ley orgánica cuando se trate de legislar sobre derechos fundamentales.

Aun así, la regulación hecha por las autonomías es bastante homogénea, aunque esto no significa que no existan peculiaridades. Han regulado esta materia: Cataluña (fue la primera en regular estos documentos), Galicia, Extremadura, Cantabria, Madrid, Aragón, La Rioja, Navarra. Junto a estas Comunidades Autónomas existen otras que ya han previsto leyes sobre este ámbito, pero que todavía están en fase de elaboración (la Comunidad Valenciana, el País Vasco, las Islas Baleares, Murcia y Andalucía). Como hemos visto, casi todas las Comunidades Autónomas han previsto la figura del testamento vital en sus ordenamientos y, aunque existen leyes muy similares, pueden surgir problemas ante tal diversidad normativa, sobre todo cuando un paciente otorga testamento vital en Madrid y enferma en una Comunidad Autónoma que todavía no lo ha regulado. Para salvar estas diferencias y los posibles problemas que pudieran surgir, habría que dar validez a estos documentos en todo el país (incluso si el paciente está ingresado en un centro de una Comunidad Autónoma distinta a aquella en la que otorgó el testamento vital), algo a lo que contribuirá la entrada en vigor de la ley estatal.

5.3 En el punto 3 se estudia la Ley 41/2002. Aquí la autora desarrolla la tramitación parlamentaria de la ley nacional, exponiendo las dificultades y las enmiendas a las que se enfrentó dicho proceso legislativo. Constituye un análisis bastante útil sobre la evolución y los cambios que ha ido sufriendo el artículo dedicado a las voluntades anticipadas, aquí denominadas «instrucciones previas» (art. 11).

5.4 A continuación, Cristina López aborda el tema de la relación entre la ley estatal y las leyes autonómicas. Se plantean problemas tales como: si debería haber sido una ley orgánica por regular una materia referida a un derecho fundamental o basta con que sea una ley básica; si la ley estatal se ha excedido en su regulación invadiendo competencias autonómicas, ya que regula aspectos muy puntuales; si la ley estatal, por su contenido básico, sería

un límite a las leyes autonómicas, es decir, si se limita a aquello que sea contradictorio o si la ley autonómica previa queda derogada *ipso iure* por la estatal (la primera postura es más razonable y se apuesta por una reformulación de las leyes autonómicas).

5.5 El punto 5 es quizás el más importante, porque abarca el régimen jurídico del testamento vital, señalando caracteres tan importantes como su fundamento, su naturaleza jurídica, su contenido, su revocación... Es una parte esencial para comprender mejor esta figura.

El primer aspecto a que se hace referencia es la denominación. «Testamento vital» es el nombre que usualmente se ha dado a este tipo de documentos, a pesar de que no aparece esta denominación en ninguna de las normas españolas. El legislador español no se ha molestado en unificar la cuestión y ya desde la tramitación de la Proposición de Ley se carecía de consenso. La ley nacional los denomina «instrucciones previas» y casi todas las Comunidades Autónomas los llaman «voluntades anticipadas», excepto Madrid, que también los llama «instrucciones previas», y Andalucía, que utiliza el término «voluntades vitales anticipadas».

El siguiente aspecto es la naturaleza jurídica y las características. El documento de voluntades anticipadas se trata de un negocio jurídico, caracterizado por ser: 1. unilateral (no se necesita aceptación); 2. personalísimo (sólo puede ser elaborado por el propio interesado y no por un tercero); 3. formal (su validez, perfección y eficacia sólo se producen cuando esa voluntad se manifiesta conforme a las solemnidades previstas); 4. *inter vivos* (produce sus efectos en vida del otorgante); 5. revocable (el otorgante lo puede revocar en cualquier momento siempre que se encuentre en plena posesión de sus facultades mentales).

Sobre su fundamento, señala la autora que reside en la autonomía de la voluntad. El objetivo de estos documentos es mejorar la relación médico-paciente, para que el primero sepa qué hacer y qué tratamientos aplicar cuando el paciente ya no pueda expresarse.

El aspecto fundamental de este quinto punto es el contenido del testamento vital. ¿Qué se puede incluir en él? El enfermo puede pronunciarse sobre: a) el rechazo o la aceptación de tratamientos médicos que prolonguen su vida artificialmente; b) que se apliquen todos los medios necesarios para conservar la vida (no puede solicitar el tratamiento concreto que quiere que se le aplique, ya que son los médicos los encargados de ello); c) el nombramiento de un representante; d) puede reflejar su voluntad en relación a convertirse en donante de sus órganos cuando se constate su fallecimiento; e) el destino de su cuerpo (si desea o no ser incinerado). El otorgante debe expresar su voluntad de forma clara e inequívoca.

Siguiendo con el estudio del régimen jurídico, viene ahora el aspecto dedicado a los sujetos intervinientes. Podrán elaborar un testamento vital todas aquellas personas que tengan suficiente capacidad de obrar y que actúen de forma libre. Sus efectos empiezan a desplegarse cuando el otorgante necesite recibir cuidados médicos para tratar una enfermedad terminal o si se encuentra en un estado permanente de inconsciencia o sufre un daño cerebral irreversible que le impida tomar decisiones personales.

Aunque todas las leyes autonómicas y la nacional hacen referencia a un otorgante mayor de edad, sin embargo un menor con suficiente capacidad, sobre todo si es un menor emancipado, puede redactar estos documentos (art. 663 CC a *sensu contrario*). El artículo 9.3 de la ley nacional no exige la

mayoría de edad en relación al consentimiento informado, figura similar al testamento vital, sino que basta con tener dieciséis años o estar emancipado. Si se exigiera la mayoría de edad para redactar el testamento vital, esto sería incongruente con el fundamento del documento y con la capacidad del menor para otorgar el consentimiento informado. En conclusión, un menor con suficiente capacidad intelectiva y volitiva podría redactar uno de estos documentos, pudiendo nombrar a un representante para completar su voluntad. Sin embargo, también hay que tener en cuenta el grado de madurez del menor, pues se trata de un acto personalísimo y debe comprender la naturaleza del mismo y sus consecuencias. Así, el médico deberá respetar la voluntad del otorgante menor aun cuando sea contraria a la de sus padres o representantes legales.

Un último apunte para acabar con este aspecto es que ningún centro sanitario o compañía de seguros nos puede obligar a redactar un testamento vital, ya que éste se ha de elaborar de forma libre, sin coerción, persuasión, ni manipulación. Hay que evitar los posibles vicios en la capacidad del otorgante o la influencia de terceras personas en el momento de redactar este documento.

La autora continúa ahora con los aspectos formales. Aunque la expresión de la voluntad también se puede realizar verbalmente ante el médico, amigos o familiares, esto podría dar lugar a dudas interpretativas, por lo que en nuestro sistema jurídico sólo son válidas las declaraciones que figuren redactadas en un documento. Además se han de expresar de forma concisa, clara, inequívoca, libremente y en un momento de plena capacidad, conciencia y lucidez mental.

Esos documentos pueden ser públicos o privados, pues son válidos tanto los formalizados ante Notario como los realizados ante testigos. Se suele otorgar ante Notario porque así se asegura su autenticidad (ausencia de vicios en la formación de la voluntad), y será él quien valore la capacidad del dispuesto y la legalidad del contenido del documento. Si se opta por utilizar un documento privado, el otorgante puede elegir entre: redactar uno particular con sus propias palabras, utilizar un formulario elaborado al efecto o bien una fórmula mixta que combina el formulario con la libre redacción de su voluntad (es la más adecuada, porque permite que el otorgante matice según sus deseos las instrucciones ya previstas en el formulario).

La regulación de los requisitos de forma se ha dejado a las leyes autonómicas, por lo que desaparece de la ley estatal la alusión al Notario y a los tres testigos.

Por otro lado, una vez redactado el documento, tiene que darse a conocer a las personas interesadas (familiares) y a todos aquellos obligados a respetarlo (el equipo médico). Para facilitar esto, el artículo 4.5 de la Ley 41/2002 ha previsto la creación de un Registro nacional de instrucciones previas, dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo, que permitirá a los médicos consultar estos documentos vía Internet. Esto no significa que no puedan existir otros registros específicos de cada Comunidad Autónoma, pero éstos y el Registro central han de permitir el intercambio de información (la conexión entre ellos) y la fluidez en su funcionamiento (es necesario que estén informatizados). De esta manera, y tal como dice Cristina López, *se podría identificar a los pacientes que hubieran elaborado estos documentos y saber el contenido de los mismos en cualquier momento y lugar*. En el caso de que se otorgue ante Notario, será éste el encargado de comunicar todos los datos al Registro; si se formaliza en documento privado, el otorgante debe entregar-

lo a un centro sanitario para que lo incluyan en su historia clínica y lo comuniquen al Registro.

La inscripción no es constitutiva, pues el testamento vital es eficaz independientemente de si ha sido inscrito o no. La evolución en el campo de la informática hará más fácil la inscripción y su consulta, así como su modificación o revocación.

Seguidamente se explican los límites que existen a las declaraciones de voluntad de los pacientes. Para empezar, dos límites genéricos son el Código penal y el Código deontológico de la profesión médica. Más concretamente, el artículo 11 de la Ley 41/2002 enumera tres límites: el ordenamiento jurídico, la *lex artis* y la correspondencia con el supuesto de hecho que el interesado hubiera previsto cuando elaboró el documento. Si las instrucciones previas son contrarias a estos límites, no se tendrán en cuenta y la efectividad del documento podría quedar anulada. Respecto al primer límite, para ver si hay contrariedad con el ordenamiento jurídico, verificamos si existe o no alguna declaración encubierta de eutanasia. El segundo límite evita que los médicos aleguen la objeción de conciencia. El tercer límite exige una *consideración al caso concreto*.

El siguiente aspecto del régimen jurídico del testamento vital es el que se refiere a su modificación y revocación. Otorgado ya el documento de instrucciones previas, no hace falta que sea renovado salvo que se quiera modificar algo, en cuyo caso habrá que redactar un nuevo documento. La modificación se suele hacer básicamente por dos causas: 1. por un cambio de parecer del enfermo; 2. para acomodarlo a los nuevos recursos médicos que vayan surgiendo. Sea cual sea la causa, para modificar el documento el otorgante ha de ser capaz. Se recomienda revisarlo temporalmente y actualizarlo si se modifica alguna circunstancia, para evitar efectos desfavorables a los pacientes (por ejemplo, para que un paciente se pueda beneficiar de una técnica innovadora surgida después de la redacción del testamento vital). Por otro lado, el artículo 11.4 de la Ley 41/2002 permite la revocación de las instrucciones previas de forma libre, en cualquier momento y dejando constancia de ello por escrito. Tanto si se modifica como si se revoca el documento, hay que destruir las copias antiguas y sustituirlas por las nuevas para evitar confusiones.

El último aspecto se dedica a la designación del representante. En el mismo documento en que el paciente expresa sus deseos en torno a sus cuidados médicos, puede nombrar a un representante, que va a sustituir la voluntad del otorgante en el supuesto de que no pueda expresarla por sí mismo. Además, va a intervenir no sólo en casos de enfermedad terminal, sino también cuando el otorgante no tenga capacidad suficiente para tomar decisiones sobre su salud.

La Ley nacional no ha previsto nada en torno al régimen particular de este representante, que deberá seguir los criterios e instrucciones establecidos por el otorgante en el documento y tomar decisiones sobre aquellas cuestiones no previstas en él. Ante ese silencio normativo, Cristina López entiende que el representante deberá cumplir los requisitos de capacidad establecidos en los artículos 1709 y ss. CC. El poder sólo surte efecto cuando el paciente pierde su capacidad; además, puede ser general y aplicarse a todas las decisiones médicas o incluir limitaciones. En el testamento vital se puede indicar qué ha de prevalecer en caso de contradicción entre la voluntad del otorgante y la decisión del representante.

5.6 En el penúltimo punto se hace un comentario especial sobre los enfermos de Alzheimer. La conclusión a la que se llega es que hay que respetar la voluntad de estos enfermos cuando está expresada en un testamento vital y en un momento en que todavía no eran incapaces, pues lo contrario vulneraría su derecho a la autonomía de la voluntad.

5.7 Llegamos al último punto, en el que la autora explica una serie de reflexiones sobre los aspectos positivos y negativos de estos documentos, y sobre las carencias que existen en su regulación. Tres son los inconvenientes que plantea: *a*) los deseos de los pacientes no se pueden proyectar hacia el futuro, ya que la persona no va a saber exactamente cuáles van a ser éstos si sufre una enfermedad terminal; *b*) cada tipo de enfermedad requiere un procedimiento médico, y puede ser que éste no se conozca bien por ignorancia o bien porque no se pudo prever en el momento de elaborar el documento; *c*) los médicos temen interpretar de otra forma las instrucciones del paciente y que sus familiares les demanden, por lo que es necesario nombrar a un representante. En cualquier caso, para llevar a buen puerto este tipo de documentos, se hace necesario reformar y mejorar la relación médico-paciente. Y como no todo son inconvenientes, algunas ventajas son: se respeta la autonomía de la voluntad del enfermo, se preserva la dignidad de la persona humana hasta el momento de la muerte, otorga seguridad a la hora de conocer qué es lo que quiere el paciente para cuando ya no pueda decidir... Sin duda, una gran figura jurídica que aún hay que terminar de pulir.

6. Al final de la obra se incluye un apéndice legislativo con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, y con todas las leyes de aquellas Comunidades Autónomas que han regulado la materia (Cataluña, Galicia, Extremadura, Cantabria, Madrid, Aragón, La Rioja y Navarra), unas a texto completo y otras con los artículos más destacados. Una parte que tiene como objetivo el comparar la diversidad normativa existente en España acerca de los documentos de voluntades anticipadas y el distinto tratamiento dado a esta figura.

7. Para finalizar con esta recensión sobre los puntos fundamentales del libro, cabe recordar la necesidad de respetar la voluntad de los pacientes y la necesidad de homogeneizar cuanto antes la regulación existente para que todos tengamos los mismos derechos allá donde nos encontremos (art. 139.1 CE). Sin embargo, un tema como éste hay que tratarlo con la precisión y la delicadeza que merece todo derecho fundamental, en este caso el derecho a la vida, sin duda el más importante. Como bien comenta Cristina López, un paciente puede haber tenido un deseo en el momento en que otorgó el testamento vital, y luego otro distinto en el momento en que se le va a aplicar un determinado tratamiento, pues no es la misma la voluntad de un paciente que todavía no está sufriendo ningún dolor o riesgo que la de ese mismo paciente en una situación grave, pero que podría tener cura. ¿Respetamos la voluntad del paciente expresada en su testamento vital o le aplicamos el tratamiento que sabemos que le va a curar porque él mismo lo pide en un momento angustioso de su enfermedad? Muchos matices y muchas cuestiones que deben ser todavía abordados por el legislador. Mientras tanto, Cristina López Sánchez nos va aclarando algunos puntos con este libro, exponiendo con precisión, claridad y rigor el régimen de tan novedosa figura. *Testamento vital y voluntad del paciente*, una obra valiosa que hace al lector reflexionar y participar en su debate jurídico.

SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: *Las anotaciones preventivas (en particular la de embargo) en los sistemas registrales alemán y español*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2002.

La presente monografía se erige en una obra de obligada consulta para el jurista deseoso de profundizar en el tan complejo e inexplorado mundo del Derecho inmobiliario registral relativo a las anotaciones preventivas y, en particular, la de embargo. La autora, Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad de La Laguna, lleva a cabo un concienzudo y minucioso análisis de la realidad registral española a la vez que elabora un excelente estudio de Derecho comparado al examinar el papel que juegan en el Ordenamiento jurídico alemán las figuras jurídicas equiparables a las españolas. El trabajo se estructura en dos partes claramente diferenciadas: en la primera se realiza un estudio general de las anotaciones preventivas (centrado, básicamente, en las anotaciones preventivas de los arts. 42 y ss. LH). En la segunda, se estudia con detalle un tipo concreto de anotación preventiva, la de embargo, centrándose la atención en la eficacia de este asiento registral.

En la primera parte destaca el recurso al método comparado, circunscrito al Derecho alemán puesto que, según argumenta la autora, existen razones que justifican la elección de ese Derecho como ordenamiento a comparar: en el B.G.B. se regulan dos figuras que guardan muchas similitudes con algunas de las anotaciones preventivas contempladas en nuestra Ley Hipotecaria, como son la *Vormerkung* (anotación, prenotación o preinscripción) y, por otra, al *Widerspruch* o asiento de contradicción. Pero las figuras a comparar no se agotan en los dos asientos mencionados, sino que deberá acudir también a las Leyes alemanas de enjuiciamiento civil y de venta forzosa.

Siguiendo una perfecta coherencia sistemática, la autora ofrece una primera aproximación al concepto de anotación preventiva, que es definida, siguiendo a la doctrina mayoritaria, como un tipo específico de asiento registral caracterizado por su vigencia temporal limitada así como por otorgar una especial protección registral al derecho anotado, aunque sin alterar, en ningún caso, la naturaleza de éste, convirtiéndolo en otro más fuerte. Esta última referencia conduce a la nota más discutida y estudiada de la anotación preventiva: su eficacia, elemento que tradicionalmente ha permitido abordar la clasificación de estos asientos.

En primer lugar, la profesora Sánchez Jordán estudia las *anotaciones representativas de otro asiento*, asientos provisionales y anticipatorios del asiento definitivo al que prefiguran y que se caracterizan por su duración (limitada en el tiempo) y por los efectos que producen: provocan el cierre del Registro a los títulos contradictorios con la anotación (si bien no impiden la enajenación de los derechos anotados preventivamente) y, una vez desaparecido el obstáculo que las hace surgir, pueden convertirse en el asiento al que sustituyen, retrotrayéndose los efectos del derecho inscrito al momento en que se practica la anotación, de conformidad con el artículo 70 LH. Estas anotaciones presentan grandes similitudes con la figura de la *Vormerkung* (§§ 883 a 888 B.G.B.). Se trata de un asiento provisional y accesorio, que profetiza una modificación jurídica futura. Su existencia se explica, para la doctrina alemana, en la distinción que en el Derecho alemán se establece entre negocios jurídicos obligatorios y reales, separación que conduce, en el caso de constitución y transmisión de derechos sobre fincas, a la necesidad de

establecer un mecanismo de seguridad en favor de quien, de forma provisional, únicamente es titular de un derecho de crédito (el comprador), puesto que su derecho (real) sólo se adquiere a partir de su inscripción en el Registro. Resulta, así, que tanto las anotaciones representativas de otro asiento reguladas en la Ley Hipotecaria, como las *Vormerkungen* del B.G.B., comparten, aunque guiadas por razones distintas, un mismo propósito: el de llamar la atención de la existencia de un derecho en vías de ser inscrito, preparando la inscripción futura. En ambos casos, los derechos objeto del asiento pueden enajenarse como si estuvieran inscritos y las anotaciones son convertibles en el asiento al que sustituyen. Además, ambos tipos de asientos garantizan o preservan el rango del derecho anotado al retrotraerse la eficacia del derecho, una vez que es objeto del asiento definitivo, al momento en que se practica la anotación.

Pero existen también notas distintivas entre la figura española y la alemana. En primer lugar, están las diferencias sustantivas o estructurales, entre las que destaca la eficacia de cada una de las figuras: mientras que en el caso español una anotación preventiva representativa de otro asiento determina el cierre registral (eso sí, siempre y cuando el título anotado preventivamente sea uno traslativo del dominio sobre inmuebles, o de otro derecho real que los grave), impidiendo la entrada posterior en el Registro de cualquier título contradictorio, este mismo efecto ha sido negado respecto de la *Vormerkung*, ya que según la doctrina alemana, las enajenaciones que se efectúan con posterioridad a su práctica sólo son relativamente ineficaces. A esto último se añade que no es posible denegar inscripciones posteriores aunque sean contrarias a la *Vormerkung*, pues este asiento no impide el tráfico de los derechos sobre los que recae (Wacke). Por otro lado, en el campo del contenido de ambas figuras también pueden detectarse diferencias: así, mientras que algunas de las situaciones objeto de las anotaciones preventivas que forman el grupo que nos ocupa no son, en sí mismas consideradas, susceptibles de inscripción, existen verdaderos derechos reales que por algún motivo no pueden ingresar aún en el Registro. En el Ordenamiento alemán se exige a todas las pretensiones objeto de una *Vormerkung* que posean carácter obligacional y que garanticen derechos que reúnan la condición de inscribibles. Finalmente, con relación al plazo de vigencia, las anotaciones preventivas tienen una duración limitada en el tiempo, como resulta del artículo 86 LH (caducan a los cuatro años de su fecha, contados desde que se practica la anotación), salvo para aquellas que tuvieran señalado un plazo más breve. Sin embargo, la *Vormerkung* no cuenta, entre sus numerosas causas de extinción, con el mero transcurso del tiempo, salvo que se hubiera pactado expresamente.

Por lo que respecta a las diferencias formales, éstas se resumen básicamente en una: la divergencia en el lugar de regulación, circunstancia que considera la autora como indicativa de la distinta importancia que se atribuye a cada una de las figuras analizadas. Mientras que la práctica totalidad de las anotaciones preventivas aparecen reguladas en la Ley Hipotecaria, el Código civil sólo menciona algunas de ellas de forma circunstancial (aunque el Proyecto de Código civil de 1851 dedicó a su regulación un capítulo completo, el VII, Tit. XX, Libro III, seguramente porque en 1851 no se había publicado aún la primera ley hipotecaria). En Alemania, es el B.G.B. el que define la *Vormerkung*, regulando, además, sus requisitos y efectos, limitándose la *Grundbuchordnung* (en adelante, G.B.O.) a los aspectos relativos a la mecánica registral.

Algunas de las conclusiones a las que llega la autora resultan especialmente significativas: en primer lugar, aunque en el lado español la comparación se ha centrado en un concreto grupo de anotaciones preventivas, éstas abarcan un conjunto más heterogéneo de situaciones que la *Vormerkung*. En segundo lugar, algunas de las anotaciones preventivas guardan mayores semejanzas con las prenotaciones alemanas que otras: sería el caso, por ejemplo, de la anotación de legado específico de cosa inmueble propia del testador. Por último, el cambio de criterio operado en el legislador español decimonónico en lo que se refiere a la ubicación de la legislación registral, ha dado lugar a que la doctrina española se plantee la posible autonomía del Derecho inmobiliario registral.

Una segunda categoría de anotaciones preventivas es la que tiene por objeto derechos en litigio o en formación, que algún autor denomina *asientos de contradicción* (Cossío). En este grupo se sitúan las anotaciones que advierten a los posibles adquirentes de los bienes anotados acerca de la existencia de un pleito que afecta a los mismos (arts. 42.1 y 66.2 LH, art. 182 RH), haciendo que la inscripción sea inexacta o esté en vías de serlo. Dichas anotaciones coinciden en gran medida con los *Widersprüche* contemplados en el § 899 B.G.B. Para algunos autores, esta categoría se agota con un grupo de entre todas las anotaciones de demanda del artículo 42.1: en concreto, con los asientos de demandas dirigidas a reivindicar bienes inmuebles o a declarar la modificación o extinción, ya operada, de una relación jurídico-real, afirmándose que la anotación de demandas dirigidas a la constitución de derechos reales quedaría fuera de esta categoría, por guardar mayores similitudes con la *Vormerkung* (pues trata de asegurar una pretensión de carácter personal que tiende a la constitución de un derecho real aún inexistente). Pero la autora considera que nos encontramos ante una anotación que posee una naturaleza mixta: por un lado, la demanda de cumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad anticipa una inscripción futura y garantiza, en definitiva, un derecho personal, datos éstos que la acercan a la prenotación alemana. Si se tiene en cuenta que estamos ante un asiento cuya finalidad consiste en llamar la atención acerca de la posible inexactitud del contenido del Registro, tiene que admitirse que participa también de la naturaleza de los asientos de derechos en litigio o en formación. Además la autora incluye en este grupo las anotaciones que se practican por demandas de incapacidad (art. 42.5 LH), pues también en este caso la anotación advierte de la existencia de un procedimiento pendiente (del que puede resultar la impugnabilidad de los ulteriores actos de disposición realizados por el incapaz).

Según la profesora Sánchez Jordán, si se parte de la idea de que los asientos de contradicción abarcan, prácticamente en exclusiva, las anotaciones de demanda, resulta sencillo detectar las semejanzas que presenta con el *Widerspruch*. Así, en primer lugar, cabe predicar, respecto de una y otra, la nota de la accesорiedad: ambas dependen de la existencia de un asiento principal, al que se encuentran vinculadas y sin el cual no tendrían razón de ser. Además, poseen carácter provisional, aunque este calificativo tiene distinto significado en los Ordenamientos examinados: si en España se emplea, sobre todo, para aludir a su duración temporal limitada, en el Derecho alemán hace referencia a su condición preparatoria de una posible modificación del contenido de los libros registrales. En segundo término, las figuras examinadas desempeñan una función de advertencia, avisando a los adquirentes de la existencia de problemas en torno a la certeza, corrección o exactitud del asiento registral al

que se refieren. También es nota común a ambos asientos su eficacia enervatoria de la fe pública registral, que protege a quien solicita su práctica por dos vías: trata de impedir una posible pérdida de derechos y, al mismo tiempo, intenta evitar una transmisión de buena fe por parte de un no titular. Se asemejan, por último, por su efecto de reserva de rango: mientras que en nuestro Ordenamiento, los asientos de contradicción aseguran el rango del derecho que pudiera constituirse como consecuencia del litigio, en Alemania se asegura el (rango) del derecho protegido. Tal afirmación supone el reconocimiento por la autora de eficacia retroactiva a la situación resultante del conflicto, que va a prevalecer frente a los asientos practicados tras la anotación.

Con relación a las diferencias entre los asientos de contradicción y el *Widerspruch*, también encuentra la profesora Sánchez diferencias sustantivas y diferencias formales. Las sustantivas las reduce a su duración (mientras que el *Widerspruch* no tiene un plazo de vigencia predeterminado, los asientos de contradicción caducan, por regla general y salvo que la ley señale un plazo más breve, a los cuatro años de su fecha, de conformidad con el art. 86 LH) y al objeto del asiento (si en el Derecho español se anotan demandas relativas a los derechos reales o a la capacidad de los titulares de derechos sobre bienes, en el Ordenamiento alemán es posible anotar incluso pretensiones de mera rectificación del contenido de los libros registrales). Las diferencias formales las centra en el lugar de regulación (los asientos de contradicción en la Ley Hipotecaria y el *Widerspruch* en el B.G.B.), y en que la práctica de las anotaciones de demanda exige siempre providencia judicial (art. 43, párrafos primero y tercero LH) mientras que el B.G.B. admite que se dé curso a este asiento, no sólo en virtud de mandato judicial, sino también por el consentimiento del titular registral afectado (§ 899, párrafo segundo, segundo inciso).

En tercer y último lugar se estudian las *anotaciones con función de garantía*, asientos que tienen como misión asegurar la efectividad de derechos (de crédito) que por sí mismos no son inscribibles ni tienen eficacia real, garantizando las medidas destinadas a lograr su cumplimiento. En esta categoría se incluyen las anotaciones de los créditos refaccionarios (art. 42.8 LH), las del legatario de género, las de embargo (arts. 42.2 y 3 LH), y la del derecho hereditario (arts. 42.6 y 46 LH). A juicio de la autora, a ellas se pueden añadir las anotaciones de prohibiciones de disponer o enajenar judicialmente acordadas, así como las de secuestro, a pesar de que habitualmente han sido situadas, junto con las de demanda de incapacidad, en un cuarto grupo referido a las anotaciones de valor negativo. Este último es un conjunto que, en opinión de la autora, está vacío de contenido: las anotaciones de demanda de incapacidad han sido reubicadas en el grupo de asientos de contradicción, y las de secuestro y las resoluciones que acuerdan prohibiciones de enajenar encuentran su adecuado encaje entre las anotaciones con función de garantía.

El estudio comparativo de esta categoría con el Derecho alemán le ha ocasionado a la profesora Sánchez más dificultades, pues no existe en el B.G.B. ninguna figura que guarde similitud por lo que se ha visto en la necesidad de acudir a otros cuerpos legales. La *Zivilprozeßordnung* (en adelante, Z.P.O.), que dedica su libro VIII al proceso de ejecución forzosa, regula, en su § 867, la hipoteca forzosa (*Zwangshypothek*), hipoteca de seguridad dirigida a garantizar el cobro de la deuda reclamada. La autora llega a la conclusión de que no existe en nuestro Ordenamiento jurídico ningún mecanismo que coincida plenamente con aquélla, aunque algunos de los asientos que integran la categoría examinada se asemejan más a la figura alemana que otros. La Z.P.O.

contempla además el *Arrest*, mecanismo que tiene como finalidad el aseguramiento provisional de las consecuencias de un pleito en el que se pretende cobrar una deuda de dinero, regulando, en dicha sede, otra hipoteca de seguridad a lo que se ha denominado «hipoteca de arresto» (*Arresthypothek*), que se dirige, en exclusiva, al aseguramiento provisional de la ejecución futura de prestaciones de dinero, tratando de evitar que el deudor distraiga sus bienes, hallándose muy próxima al embargo preventivo.

Por otro lado, la Ley que regula la venta y la administración forzosas (Z.V.G., *Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung*) contiene, en su § 20, una figura denominada *Beschlagnahme*, que podría traducirse por «embargo» que proporciona al acreedor un derecho de satisfacción sobre la finca y que hace surgir una prohibición de disponer relativa para el deudor. Esta figura no sólo puede acceder a los libros registrales, sino que conviene que lo haga; según el § 22 Z.V.G., desde que llega a la Oficina registral la petición de ingreso en el Registro de la anotación de embargo –y siempre y cuando la solicitud finalmente se anote–, comenzarán a generarse los efectos del embargo (aunque también cabe que los efectos se desplieguen con la notificación al deudor de la resolución en la que se despacha la ejecución). La autora, tras analizar las numerosas notas que aproximan al embargo en los Ordenamientos examinados, encuentra entre ambas criterios de distinción pese a que ambas figuras persiguen el mismo propósito (procurar la satisfacción del acreedor). Así, la traba judicialmente acordada genera sus efectos en distintos momentos: en nuestro Ordenamiento, desde que el embargo se decreta judicialmente, sin necesidad de su constancia registral; en Alemania, bien a partir de la notificación al deudor de la resolución en la que se despacha la ejecución, bien tras el ingreso en el Registro de la petición de anotación de embargo. También son distintas las consecuencias que genera: si el § 23 Z.V.G. establece que el embargo produce el efecto de una prohibición de disponer relativa, en nuestro Derecho el embargo no priva al deudor de su derecho de disposición sobre el bien trabado. En el campo relativo a la publicidad de la traba, se observa que, aun cuando las semejanzas son grandes, se apartan en lo que se refiere a sus presupuestos: mientras que la anotación preventiva de embargo exige la solicitud del acreedor ejecutante, petición que debe ir seguida de mandamiento judicial, en el Derecho alemán se practica el asiento a instancias del tribunal ejecutante.

Como ya se adelantó, la segunda parte del trabajo se dedica a profundizar en un tipo concreto de anotaciones, las de embargo. La propia autora destaca, entre las razones que justifican esta decisión, la relativa a las notables dificultades que se han planteado en torno a su eficacia, lo que la lleva a afirmar que muchos de los interrogantes formulados distan de hallarse resueltos de forma totalmente convincente. El tratamiento de este grupo de asientos se inicia con el estudio del concepto de la anotación preventiva de embargo, de la que se extraen una serie de consecuencias relevantes, en especial en cuanto a su eficacia se refiere. En esta línea, profundiza en los efectos tradicionalmente atribuidos a la anotación preventiva, comenzando por el que se ha considerado elemento esencial, que consiste en el enervamiento de la fe pública registral. En segundo lugar se aborda su eficacia garantizadora de la afección, pues no en vano la anotación preventiva de embargo dota al derecho anotado de una cierta protección registral, como resulta del artículo 71 LH. Además, se analizan otros efectos que algún sector doctrinal liga a este asiento registral, si

bien se profundiza especialmente en la cuestión relativa a la preferencia que la anotación atribuye al crédito preventivamente anotado.

La profesora Sánchez Jordán dedica el último epígrafe de este trabajo a la preferencia otorgada por la anotación preventiva de embargo, materia cuyo estudio acaba centrándose, casi siempre, en la contradicción que parece darse entre los artículos 1923.4 y 1927.II,2 CC, antinomia que, sin embargo, no existe para un importante sector doctrinal. La autora analiza los distintos casos de colisión de créditos que pueden darse en la práctica, especialmente el que se presenta cuando, pretendida la realización del valor de un inmueble, concurren sobre él créditos anotados de embargo, entre sí, o éstos con créditos hipotecarios, siempre que las fechas de los créditos respectivos no coincidan con las de sus correspondientes anotaciones o inscripciones registrales. Ante el callejón sin salida al que conduce la aplicación de las tesis empleadas en la doctrina, la autora considera imprescindible acudir al auxilio de otras normas que contribuyan a la superación de la situación descrita y, en concreto, a las que regulan la ejecución dineraria (esto es, a las normas procesales): no sólo se trata del procedimiento en el que se acuerda el embargo; también dispone sus efectos, regulando, además, la realización forzosa de los bienes embargados y de los hipotecados, estableciendo, por tanto, las consecuencias que se anudan a la adjudicación de los bienes ejecutados. Concluye la autora apuntando que en la ley procesal se resuelve, con criterios registrales, acerca de la prioridad registral, que rige para establecer el orden de cancelación de cargas y gravámenes, mientras que en el polo opuesto se sitúa la preferencia sustantiva del derecho de crédito, que da paso a la aplicación de las normas reguladoras de la prelación de créditos para establecer el orden de cobro de los créditos privilegiados: atiende a las fechas de constitución de los créditos y se aplica cuando el bien ejecutado no alcance a satisfacer a todos los acreedores. Advierte, por último, que esta preferencia debe ser resuelta mediante la tercera de mejor derecho.

La obra concluye con una valiosísima recopilación bibliográfica que será sin duda punto de obligada referencia para el investigador que pretenda tratar algún tema conexo al que es objeto de estudio en la monografía analizada.

M.ª Aránzazu CALZADILLA MEDINA
Doctora en Derecho

VV.AA.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Leyes de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), tomos XXXV a XXVIII, ed. Edersa, Madrid, 1990-2003, 7500 pp.

Con la edición del último volumen (tomo XXXVIII, vol. 2.º) finaliza la publicación de una obra completa de Derecho que se añade a la colección de los «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales». Estos libros sobre las leyes del Fuero Nuevo presentan la amplia panorámica del régimen privativo a través del estudio pormenorizado de todas y cada una de las 596 leyes (aparte las Disposiciones transitorias y Adicional) que integran la Compilación del Derecho civil foral de Navarra.

La obra completa se presenta a los lectores en un total de ocho volúmenes (unas 7500 pp.), que fueron apareciendo sucesivamente. El volumen 1.º

(Leyes 1 a 10) se edita en 1994. Todos ellos son resultado de una labor conjunta llevada a término con continuidad (aunque con altibajos e interrupciones debidos de ordinario a circunstancias ajenas a los colaboradores).

Me complace en especial realizar la recensión de estos comentarios y recomendar su lectura. No solamente debido a que su estudio me ha prestado la oportunidad de escuchar la voz autorizada de los autores y compartir con ellos años de trabajo sino sobre todo porque ya antes del inicio pude seguir de cerca con algunos de ellos una historia intelectual –la génesis de estos comentarios–, y me permite ahora revivir el atractivo de una amistad que el tiempo y las circunstancias han acrecentado. Independientemente de este valor testimonial es indiscutible que los «Comentarios» constituyen en su conjunto el fruto de un trabajo hecho con la seriedad y esmero de una obra de mérito en la literatura jurídica navarra.

La lectura atenta acredita que es obra coordinada por juristas conocedores por profesión y oficio de la observancia y vigencia práctica de ese mismo Derecho. A su natural talento jurídico se añade haber compartido algunos de sus autores la prolongada etapa seguida desde el «nuevo camino» de renovación que quedó expedito a partir del Congreso Nacional de Derecho civil de Zaragoza en 1946, de que trae origen la elaboración de las Compilaciones. Desde entonces en unión con otros juristas destacados se organizaron seminarios, conferencias, cursos especiales, estudios intensivos sobre la evolución del Derecho foral. Trabajos y reuniones que fueron caldeando el ambiente en que resultante de otras muchas causas surgieron los primeros atisbos de la hoy reconocida pluralidad jurídica.

Corresponde el Derecho civil de Navarra a un Derecho por eminencia popular que con ser tantas las raíces históricas y sus fuentes prevalentes no escritas sentía la necesidad de una modernización –fijarlo por escrito sin perder su vigorosa identidad–, propósito que años atrás parecía irrealizable por su contrastada originalidad.

Fruto de ello ha sido la Compilación o Fuero Nuevo, publicada su redacción original el 1 de marzo de 1973, y lo es hoy el comentario detalladado, registro fiel e inteligente de aquellos esfuerzos, que cuenta con el largo rodaje de treinta años con las reformas a partir del momento de su publicación¹.

Estos comentarios agrupan una obra que sigue la sistemática y estructura interna del Fuero Nuevo, orígenes, presupuesto, contenido de las leyes. Cada autor se ha responsabilizado de los comentarios que le han sido asignados, pero todos y cada uno de ellos ha sido objeto de minucioso examen por los demás en «reuniones plenarias», leídas y discutidas en las correlativas sesiones de trabajo.

En su valoración global creo que, sin rodeos, puede aproximarse a una interpretación auténtica, puesto que está realizada directamente o contrastada por promotores y participantes en la Comisión compiladora (entre ellos, don Álvaro d'Ors Pérez-Peix, don José Arregui Gil, don Juan García Granero, don José Javier López Jacoiste, don Javier Nagore Yáñez, don Francisco Salinas Quijada, don Francisco de Asís Sancho Rebullida). La Recopilación privada, llevada a cabo en circunstancias muy distintas a las de ahora, en época anterior de aspiración a la unidad legislativa, fue el Anteproyecto o

¹ Expuesto en el Preámbulo del vol. I de los «Comentarios» por don Javier Nagore Yáñez desde los precedentes inmediatos de la Compilación de Navarra, pp. 9 a 137 y en la Historia del Fuero Nuevo de Navarra. Gobierno de Navarra, Departamento de la Presidencia.

antedecedente próximo de la Compilación del Derecho privado de Navarra o Fuero Nuevo. Exponer el Derecho civil navarro que se está aplicando, se defiende y administra justicia conforme a él, fue la propuesta de la editorial Edersa, a solicitud del profesor Manuel Albadalejo García, presidente del Consejo de Administración de la Editorial Edersa, hoy Presidente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, invitación hecha el día 2 de noviembre del año 1975. Aceptada tal invitación, el «equipo del Fuero» ha trabajado, con algunas interrupciones (quedaron interrumpidos hasta el año 1987 con motivo de la reforma en las materias de filiación, patria potestad, familia y sucesiones, afectadas las correlativas leyes por las modificaciones del Código civil) a lo largo de los años hasta aquí transcurridos.

Una vez más la tenacidad envidiable de don Javier Nagore Yáñez, con el apoyo incommensurable por la editorial de la profesora Silvia Díaz Alabart, ha permitido que en ningún momento decayera el afán de acabar la publicación, pese a que lamentablemente algunos de sus más insignes colaboradores se vieran impedidos de llegar hasta el final, como por enfermedad don Juan García Granero, y otros fallecieron antes, como el profesor Francisco Sancho Rebullida, quien dejó impresa su «ambivalencia» de jurista aragonés y navarro al comentar la ley 2 (vol. 1). Comentario que es una síntesis clarividente de la prelación de fuentes. Los principios esenciales del Derecho navarro son –en expresión de tan querido y recordado jurista– de una «grandeza y hermosura difícil de igualar». Parece rememorar el calificativo aplicado al apotegma *standum est chartae* aragonés: «clásico y elegante», que emplea en uno de los considerandos la lejana STS 22 de octubre de 1935 (RA 1982).

Los «Comentarios» recogen el Derecho vigente (aunque no son todo el Derecho vigente) en continuidad con la tradición jurídica navarra: «expresión del sentido histórico y de la continuidad del Derecho Privado Foral de Navarra». Debiera serlo así puesto que las leyes del Reino de Navarra fueron el soporte originario del Fuero Nuevo (Ley 1). La Compilación se propuso recoger la observancia práctica sin despego de la tradición jurídica por lo que el histórico principio de libertad civil viene a ser el hilo conductor que aclara el espíritu del sistema perfectamente ensamblado. De su importancia capital para conservar y explicar el Derecho privativo siempre se ha guardado memoria, ahora y en tiempos pasados, de manera que sin atender ese principio las instituciones se verían también privadas de su función práctica.

Para la preparación de la obra que comentó resultaba por tanto obligada la relectura de los «antecedentes necesarios» del Derecho que estaba ya en plena vigencia en el Reino de Navarra desde que fue unido o incorporado a la Corona de Castilla. El hecho histórico de la incorporación supuso un pacto del que deriva la obligación de respetar la observancia, revestido con la fórmula y garantía de los juramentos (desde 1516) el acuerdo de mantener los «fueros usos y costumbres». Unión que se hizo según el modelo bilateral de reciprocidad *equae principal*, es decir no por unilateral «coronación legislativa» sino manteniendo –«por siempre jamás»– los fueros y costumbres. Ni siquiera ceñido el acatamiento a las coincidencias y diferencias con su ascendiente romanista, en época de resurgir romanista también en la formación del Derecho castellano. Por eso la «salvaguarda» de las peculiaridades jurídicas ha tenido en Navarra menor resistencia que en otras comunidades forales. La inmodificabilidad unilateral de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento es nuevo exponente del régimen de convenio, principio propio del Derecho foral.

Hoy con la Ley Orgánica de Amejoramiento del Fuero (LO 13/1982, de 10 de agosto) y el ya copioso número de sentencias que el Tribunal Superior de Justicia de Navarra viene dictando desde 1989 comprende las disposiciones y principios informadores del «venerable Derecho navarro, popular, autónomo y original», según el acertado calificativo con que— ya en tiempo pasado— resumía la STS de 22 de diciembre de 1933, (RJ. 1830) al Derecho civil foral que rige en Navarra.

En esto reside también el interés científico y práctico de los «Comentarios». Libro escrito con respeto a la identidad histórica y cultural del pueblo navarro de que forma parte este Derecho privativo, configurado en un proceso abierto, dinámico y evolutivo. Sirvió de idea rectora en la elaboración de estos «Comentarios» que los Derechos forales no son un elenco inconexo de particularismos más o menos pintorescos sino algo completo y orgánico, con virtualidad interna para su evolución y desarrollo. El propósito de recoger el Derecho efectivamente vivido— no una antología de textos— explica también que fuera la Compilación más extensa de todas.

No conozco precedentes en que hayan sido los mismos partícipes en la redacción originaria de un Cuerpo de leyes quienes consumieran años en la elaboración del texto (veinticinco años de trabajo intenso preparatorio) y que después de aprobado, hayan proseguido, con redoblado esfuerzo, una nueva etapa de estudio, consulta e investigación a lo largo del proceso de edición de estos ocho volúmenes espaciosos con la correspondencia de los fines y contenido, donde verter y ordenar la experiencia jurídica. No deja de ser un servicio digno de admirar y sobre todo de agradecer. Los antecedentes y las actas de «las reuniones del Fuero» cuentan con una extensa información de don Javier Nagore Yáñez, una reseña personal por orden cronológico que lleva el título expresivo: «Los trabajos y los días», aparte su detallado estudio de la Historia del Fuero Nuevo de Navarra.

Las sucesivas publicaciones sobre el Derecho foral navarro disponen con el libro que se analiza de un instrumento de trabajo continuado y en términos generales bien hecho, que traza los contenidos institucionales del Derecho propio a partir de los fondos históricos y las transformaciones más recientes de la vida social, atendidos consejos y opiniones de otros juristas expertos en el empleo de las disposiciones aplicadas.

Como puede advertirse en su lectura los redactores de los «Comentarios», —el «equipo del Fuero»—, son algunos profesores, otros prácticos, notarios, jueces, abogados. Pero mérito de la aportación de los profesores es que no han elaborado un texto dogmático y científico (no es un Derecho académico o de profesores), ni los prácticos se han ceñido a una praxis reducida a la solución de casos concretos. No se trata tampoco de una colección sistemática de reglas o decisiones recogidas al vuelo de la experiencia. Se toma la praxis cotidiana como verdadero laboratorio, la vida jurídica tal como se desenvuelve en cada institución pero siempre acompañada de su noticia histórica, que es esencial para el recto entendimiento (aunque ésta no sea ineludible para el profesional).

Siguieron los autores la pauta del *ars boni et aequi*. Arte ha sido recoger las enseñanzas de la práctica más generalizada y lo es también ilustrar cada ley con sus referencias históricas; hablar de cosas supremas (principios generales de Derecho natural o histórico que informan el total ordenamiento civil navarro, Ley 4) y exponer las soluciones consolidadas con lenguaje claro y comprensible.

Se advierte la importancia de contar con unos principios permanentes y fundamentales que no dependen de transitorias vicisitudes políticas o de la acción de grupos de intereses, como la amplia libertad dispositiva, característica del Derecho navarro que sirve de referencia para apreciar la validez de los actos evitando a su vez el uso desviado. El «paramiento fuero o ley vienze» que como principio general básico informa numerosos preceptos cumple a la vez función de fuente primordial creadora constitutiva de instituciones y de exclusión de preceptos legales determinados, como expone, con su proyección europea, don Juan García-Granero Fernández en el comentario de las leyes 7 y 8 del volumen primero y en la ley 82 sobre el régimen de conquistas en el volumen segundo del tomo XXXVI, además de la exhaustiva y acreditada mención de las fuentes históricas del Derecho de Navarra.

El principio de libertad dispositiva funciona en efecto como la red arterial distribuidora a todo el Derecho privativo. La transcendencia del principio se encuentra como núcleo central en la libertad de contratar; en la constitución, desenvolvimiento del régimen de conquistas y disolución; en los pactos sucesorios; en general abarca todas las manifestaciones de la amplia, por mas que no ilimitada, iniciativa personal o libertad civil. En la libertad civil se apoyan las costumbres y estas a su vez son un modo –el mejor modo– de interpretar las leyes, en expresión popular ligar las costumbres a las leyes.

Acaso no resulte fácil a un profano asimilar una concepción del Derecho que sin ser formalista en su estructura (ya que concibe el formalismo como fermento jurídico, equilibrio y medida del dinamismo) recurre con rigor a la perfección formal en los actos más comprometedores para la vida familiar o social. En los casos en que esta Compilación exija cierta forma, se considerará de solemnidad (Ley 18), para procurar que en tales casos las cláusulas se otorguen por escrito, redactadas de modo claro y preciso. La forma con función de garantía de la libertad de pacto no contradice el predominio de que gozan en la Compilación las leyes dispositivas (Ley 8). Por eso mientras que en términos generales las leyes se presumen dispositivas, en los ciertos casos en que esta Compilación exija cierta forma ésta se considerará de solemnidad. Es natural que así sea ya que en el ámbito patrimonial no son presumibles los actos de liberalidad ni la renuncia de derechos, ni el freno a la libertad civil que requieren declaración expresa y clara, por ser más susceptible este campo para albergar cláusulas de enredos en perjuicio de intereses generales o de terceros.

Volviendo al método de trabajo, sigue esta obra, como ya se ha dicho, una exposición sistemática del Fuero Nuevo, que contiene el núcleo principal del Derecho privado vigente en Navarra. El conocimiento preciso de la historia del Derecho arroja sobre las cuestiones actuales la luz de la experiencia humana acumulada a lo largo de los siglos, con todo su valor de antecedentes cuando los criterios continúan en vigor y como tales han sido recogidos, y en todo caso conservan rango preferente para la interpretación y aplicación de las leyes de la Compilación. Lo no incorporado no se deroga formalmente, deja de aplicarse por *desuetudo*.

Algunos presentarán una declarada hostilidad o al menos desdén porque –aparentemente– parece una contradicción que, sin abrazar el primado de la ley en el desglose de fuentes el Fuero Nuevo distribuya la materia en *leyes*. Tiene explicación ya que no corresponde al arquetipo de los códigos latinos que prefieren usar el de artículos. Al convertirse el *ius non scriptum* en leyes estas no han salido de la mente de un legislador sino recibidas como estaban

guardadas en la vida social a que remiten. No llama la atención si se tiene en cuenta que ha ocurrido lo mismo en otros sistemas donde la costumbre se anticipó al Derecho escrito y, en consecuencia, se procura explicitar lo que estaba en sus raíces latente (las leyes del Reino de Navarra). Ciento que los profesionales de vocación jurídica saben bien que una cosa es la ley y otra el Derecho; que el Derecho no consiste en un conjunto de leyes ni es único el Derecho que se busca y produce en el Parlamento.

Otro punto que suele suscitar perplejidad es el predominio de leyes dispositivas. La doctrina moderna advierte que el significado más usual (incluso desde una perspectiva normativista) de la distinción entre normas imperativas y dispositivas o permisivas se acomoda a la de interés indisponible o disponible, refiriéndose al objeto de protección de que depende que esté al alcance o no de la voluntad de los particulares. Los preceptos civiles presentan de ordinario carácter dispositivo porque la realidad sobre la que operan, relaciones entre particulares, es de ordinario objeto de disposición de lo que se desprende de que las leyes del Fuero Nuevo se presuman dispositivas, es decir que su actuación se remite a la iniciativa del sujeto titular del interés protegido. Por lo demás en el campo civilista se hace de tal entendimiento largo uso, con mayor motivo en épocas de «contractualización».

El comportamiento negativo impuesto por las leyes prohibitivas de esta Compilación se sanciona con las consecuencias más graves de la nulidad (Ley 7). De manera que la acción opuesta a los preceptos de derecho necesario que son de imperativa observancia se excluye de la libre iniciativa como salvaguardia (cuando se prescriba expresamente). De hecho en el Fuero Nuevo es muy reducido el número de preceptos que contienen limitaciones o prohibiciones legales de riguroso carácter imperativo con sanción de nulidad, reservada como sanción extrema para los casos límite de imposible sanación. La presunción favorable a las leyes dispositivas permite elegir el camino a seguir, que en la duda será la que incorpore mayor valor de justicia y eficacia a la situación preexistente o propósito perseguido por las partes. Donde más fuerte es la autonomía es también más sentida la necesidad de los usos. Las cláusulas de uso eventualmente derogan las normas dispositivas que se aplican en ausencia de estipulación contraria. La ley dispositiva se retira para dar paso a la autonomía privada si no coincide con ella. El reclamo frecuente al uso que completa la regla y las cláusulas de uso que adecuan la ejecución son muestra del valor de la autonomía privada en Navarra.

También en el terreno de las fuentes no se excluye la costumbre contra ley y sí lo inicuo (impropio de un «hombre de bien») y ahístico, que enlaza con los precedentes históricos de tradición inmemorial no escrita, donde el Derecho aplicable se fue introduciendo por costumbre. Abundan principios que no nacen de la ley, como la buena fe y la equidad, que dan elasticidad al significado y alcance de la ley positiva. Ejemplo de la incapacidad del Estado de meter todo en la ley son las obligaciones naturales, que no se explican por la ley positiva sino por deberes exigibles de otro orden superior (Ley 510, inserta en el Capítulo IV, que reúne casos distintos de deberes unidos por el resultado: «Del enriquecimiento sin causa», y se comenta en el tomo XXXIX, volumen 1.º).

Es destacable la labor de estos libros en la metodología con referencias y consulta a la Historia comparada. No pocas cuestiones que surgieron después de la publicación del Código civil, de otros códigos europeos de la misma familia y del BGB (Código alemán, con la reciente reforma articulada en Ley de 1 de enero de 2002 en Derecho de obligaciones) han suscitado líneas ori-

tadoras en los siglos posteriores al XIX. Alguno de estos aspectos se analizan y recogen con buen sentido sin quebrantos de competencia en el Fuero Nuevo, que de este modo permite seguir la evolución en el contexto histórico navarro sin abandonar la ruta de la continuidad. Baste a título de meros ejemplos la modificación sobrevenida de las obligaciones cuando se altere gravemente el contenido económico o la proporcionalidad entre las prestaciones, que figura en la Ley 493 dentro del «cumplimiento y extinción de las obligaciones», o en la cesión de contrato (Ley 513, figura que recibe el Tribunal Supremo en S de 26 de noviembre de 1982, RJ, 6933, referida en el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en 9 de junio de 1990, RJ. 1991 9791). Aspectos que se recogen en recientes códigos latino americanos como el brasileño, sancionado por ley 11 de enero de 2003.

Desde el «por ahora», que enmarca la larga etapa transitoria de la codificación, al –en circunstancias distintas– «llegó el momento» de su elaboración, el Derecho navarro viene ligado a las peculiaridades de la tierra, a la vida social y las condiciones sociales y culturales que lo caracterizan como Derecho privativo. Se trataba de recuperar las raíces reales, colocar la piedra angular del derecho histórico en un nuevo contexto, lo que es opuesto a la petrificación a que da lugar la ruptura.

La tradición en efecto no se opone a innovación, al contrario la suscita. Baste pensar en la regulación de la reparación por daños por culpa extracontractual (Ley 488); la personalidad moral y entidades y sujetos colectivos sin personalidad jurídica (Ley 48); las medidas de revisión ante la desigualdad sobrevenida de los contratantes, modulaciones del principio *paramiento* para adecuar el contrato al cambio de circunstancias como la alteración de la base negocial de que deriva una grave desproporción entre las prestaciones (Ley 493, prevista en el § 313,1 BGB); el ejercicio de los derechos, con mejor fundamentación que la doctrina clásica sobre el abuso de derecho (Ley 17); el enriquecimiento sin causa como lesión de un deber moral o jurídico (Ley 508), que incluye las prestaciones en cumplimiento de un deber no jurídico.

Los autores del libro destacan sobre todo tres puntos: el primero, las fuentes: el lugar que ocupan en la tradición jurídica de Navarra la costumbre y los principios informadores de la Compilación. El segundo, la amplitud del principio de libertad civil, la libertad del hombre que informa el armazón de la vida social, las actitudes y criterios cívicos, y finalmente el valor permanente y actual de instituciones genuinas en el plano familiar (la Casa navarra, patrimonio o hacienda familiar) y sucesorio y en el dinamismo de los bienes, propiedad y contratos. La relación familiar crea estrecha solidaridad entre instituciones matrimoniales, liberalidades y sucesiones, formas de continuación con los herederos, que dependen de la voluntad del disponente y las reglas de costumbre. La unidad de la Casa es el aspecto interpretativo, integrador de las disposiciones legales o voluntarias, la concentración familiar la razón de ser de nuestro Derecho (TSJ 10 de diciembre de 1991, RJ 9803). Poco frecuente y siempre conflictivo el testamento ológrafo, no sin eufemismo tildado de soliloquio del testador consigo mismo.

Se reúnen aspectos humanos, como el valor de la palabra dada implícita en el principio fundamental «*paramiento fuero vienze*»; aspectos económicos como la libre iniciativa y la libertad dispositiva; religiosos, como la relevancia

jurídica del enriquecimiento sin causa, que esconde el contenido tanto de deberes morales como otras tantas llamadas a una justicia superior; técnicos, como los avances en la doctrina y jurisprudencia de aspectos novedosos.

Pese a la evolución de otras convicciones jurídicas no es un texto estacionario o caduco que haya de revalorizarse, como lo demuestra la ordinaria aplicación ante los Tribunales y la influencia después de publicada en otros sistemas².

No es el Fuero Nuevo un Código civil ni –menos aún– contrario a sus postulados. El respeto profundo a la variedad tanto en el ámbito interno como externo exponente de la pluralidad de ordenamientos de que es muestra su misma publicación no entra a valorar las ventajas e inconvenientes de la forma de código que adoptan otros sistemas que parten del mismo proceso de renuncia a la uniformidad.

Estos «Comentarios», aunque con inevitable desigualdad en la forma y extensión por las circunstancias y personas que intervienen, son fruto no sólo de un trabajo imprescindible para la comprensión del Derecho foral navarro sino sobre todo expresivo de la doctrina en su labor configuradora o precursora al sugerir soluciones a problemas de Derecho.

Como ya se ha dicho la redacción originaria de los comentarios al Fuero ha sido trabajo conjunto sin merma de la libertad y responsabilidad de cada uno de los autores, clásicos unos otros modernos, desarrollada en un tiempo materialmente dilatado y formalmente histórico, en el contexto de la «conservación y desarrollo» del Derecho foral. Estas notas trazan la pauta a seguir, de que ha dado cuenta el doctor Nagore Yáñez quien en todo momento estuvo «a pie de obra» levantando acta de cada sesión.

La coherencia y sistemática tiene su urdimbre en los principios informadores, que recorren el ámbito de las instituciones más genuinas. La rúbrica ayuda a una más ágil lectura de las leyes comprendidas en los correspondientes Capítulos o Títulos. Las características del ordenamiento navarro, las fuentes y la interpretación de las leyes constituyen los puntos de referencia de todos los comentarios.

Por lo que se refiere a las notas características del ordenamiento la idea originaria de la Compilación descansa en el orden de las fuentes, con el predominio de la costumbre y de las leyes dispositivas. Redactado el Fuero Nuevo en momentos de dominio preeminente de la ley escrita, con el eclipse de la costumbre palidecida por la luz de la ley estatal, no resultaba fácil entender que las leyes de la Compilación se presumen dispositivas (Ley 8), lo que es explicable además por una razón práctica que no siempre es fácil distinguir cuándo una ley es imperativa o dispositiva y ante la duda optar por el carácter de dispositiva. Con mayor motivo atendiendo a la razón fundamental de la libertad civil como criterio básico de valoración.

Los Tribunales han reconocido la primacía de la autonomía privada y del concierto entre particulares sobre las disposiciones legales no imperativas. El principio «paramiento fuero vienze» da prevalencia a la voluntad unilateral o contractual como criterio determinante de la exégesis de las cláusulas y Derecho común supletorio en las obligaciones mercantiles (TSJ-Navarra, S de 19 de marzo de 2001, RJ 6104). Con mayor motivo admitido tal predominio se

² En la Jurisprudencia civil del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (1999-2001), en edición publicada por el Departamento de Presidencia, Justicia e Interior, Dirección General de Justicia, puede advertirse la efectiva aplicación por los Tribunales.

explica la prioridad de la costumbre contra ley, que ha cumplido la función de cauce receptor de instituciones que por esa vía quedaron «foralizadas», método de reforma por conducto social. No deja de ser en efecto la costumbre contra ley un método de reforma como en otros sistemas anglosajones pueda serlo el precedente judicial. Por la costumbre contra ley han pasado a formar parte del Derecho navarro la libertad de testar, usufructo de fidelidad. El movimiento codificador rechazó la costumbre contra ley (ya el Código austriaco) con base en la dignidad misma del legislador que guarda la ciudadela: la ley solo puede ser derogada por otra ley.

Lamentan historiadores modernos lo que ocurrió con la «homologación de las costumbres» en la etapa previa a las codificaciones europeas, que al ponerlas por escrito se les privó de la flexibilidad originaria de «prácticas consuetudinarias». En Navarra el Fuero General, con el variado caudal de materiales jurídicos que contiene, el texto compilado mantuvo su capacidad de adaptación, que ha permitido corregir capítulos en desuso, respetando sus contenidos desde la sanción oficial en 1330 en la forma habitual de ejercer justicia sin necesidad de ajustar al caso el rigor de la ley, salvo los supuestos expresamente previstos en la ley con las consecuencias enérgicas frente al acto ilícito.

La participación de profesores y prácticos confiere a esta obra un marco apto para la información del profesional y sugerentes contrastes a la investigación, la adecuación a los problemas reales. Mientras que las Compilaciones de Derecho histórico lamentan la falta de sistemática interna, lo que origina lagunas, en el Fuero Nuevo se ha procurado que no carezca de sistemática interna, lo que favorece la labor de abogados y jueces. Con mayor motivo por la preocupación por sus autores de recoger los problemas reales suscitados en la práctica notarial y forense.

Ejemplo concreto es el estudio sobre el testamento de hermandad elaborado por don Juan García Granero. Se trata de un minucioso estudio de inestimable valor, una aportación a que ha dedicado años de probada ciencia y experiencia (capítulo V, tomo XXXVII, volumen 1.º).

Cada ley ha sido objeto de debate para destacar el texto más cercano al contexto de la interpretación y aplicación. Cada texto de la Compilación sigue el lenguaje del hombre de la calle (incluso cuando se trata de instituciones con un marco que rebasa el área de lo genuinamente navarro) del Derecho comparado, a que acuden los comentaristas mientras sea preciso exponer la extensión razonable de soluciones jurídicas.

Es frecuente encontrarse en estos «Comentarios» con valoraciones críticas de ciertas doctrinas recogidas en la jurisprudencia. La selección de la jurisprudencia para rechazar aquéllas que no se ajustan a soluciones forales puede ser ella misma materia para un trabajo de alta especialización. Debe notarse que no es por el prurito de pasarlas por la «criba» de la foralidad, sino por su autoridad y proyección futura como herramienta útil. Esto explica que no pocas entre las referidas al Fuero Nuevo se hayan expandido al territorio nacional como soluciones prudentes y novedosas, que encuentran el atractivo de la novedad en las raíces de la tradición.

No deja de ser un modelo de analizar la jurisprudencia de manera que permita la armonización al dejar elegir entre objetivos y principios forales o comunes, y una *relatio imperfecta*, afirmaciones accesorias de la jurisprudencia formada sobre un sistema de diverso tejido normativo que suele anunciararse con la expresión (en ningún caso peyorativa sino de contraste) «doctrina no

aplicable a Navarra»³. Con mayor motivo cuando se trata de criterios elaborados por la jurisprudencia bajo el imperio de la antigua legislación con un modo de entender la subsidiariedad o supletoriedad (importante base para el estudio de las leyes de carácter dispositivo) diferente a la expuesta en el Fuero Nuevo. Es al respecto oportuna la distinción entre la función de complemento que tiene la jurisprudencia para prevenir y eliminar dudas y la supletoriedad. La complementariedad añade soluciones autorizadas con refrendo jurisprudencial mas no reemplaza o resta las establecidas en las leyes como supletorias del sistema privativo. Como la ley dispositivo complementa el principio de libertad civil.

El carácter formal (como se ha indicado antes, sin formalismo dogmático) por la pretensión de atribuir a cada acción su propio campo, prueba, forma, garantía, encuentra en la Compilación un lugar destacable, que corresponde a la alta formación de los juristas mentores o redactores de los fueros navarros. Son muchas las cuestiones no solubles con métodos dogmáticos en particular las que presuponen alguna indeterminación. Los Tribunales habrán de apreciar el alcance de los principios con la significación y transcendencia de un Derecho donde «la palabra dada constituye una exigencia moral y una regla de honor en las relaciones humanas» (TSJ-Navarra, S de 25 de marzo de 1993, RJ 2561).

No ha seguido la reprobada pauta de ciertos Cuerpos legales que con fórmulas uniformes rígidas encaminadas a la unificación (cuerpo de reglas comunes idénticas aplicadas por igual en cada sistema) son cerrados. En Derecho navarro lo nuevo no sustituye si no «amejora» lo anterior. En definitiva se distancia del espíritu legalista del siglo precedente. Simplemente no admite comparación: sigue otra vía, no sólo otra forma y estilo.

El interés que en cada caso se tiene en cuenta queda claramente definido, siempre buscada la claridad, que contribuye a crear certeza y adhesión a las reglas y al desarrollo de las relaciones jurídicas para que no vayan contra la justicia. El balance de la obra realizada presenta una riqueza grande: ofrecer un texto de un Derecho positivo que por la fuerza de la tradición jurídica navarra y nacido de la praxis no ha salido de la órbita de la sociedad civil; un análisis crítico y reconstructivo de las instituciones más significativas siguiendo la guía sistemática del Fuero Nuevo.

Glosar estas características del Derecho privativo y su incidencia en la interpretación de las leyes no resulta tarea sencilla. Se entiende que los «Comentarios» sean una obra que ha sido leída, debatida y elaborada con la responsabilidad personal de sus autores que se acredita con su firma, con gente renovada, universitarios unidos al «equipo foral» en reuniones periódicas a lo largo de estos años.

Personalmente destacaría como más sugerentes los siguientes aspectos:

1.º La cuidada aportación de materiales, documentos, protocolos notariales y resoluciones (jurisprudencia anterior al Fuero Nuevo recogida bajo la dirección de Sancho Rebullida, minucioso elenco de bibliografía, opiniones doctrinales, cláusulas contractuales, testamentarias, recopilaciones oficiales o

³ También en este punto se advierte el histórico respeto de los fueros. Las leyes 32 y 33, tít. III, libro I, de la Novísima Recopilación de las leyes de Navarra acordaba el Derecho de exigir por las Cortes y la Diputación permanente del Reino de los Tribunales los pleitos o procesos en cualquier estado que se hallaren, para ver «si se ofendían los fueros y las leyes».

privadas) que aspiran a aclarar las leyes, siempre respetuosa la información ofrecida con la evolución adecuada a los principios forales y a las costumbres existentes y observadas, así como los Amejoramientos o sucesivas reformas. Las bases fundamentales se inspiran en principios de Derecho natural con su fuerza persuasiva que guía el cotidiano *ius quo utitur*, referidos en la Novísima Recopilación de las leyes de Navarra y recogidos como principios generales en la ley 4.

2.º Las modalidades de la aplicación práctica del Derecho a la vida social con flexibilidad y fluidez, sin quebranto de la observancia y seguridad jurídica. Un Derecho formulado sin abstracción admite la mejor adaptabilidad a las circunstancias del caso sin la tortuosa «asimilación» de unas instituciones a otras (en las cláusulas litigiosas los más análogos y conformes a la voluntad que resulte del título de constitución) ni el rechazo de instituciones vigentes por el mero hecho de ser desconocidas en las fuentes históricas. En esta línea se indica en la Exposición de Motivos de la Compilación que en Navarra, dada la amplia libertad dispositiva, entre los legados y donaciones no hay solución de continuidad (tomo XXXVII, volumen 1.º «De las donaciones y sucesiones»).

3.º Enlazar la tradición jurídica con exigencias y necesidades de la práctica cotidiana. Ciertamente el Derecho, como el lenguaje, están siempre en movimiento y debe ser claro y accesible al pueblo. No es otra cosa lo que quiere aludir la moderna tendencia hacia el llamado «Derecho viviente»⁴. El lenguaje popular con que son conocidas se recoge en no pocas de las rúbricas y leyes que componen el Fuero Nuevo, como, entre otros muchos, las «belenas o etxeakoartes» en la ley 404, que figura en el título de las servidumbres, corralizas (Ley 379), facería o comunidad facera (Leyes 384 y 386, tomo XXVIII, volumen 1.º). Términos que a su vez acreditan la variedad de la idiosincrasia navarra.

4.º La lectura atenta de los «Comentarios» estimula la reflexión sobre aspectos puntuales de interpretación y aplicación del Derecho foral en el contexto contemporaneo. Como todo proceso, el proceso de integración en el marco constitucional queda abierto al futuro. Surgen nuevas cuestiones que el tiempo y las circunstancias sociales suscitan. Son incisivas las preguntas de si será posible mantener la naturaleza de «ordenamiento privativo vinculado al territorio foral» pese a que las leyes sucesivamente dictadas en uso de la facultad exclusiva no se ajusten propiamente a la competencia legislativa. De tales interrogantes se sigue el modo de proceder que la doctrina y jurisprudencia hayan de orientar en adelante.

Respecto de la doctrina es conocida la tendencia de algunos foralistas recientes de agotar por vía de «recepCIÓN» directa los principios constitucionales, en el sentido de modernizar según esos fundamentos el Derecho civil privativo.

Tendencia que conduce al relevo del Fuero que dejaría de ser Nuevo desplazado por otro Novísimo Derecho foral. El riesgo de este planteamiento, por lo demás respetable con mayor motivo por la autoridad de sus mantenedores, pudiera serlo recaer –otra vez– en el sistema del Código civil, retornar aquella aspiración a la unidad legislativa. Cabe recordar que en el siglo XIX el ideal uni-

⁴ «Como obra de literatura jurídica puede ser definido por estas notas: puridad del idioma y uso de locuciones populares; precisión técnico-jurídica y fidelidad a las fuentes históricas» (J. GARCÍA GRANERO, en estos «Comentarios», vol. I, p. 130).

formista toma como punto de partida la estatalidad del Derecho con motivo de la modernización del aparato administrativo y podrá plantearse cuestiones semejantes a las que entonces se suscitaron ¿qué vamos a discutir? ¿La tradición jurídica? ¿La Compilación? ¿El valor de la costumbre? ¿Si los principios clásicos son insuficientes para afrontar cuestiones nuevas como asegurar la menor conflictividad? ¿Cómo redactar leyes futuras opuestas a las costumbres vigentes?

Tal renovación es en efecto comparable a un modelo legislativo que hace tiempo se despidió, desde el paréntesis del «por ahora» que se basaba precisamente en la urgencia o necesidad de uniformar –cuanto antes– la diversidad existente para mantener lo imposible de unificar. No deja de ser la progresiva «desregulación» del marco legislativo por leyes especiales que pronto han tenido que revisarse a la sola luz de la experiencia. Una de sus ulteriores consecuencias es el enlace con la llamada edad de la descodificación por multiplicarse las leyes especiales que alteran las bases del sistema, fenómeno paralelo sería la «desforalización». Ambas corren las mismas desventajas de distorsiones y de incompatibilidades, más abundantes en épocas de exceso de reglamentación legislativa. Ciento que el «por ahora» encuentra ahora camino más expedito de puertas adentro.

No faltan ejemplos en la elaboración de nuevos códigos legislativos. Reducir la excesiva lista de leyes especiales ha sido la política de Derecho recientemente seguida en Alemania para la reforma del Derecho de obligaciones a fin de armonizar los principios ubicándose en el BGB frente a los excesos reguladores de la defensa del mercado. Confirma esta técnica que recurrir a la justicia extralegal (lo que no deja de ser un freno al abuso de la potestad legislativa) guarda proporción inversa a la inflación legislativa en sistemas de primacía de la ley.

En la fase actual, que de por sí no es aún historia, pueden tomarse sin duda otros puntos de referencia, revisar fórmulas tradicionales que queden vacías de contenido, lo que puede hacerse por vía legislativa o de interpretación. Dicha política legislativa pudiera conducir a la reforma de todo el Fueno con carácter general y globalizador procurando encontrar la disciplina moderna para instituciones tradicionales ¿acaso no sería mejor profundizar en la misma línea de buscar la disciplina moderna para esas instituciones y respetar sus caracteres propios antes de acometer su revisión global de *iure condendo*?

La adaptación por vía de interpretación puede discurrir por derroteros conocidos. En primer término, porque al ser los principios flexibles la adaptación a las circunstancias de cada caso prevé una posibilidad para la generalidad de los casos en igualdad de condiciones. En segundo lugar, porque la jurisprudencia selecciona los «conceptos modernos» que se proponen como más razonables, tal ocurre en la evolución del concepto de culpa que inspira la Ley 482.2, que sin prescindir de ella fundamenta la responsabilidad extracontractual abierta a soluciones más objetivas (TSJ Navarra, 10 de junio de 1997, núm. 13/1997). Es decir adentrarse en las instituciones privativas *iure interpretationis* cuenta con cauces ya establecidos.

Además contiene la explícita garantía constitucional que ampara su observancia y desarrollo en armonía con los principios que informan el total ordenamiento civil navarro.

Mientras que en la otra alternativa legislativa opuesta a la vigencia del patrón en cada reforma siempre hay que pensar qué propósito inspira esa reforma, si pretende liberalizar una legislación existente, qué se deroga, el

marco normativo anacrónico. En definitiva decidir qué orientación, mitigar, rigorizar, qué principios, de carácter temporal, qué fundamentos, qué criterio, cuáles los supuestos regulados. Discrepar es más bien una actitud *a priori*.

No deja de ser coherente la actitud de respetar los principios que forman una unidad y por cuanto reflejan la normalidad de la vida social son fáciles de entender y aplicar. Tal es la pauta que prevalece en la exposición de estos comentarios que, como en los dictámenes, se somete a cualquier otro criterio mejor fundado.

Las diferentes condiciones de vida por el paso hacia una sociedad donde la mayoría de la población reside en zonas urbanas con desproporción respecto a la rural suscitan clamores sobre una nueva actualización ¿qué suerte ha de seguir? Actualizar por vía legislativa es un mecanismo de reacción o remedio a medida que nacen situaciones nuevas, mecanismo que va del imperativo legal (adaptar la letra de la ley a la nueva realidad) a los actos, pactos o contratos no abarcables en la anterior, dar pasos en la misma dirección, las relaciones entre la concepción del Derecho y el poder político. Pero no toda reforma ha de seguir la vía de «ley foral». No parece tan urgente la necesidad de actualizar con la justificable pretensión de «poner» al día, entendida como legalizar aun a costa o con rechazo de la identidad. Todo sistema jurídico rechaza antinomias de principios contradictorios y con mayor motivo si el opuesto lo fuera contra el principio fundamental paramiento fuero o ley vienze.

Para la actualización puede ser suficiente acomodar, adecuar o atenuar las consecuencias de los principios a los matices y variaciones de la realidad. Las particularidades justificadas por la presión social se consagran antes en el *ius non scriptum*, usos notariales y costumbres, jurisprudencia, la tarea de fijación requiere tiempo. Con mayor motivo cuando este sistema por esencia es flexible y adaptable y tanto la *desuetudo* como la *consetudo contra legem* son muestras de la tensión social ejercida por el *ius non scriptum* sobre el *scriptum*.

Cuestión distinta son las disposiciones administrativas y fiscales comprendidas en los efectos de la condición foral (Ley 16), que inciden en aspectos sustantivos civiles y siguen un cauce diferente al sistema de fuentes que rigen las relaciones entre particulares por estar redactadas con vistas a la *publica utilitas*. Como la contravención administrativa que, aunque quepa en el supraconcepto de ilícito, corresponde a la potestad sancionadora de la Administración, las que en sentido clásico se comprenden en las llamadas leyes de policía, las que disciplinan condiciones de inmigración, las obligaciones tributarias *ex lege* o la necesaria armonización entre las garantías procesales y las correlativas remisiones registrales.

En último término el resultado debiera ser la armonía. La seguridad jurídica y la flexibilidad son mecanismos para el buen funcionamiento y operatividad de un sistema. Entre ambos se tiende el puente entre dos imperativos que deben inspirar al legislador y marcar pautas al juez. Los pleitos nacen en clima de incertidumbre y se corre este peligro de quedar fascinados por nuevas orientaciones o directrices con otras fuentes de orientación que sean contradictorias o incompatibles con las fuentes propias del sistema privativo, o con inquietud innovadora ante acontecimientos por el simple hecho de que no pertenecen al pasado. El plano puramente formal de la legalidad, la uniformidad, no es capaz de satisfacer la multiplicidad de demandas de justicia, con mayor motivo evitar que desemboque en la multiplicidad de recursos.

En todo caso acortar el confusionismo legal derivado de leyes especiales que optan con preferencia por reglas comunes con un sentido de regulación supletoria con base en las normas del Código civil, o de reformas miméticas trasplantadas de otros modelos que no llegan a captar en profundidad los nexos que han marcado la continuidad en la relación entre el sistema de fuentes privativo y el sistema normativo del Estado (como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Navarra de 15 de noviembre de 1991, R 9800, con motivo de una controversia sobre prescripción de acciones).

Que la ley es «maestra de Derecho y de justicia», en expresión acertada tomada del razonamiento expuesto en una vieja sentencia del Tribunal Supremo (S de 30 de agosto de 1924). Tal magisterio presupone el aprecio al Derecho y la Justicia. Disponer para el entendimiento de las leyes es también mostrar el sistema en que se integran, interpretar y explicar las soluciones jurídicas diferentes, conocer el proceso histórico, los principios informadores, los presupuestos de las instituciones privativas y apuntar los cauces de actualización cuando y por el conducto que sea más conveniente. Este libro da cuenta cumplida de esa misión que en definitiva es servir a la foralidad.

José Antonio DORAL GARCÍA

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Eva CANO VILÀ, María Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Albert RUDA GONZÁLEZ, Josep SOLÉ FELIU, Isabel SIERRA PÉREZ, Belén TRIGO GARCÍA

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

FONTANA, C.: «La circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale: dalla convenzione di Bruxelles al regolamento comunitario», *RTDPC*, 2003, núm. 1, pp. 263-309.

Reflexión acerca de la cooperación judicial en materia civil y mercantil, y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en los diferentes Estados miembros de la CE: ámbito de aplicación del Reglamento núm. 44/2001, procedimiento jurisdiccional, actos públicos, reconocimiento automático, controles formales y garantías de respeto de los derechos de defensa de intereses generales. (M. R. D. R.)

GUARNERI, A.: «Nascita di figlio malformato, errore diagnostico del medico e regola di responsabilità civile», *RDC*, 2002, núm. 6, parte seconda, pp. 849-868.

Ánalisis de Derecho comparado sobre la responsabilidad civil por errores de diagnósticos del médico que provocan nacimientos con malformaciones. (M. R. D. R.)

KAMANABROU, S.: «Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln», *AcP*, núms. 4/5, 2002, pp. 662-688.

La interpretación de las cláusulas generales de la ley es distinta de la de otros tipos de normas. En general, las normas se aplican mediante subsunción, pero las cláusulas generales deben ser interpretadas mediante concreción. En estos problemas metódicos se centra el autor. (M. G.-R.)

LARDEUX, G.: «La reconnaissance du statut de règle de droit à la règle de conflit de lois», *RDS*, 2003, núm. 23, pp. 1513-1520.

El conflicto de leyes cuando una norma designa aplicable la ley extranjera. Problemas jurisprudenciales. Estudio a propósito de la sentencia de la Sala 1.^a civil de 18 de septiembre de 2002 de la Corte de casación que obliga a los jueces a buscar la ley extranjera y aplicarla. (R. A. R.)

MESSINETTI, D.: «La manualistica e le nozioni fondamentali del diritto», *RDC*, 2002, núm. 5, parte prima, pp. 649-667.

Reflexión sobre el lenguaje jurídico y sus categorías conceptuales en la tradición dogmática: lenguaje técnico-simbólico, instituciones, etc. (M. R. D. R.)

RESTA, G.: «La disponibilità dei diritti fondamentali i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)», *RDC*, 2002, núm. 6, parte seconda, pp. 801-848.

Ánalisis comparado de los derechos fundamentales como objeto de comercio: límites a la autonomía privada y disposición del cuerpo, medios de tutela de la dignidad de la persona. (M. R. D. R.)

ROSSI, G.: «Il cyberlaw tra metafore e regole», *RDC*, 2002, núm. 6, parte seconda, pp. 751-799.

Notas sobre el uso del Derecho desde las nuevas tecnologías introducidas por Internet: problemas de lenguaje, comercio electrónico, firma electrónica, etc. (M. R. D. R.)

VETTORI, G.: «Carta europea e diritti dei privati», *RDC*, 2002, núm. 5, parte prima, pp. 669-695.

Ánalisis de los derechos subjetivos privados en el ámbito de la Unión Europea: autonomía privada y libertad de empresa, límites, bioética, intimidad, etc. (M. R. D. R.)

DERECHO DE LA PERSONA

AQUINO, M.: «L'eutanasia in Europa: i casi della Svizzera e del Regno Unito», *DFP*, 2002, núms. 2-3, pp. 641-662.

Estudio de la eutanasia en los ordenamientos suizo e inglés. (Alma R. G.)

BENDA, E.: «Die “anonyme Geburt”», *JZ*, 11/2003, pp. 533-540.

El nacimiento «anónimo».

El artículo se ocupa de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el litigio *Odièvre v. Francia*, también en cuanto a sus consecuencias para la actual discusión de política legislativa en Alemania. (B. T. G.)

BIANCA, C. M./CARLEO, L. R./y otros: «Adozione internazionale», *NLCC*, 2002, núms. 4-5, pp. 775-907.

Extenso estudio de la legislación en materia de adopción internacional y análisis de sus requisitos y particularidades, según diferentes supues-

tos: menores extranjeros, adquisición de nueva nacionalidad, declaración y eficacia de la idoneidad del adoptante. (M. R. D. R.)

BIANCA, C. M./CARLEO, L. R./y otros: «Adozione nazionale», *NLCC*, 2002, núms. 4-5, pp. 908-1067.

Análisis de la l. 28 marzo 2001, núm. 149, sobre adopción nacional: requisitos y efectos en los diferentes supuestos del procedimiento de acogimiento y adopción, derechos y tutela del menor, etc. (M. R. D. R.)

CASINI, M.: «La commercializzazione del Norlevo: dal decreto n. 510/2000 del 26 settembre 2000 del Ministro della sanità alla sentenza n. 8465/2001-12 ottobre 2001, del Tar Lazio», *DFP*, 2002, núms. 2-3, pp. 420-457.

Problemas jurídicos que plantea, en relación con el derecho a la salud y el derecho a la vida, la inmisión en el comercio de la medicina Norlevo (conocida como píldora del día después). (Alma R. G.)

CASSANO, G.: «L'eutanasia», *DFP*, 2002, núms. 2-3, pp. 618-640.

La eutanasia, entre el derecho a la vida y el derecho a la libre autodeterminación. (Alma R. G.)

CASSANO, G.: «Concepimento versus "pillola del giorno dopo" (T.A.R. Lazio, II sez., 12.10.2001, n. 8465)», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 571-575.

Problemas jurídicos que plantea la píldora del día después, en especial, conflicto con el derecho a la vida. (Alma R. G.)

CATALLOZZI, M.: «Riservatezza, minori e test psichiatrici», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 698-702.

Comentario jurisprudencial relativo al derecho a la intimidad de un menor frente a sus propios progenitores. (Alma R. G.)

CHABERT, C.: «Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant», *SJ*, 2003, núm. 18, doc. I-129, pp. 761-768.

Recelos de la jurisprudencia francesa a la aplicación directa de la Convención de Nueva York de 1990 sobre derechos del niño frente a la aplicabilidad de la Convención europea como consecuencia de la aplicabilidad directa del Derecho europeo por los Estados miembros. (I. S. P.)

DAMM, R.: «Personenrecht. Klassik und Moderne der Rechtsperson», *AcP*, núms. 4/5, 2002, pp. 841-879.

Los códigos decimonónicos no tenían un «sistema» de Derecho de la persona. Por otra parte, hoy día su protección se enfrenta a nuevos retos y problemas: comienzo y fin de la vida, reproducción asistida, etc. (M. G.-R.)

DAZZETTI, S.: «Un assai interessante e fecondo Convegno sulla libertà religiosa», *DFP*, 2002, núms. 2-3, pp. 735-766.

Evolución histórica y evolución doctrinal de la libertad religiosa. (Alma R. G.)

FLAUSS, J. F.: «Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en jurisdiccion constitutionnelle?», *RDS*, 2003, núm. 25, pp. 1638-1644.

Incapacidad del protocolo núm. 11 de responder con eficacia a las consecuencias y déficit del Consejo de Europa respecto de la Convención Europea de Derechos del Hombre. Necesidad de reformar la Corte de Estrasburgo a partir del 2000 como guardiana del orden público constitucional europeo. (R. A. R.)

MALLET-BRICOUT, B.: «Droit d'accès aux origines personnelles: l'embarras de la Cour européenne des droits de l'homme», *RDS*, 2003, núm. 19, pp. 1240-1245.

Estudio a propósito de la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003 que rechaza la petición de un sujeto a buscar sus orígenes. (I. S. P.)

MAURO, T.: «È lecito od illecito affermare che un giudice non ha letto gli atti quando è certo che non li abbia letto, ossia è consentita oppure no la critica delle decisioni giudiziarie?», *DFP*, 2002, núms. 2-3, pp. 369-385.

Derecho de crítica de las decisiones judiciales: posible lesión de la reputación profesional de un juez por las alegaciones hechas en un medio acerca de la no lectura por dicho juez de los documentos procesales a lo largo del procedimiento judicial. (Alma R. G.)

OPPO, G.: «Declino del soggetto e ascesa della persona», *RDC*, 2002, núm. 6, parte prima, pp. 829-835.

Reflexión sobre los derechos de la persona y su ejercicio condicionado por su pertenencia al orden social y jurídico. (M. R. D. R.)

RAVANAS, J.: «Protection de la vie privée: la preuve illicite d'une relation "défectueuse" de travail», *RDS*, 2003, núm. 20, pp. 1305-1308.

Estudio a propósito de la sentencia de la Sala Social de 26 de noviembre de 2002 que declara ilícito el control y vigilancia de la vida de un trabajador fuera de la empresa por violación de los artículos 8 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, 9 del Code civil francés y L. 120-2 del Código de trabajo. (I. S. P.)

TAUPITZ, J.: «Forschung mit Kindern», *JZ*, 3/2003, pp. 109-118.

Investigación con menores.

Las distintas normas jurídicas que a nivel internacional se han ido elaborando o están en estos momentos en discusión contienen disposiciones relacionadas con la investigación médica con menores de edad que difieren de las disposiciones legales especiales del Derecho alemán, y son, en parte, menos rigurosas. El artículo analiza los distintos modelos de protección y se plantea si son compatibles con la Constitución. (B. T. G.)

TAUPITZ, J.: «Richtlinien in der Transplantationsmedizin», *NJW*, 16/2003, pp. 1145-1150.

Protocolos en materia de transplantes médicos.

En el ámbito de los transplantes médicos, los protocolos juegan un papel, en el sentido más propio del término, vital. El artículo se plantea qué impor-

tancia corresponde a estas directrices y, a la vista de ellas, en qué puntos las normas sobre transplantes se encuentran necesitadas de reforma. (B. T. G.)

VETTORI, G.: «Carta europea e diritti dei privati», *RDC*, 2002, núm. 5, parte prima, pp. 669-695.

Análisis de los derechos subjetivos privados en el ámbito de la Unión Europea: autonomía privada y libertad de empresa, límites, bioética, intimidad, etc. (M. R. D. R.)

VISENTINI, D.: «La legge olandese sull'eutanasia: un esempio da seguire?», *DFP*, 2002, núms. 2-3, pp. 663-671.

Estudio de la nueva normativa holandesa relativa a la muerte solicitada y el suicidio asistido del año 2001, que, aunque modifica de modo parcial la anterior regulación de la materia, sigue exigiendo controles severos y rígidas condiciones para la admisión de tal práctica. (Alma R. G.)

PERSONA JURÍDICA

PUCCIARELLI, F.: «Il c.d. “benefondi bancario”: profili di disciplina e rilievi in tema di tutela della privacy del correntista-nota a Cass. 28 marzo 2002 n. 4502», *GC*, 2003, núms. 2-3, pp. 493-499. (M. R. D. R.)

SPADA, P.: «Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito», *RDC*, 2002, núm. 6, parte prima, pp. 837-849.

Análisis del juego de la autonomía privada en las personas jurídicas: organización, administración y disposición del patrimonio, límites de actuación, etc. (M. R. D. R.)

ZOPPINI, A.: «I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)», *RDC*, 2002, núm. 6, parte prima, pp. 851-893.

Acercamiento al tema de los derechos de la personalidad en relación con las personas jurídicas: capacidad jurídica, identidad, organización, tratamiento de datos personales, derecho al honor, intimidad, tutela del daño, etc. (M. R. D. R.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ALPA, G.: «L’armonizzazione del diritto comunitario dei mercati finanziari nella prospettiva della tutela del consumatore», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 391-404.

Fines y resultados de la armonización del derecho comunitario. En especial, protección del consumidor en los diversos sectores del mercado financiero. (Alma R. G.)

ANTONIOLLI DEFLORIAN, L.: «I contratti dei consumatori nel diritto inglese fra Common Law e diritto comunitario: legal process e forme di tutela», *RDC*, 2002, núm. 5, parte prima, pp. 779-821.

Análisis de Derecho comparado de normas sobre tutela de consumidores, en el *Common Law* y el Derecho Comunitario: procedimientos de actuación, formas de tutela, adaptación a la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas, etc. (M. R. D. R.)

ASPRELLA, C.: «Note sparse su cessione del credito, cessione di quote di società a responsabilità limitata e opponibilità della clausola compromisoria al cessionario», *GC*, 2003, núm. 1, pp. 21-24.

Análisis de los efectos de la cesión de créditos y, en especial, de la transmisión automática al cessionario de la cláusula compromisoria, estipulada entre el cedente y el deudor, para evitar que el deudor resulte excesivamente perjudicado por la cesión. (M. R. D. R.)

ATIAS, Ch.: «Mandat de vendre et offre de vente (protection du client de l'agent immobilier et protection du vendeur)», *RDS*, 2003, núm. 29, pp. 1922-1924.

Las razones de las exigencias legales y reglamentarias del mandato al agente inmobiliario. Características peculiares introducidas al mandato de venta. (R. A. R.)

ATIAS, Ch.: «Les “risques et périls” de l’exception d’inexécution. (limites de la description normative)», *RDS*, 2003, núm. 17, pp. 1103-1105.

Restricción de la cláusula a su riesgo y ventura reconocida al deudor. (R. A. R.)

AVENARIUS, M.: «Die Anrechnung von Teilleistungen auf mehrere Forderungen bei Fehlen einer Tilgungsbestimmung», *AcP*, núms. 4/5, 2003, pp. 511-538.

El § 366 BGB regula la imputación de pagos. El estudio se refiere a la imputación de prestaciones parciales cuando falta la determinación de a qué deuda se refiere. (M. G.-R.)

BAETGE, D.: «Allgemeininteresse in der Inhaltkontrolle. Der Einfluss öffentlicher Interessen auf die Wirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbendigungen», *AcP*, núm. 6, 2002, pp. 972-993.

En el control del contenido de las condiciones generales de la contratación han de tenerse en cuenta, no sólo los intereses individuales de las partes, sino también el interés general de la comunidad. (M. G.-R.)

BOERI, E.: «Osservazioni a margine del concetto di occasionalità necessaria», *NGCC*, 2002, núm. 6, pp. 873-882.

Comentario a *Cass.* 22 de mayo de 2001, núm. 6970, sobre la responsabilidad del empresario por el hecho de su dependiente. (Alma R. G.)

BOLONDI, E.: «Sulla decorrenza della prescrizione del diritto a concludere il contratto definitivo», *NGCC*, 2002, núm. 6, pp. 754-757.

Comentario a *Cass.* 10 de diciembre de 2001, núm. 15587, sobre la función del término en el contrato preliminar. (*Alma R. G.*)

BYK, Ch.: «Bioéthique: legislation, jurisprudence et avis des instances d'éthique», *SJ*, 2003, núm. 19, chr. I-132, pp. 827-834.

Desarrollo de la jurisprudencia francesa sobre la actuación del médico respecto del paciente. Consentimiento informado, bioética, deontología, diagnóstico, secreto médico, responsabilidad, etc. (*I. S. P.*)

CALLIESS, G. P.: «Nach der Schuldrechtsreform: Perspektiven des deutschen, europäischen und internationalen Verbrauchervertragsrechts», *AcP*, núms. 4/5, 2003, pp. 575-602.

El autor se detiene sobre las cuestiones que plantea el Derecho contractual del consumidor. Aunque se muestra a favor de esa especial protección, manifiesta su disconformidad con la manera en que el legislador comunitario actúa. (*M. G.-R.*)

CAMPIONE, R.: «Contratto preliminare ad effetti anticipati, vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente», *NGCC*, 2002, núm. 6, pp. 761-765.

Comentario a *Cass.* 3 de enero de 2002, núm. 29, acerca de la tutela del promisario adquirente en el contrato preliminar de compraventa. (*Alma R. G.*)

CARLI, A.: «Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova», *CI*, 2002, núm. 3, pp. 1000-1014.

Búsqueda jurisprudencial de una regla general para el reparto de la carga de la prueba en materia de incumplimiento contractual. (*Alma R. G.*)

CARRIERO, G.: «Nuove prospettive di tutela del risparmiatore», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 496-501.

Artículo relativo a la protección del consumidor en el mercado financiero. (*Alma R. G.*)

COESTER, M./MARKESINIS, B.: «Liability of Financial Experts in German and American Law: An Exercise in Comparative Methodology», *Am. J. Comp. L.*, 2003, vol. 51, núm. 2, pp. 275-309.

Comparación de los ordenamientos alemán y estadounidense sobre el tema de la responsabilidad civil profesional de los expertos financieros frente a los inversores que han sufrido un quebranto económico por confiar en informaciones falsas o erróneas negligentemente producidas por aquéllos. La magnitud de los daños, tanto en relación con el número de posibles perjudicados como a su cuantía, es uno de los problemas centrales de este supuesto. El artículo pretende poner de relieve las diferencias y las semejanzas en el modo de enfocar este problema en Alemania y en Estados Unidos, y subraya que las principales diferencias obedecen a razones de política jurídica y al papel de los Tribunales en cada uno de esos sistemas. (*J. R. I.*)

COLESANTI, V.: «Variations sèrieuses sul tema della compensazione nel fallimento», *RDC*, 2002, núm. 5, parte prima, pp. 735-762.

Análisis del artículo 56 de la ley concursal, sobre compensación en el procedimiento de quiebra, en relación con el artículo 2917 CC., sobre prenda de créditos, y respecto a las adquisiciones *mortis causa*. (M. R. D. R.)

CORSO, E.: «La tutela del consumatore dopo il decreto legislativo di attuazione della direttiva 99/44/CE», *CI*, 2002, núm. 3, pp. 1317-1361.

Artículo acerca de la nueva normativa sobre venta de bienes de consumo. (Alma R. G.)

D'ALLURA, G.: «Brevi note in tema di comportamento concludente», *GC*, 2003, núm. 1, pp. 3-8.

Notas acerca de los efectos de determinados comportamientos concluyentes, en relación con formas negociales solemnes, en diferentes ámbitos: ratificación de negocios, modificación de reglas de condominio, acuerdos resolutarios de negocios formales, etc. (M. R. D. R.)

D'AMICO, P.: «Sui criteri distintivi tra danno psichico e danno morale», *Rass. Dir. Civ.*, 2002, núm. 3, pp. 473-498.

Dificultad para diferenciar entre daño psíquico y daño moral; la significativa diferencia entre ambos estriba en el régimen de indemnización aplicable, regulado en el primer caso en el artículo 2043 CC y en el segundo en el artículo 2059 CC.

Criterios que se han manejado para distinguirlos, en la doctrina, en el Derecho comparado (inglés y alemán) y en el ámbito legislativo italiano. (B. F. G.)

DE ROSA, F.: «Documento informatico, forma scritta ed efficacia probatoria», *NGCC*, 2002, núm. 6, pp. 746-752.

Artículo relativo al valor probatorio de la firma electrónica. (Alma R. G.)

DEAZLEY, R.: «The Myth of Copyright at Common Law», *Cambridge L. J.*, marzo 2003, vol. 62, núm. 1, pp. 106-133.

El artículo presenta una reformulación del derecho del *copyright* del siglo XVIII. Una lectura errónea de la decisión de la *House of Lords* en el caso *Donaldson v. Beckett* es la detonante de una práctica judicial no acorde con el espíritu del *Statute of Anne* de 1709. En *Donaldson v. Beckett* se reconoce que el *Statute of Anne* de 1709 fue el origen de un nuevo derecho configurado como un *copyright* de duración limitada. Esta decisión es un triunfo de aquellos que defienden el interés público o social de la libertad de explotar una obra en detrimento del derecho exclusivo a la explotación por su autor una vez ésta ha sido publicada. (E. C. V.)

DEL CORE, S.: «Sul risarcimento del danno da occupazione appropriativa: debito di valuta o di valore? – osservazione a Cass. 3 aprile 2002, n. 4766», *GC*, 2003, núms. 2-3, pp. 482-485. (M. R. D. R.)

DELLE MONACHE, S.: «Della irripetibilità delle prestazioni *ob turpem causam* nel sistema del diritto italiano», *RDC*, 2002, núm. 5, parte prima, pp. 697-734.

Análisis del incumplimiento contractual e imposibilidad de cumplimiento forzoso *ob turpem causam*, en el ordenamiento jurídico italiano: interpretación histórica y sistemática del artículo 2035 CC. (M. R. D. R.)

DELLE MONACHE, S.: «Questioni in tema di forma dell'*electio amici* e dell'accettazione del terzo nel contratto per persona da nominare», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 645-654.

Comentario a *Cass.* 29 de noviembre de 2001, núm. 15164, sobre los requisitos del contrato por persona a designar. (Alma R. G.)

DERLEDER, P.: «Der Wechsel zwischen den Gläubigerrechten bei Leistungsstörungen und Mängeln», *NJW*, 14/2003, pp. 998-1003.

El cambio entre el acreedor en el cumplimiento defectuoso y defecto.

El autor se plantea cómo puede pasarse del cumplimiento defectuoso y los vicios de los contratantes afectados al nuevo Derecho de obligaciones, que introduce nuevas soluciones jurídicas. El artículo se ocupa, fundamentalmente, de la regulación de la compraventa y del contrato de obra, pero también de la normativa sobre cumplimiento defectuoso en general. (B. T. G.)

DEUTSCH, E.: «Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht», *AcP*, núm. 6, 2002, pp. 889-911.

El autor, conocido experto en el tema, se adentra en el problema de la negligencia tras la reforma del Derecho de obligaciones alemán. En principio, podría parecer que el § 280 modifica la tradicional regla de que el dañado ha de probar la negligencia del dañante, pero finalmente llega a la conclusión de que no es así. La cuestión permanece básicamente como estaba. (M. G.-R.)

EBERL-BORGES, C.: «Die Leistungsverzögerung bei mehrseitigen Vertragsverhältnisse –zugleich eine Typenbildung mehrseitigen Verträge–», *AcP*, núms. 4/5, 2003, pp. 633- 663.

El retraso en la prestación en contratos multilaterales. La autora distingue tres casos: a) A se compromete a entregar algo a B, B se compromete respecto de C, y C respecto de A. b) Ccontrato de sociedad. c) Surgimiento contractual de una comunidad romana. (M. G.-R.)

FERRERI, S.: «L'intervento dell'Unione Europea a tutela dei consumatori e le possibili reazioni di sustrato negli Stati membri», *RDC*, 2002, núm. 5, parte segunda, pp. 633-657.

Análisis de la legislación comunitaria en materia de tutela de los consumidores: responsabilidad del empresario por productos defectuosos, tipos contractuales, garantías en ventas de bienes de consumo, etc. (M. R. D. R.)

FINKENAUER, T.: «Rückwirkung der Genehmigung, Verfügungsmacht und Gutgläubenschutz», *AcP*, núm. 2, 2003, pp. 282-314.

Cuando un contrato o negocio jurídico unilateral necesita la autorización de un tercero (p. ej., en el caso de un menor de edad), dicha autorización puede ser suministrada con posterioridad al negocio (confirmación o *Genehmigung*). Según el § 184 BGB, la confirmación produce efectos retroactivos siempre que no afecte a terceros. El autor se detiene en estos últimos casos. (M. G.-R.)

FINOCCHIARO, G.: «La letteratura sul contratto telematico», *CI*, 2002, núm. 3, pp. 1197-1205.

Diversas cuestiones sobre el contrato electrónico: derecho aplicable, naturaleza y caracteres, conclusión, forma y tutela de los consumidores ... (*Alma R. G.*)

FLORENSEN, P.: «La gestion du droit d'auteur et des droits voisins en Europe», *RIDA*, núm. 196, abril 2003, pp. 3-125.

Estudio de la actividad de los agentes intermediarios entre el autor y los consumidores, en el marco del Derecho comunitario. La gestión individual no siempre responde adecuadamente a las exigencias de explotación de las obras, por lo que se acude en ocasiones a la gestión colectiva. El autor analiza los contratos de explotación de derechos de autor y de derechos conexos, y estudia ampliamente la gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos. (*C. J. D.*)

FRACCIA, F.: «Risarcimento del danno causato da attività provvedimentale dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione. (Nota a Cass. 10 gennaio 2003, n. 157)», *FI*, 2003, núm. 1, pp. 79-87.

Comentario a una sentencia sobre la responsabilidad civil de la Administración. (*Alma R. G.*)

GARNIER, R.: «Les fonds publics de socialisation des risques», *SJ*, 2003, núm. 25, doc. I-143, pp. 1133-1139.

Utilización de los fondos públicos para el resarcimiento de algunos daños en accidentes médicos. (*I. S. P.*)

GHESTIN, J.: «Droit des obligations», *SJ*, 2003, núm. 24, chr. I-142, pp. 1097-1102.

Comentarios a diversas sentencias de formación del contrato y efectos del contrato. (*I. S. P.*)

GIACOBE, E.: «Il contratto di mediazione e la giurisprudenza, tra spunti ricos-truttivi e dubbi applicativi-nota a Cass. 24 maggio 2002 n. 7630, Cass. 15 maggio 2002 n. 7067, Cass. 2 aprile 2002, n. 4635, e a Cass. 8 marzo 2002, n. 3438», *GC*, 2003, núms. 2-3, pp. 419-443. (*M. R. D. R.*)

GIAPPICHELLI, G.: «L'interpretazione dei contratti collettivi», *NGCC*, 2002, núm. 6, pp. 709-714.

El contrato colectivo y los criterios legales de interpretación: criterios de interpretación subjetiva, lógico-sistématicos, el criterio de buena fe, criterios de interpretación objetiva. (*Alma R. G.*)

GIESEN, R.: «Mehrfachverfügungen des Sicherungsgebers nach 930 BGB», *AcP*, núm. 2, 2003, pp. 210-240.

La doctrina y la jurisprudencia alemanas admiten de forma general la *Sicherungsübereignung* (o sea, un negocio fiduciario en virtud del cual se transmite la propiedad de un bien en garantía de un crédito, pero el transmisor mantiene la posesión inmediata del bien). El autor se plantea el proble-

ma de que se realicen varios negocios fiduciarios de este tipo con distintos acreedores. (M. G.-R.)

GIGLIOTTI, F.: «Illeciti da informazione e responsabilità omissiva», *RDC*, 2002, núm. 6, parte prima, pp. 911-938.

Reflexión sobre la responsabilidad civil por falta de información: ámbito contractual y extracontractual. (M. R. D. R.)

GINSBURG, J.: «Évolution du droit d'auteur aux États-Unis depuis le "Digital Millennium Copyright Act"», *RIDA*, núm. 196, abril 2003, pp. 127-269.

Comentario de la actualidad jurisprudencial y de las últimas novedades legislativas sobre el derecho de autor en Estados Unidos (primera parte). Gran parte de la jurisprudencia que se trata en esta primera parte se refiere al derecho de autor digital. (C. J. D.)

GINSBURG, J.: «Évolution du droit d'auteur aux États-Unis depuis le "Digital Millennium Copyright Act" (2e partie)», *RIDA*, núm. 197, julio 2003, pp. 77-203.

Segunda parte del comentario a la jurisprudencia y legislación reciente estadounidense en materia de derecho de autor (continuación del número anterior de esta revista). Se abordan en esta segunda parte las novedades legislativas y el debate del derecho de autor en relación con la Constitución. (C. J. D.)

GRANTHAM, R. B./RICKETT, C. E. F.: «Disgorgement for Unjust Enrichment», *Cambridge L. J.*, 2003, vol. 62, núm. 1, pp. 159-180.

Estudio sobre el alcance y contenido de la acción de enriquecimiento injusto o sin causa. En particular se pregunta si existe obligación de restituir no sólo lo que se recibió injustamente, sino también los beneficios que el obligado haya podido obtener de un tercero. Sería el caso de quien compra un décimo de lotería con dinero injustamente recibido y luego resulta agraciado. (A. R. G.)

GRIGOLEIT, H. C./HERRESTHAL, C.: «Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht», *JZ*, 3/2003, pp. 118-127.

Fundamento de la responsabilidad por defectos materiales en la regulación de la compraventa.

La contribución aborda las cuestiones fundamentales que se presentan en relación con la reforma de la responsabilidad por defectos materiales en la compraventa. En primer lugar, analiza sistemática y teleológicamente los criterios de definición de defecto material. La valoración basada en esta característica permite determinar el alcance de la responsabilidad por defectos materiales. De ello resulta, en particular, una clasificación teleológica del cumplimiento defectuoso. (B. T. G.)

GRIGOLEIT, H. C./RIEHM, T.: «Die Kategorien des Schadensersatzes im Leiststörungsrecht», *AcP*, núms. 4/5, 2003, pp. 727-762.

El nuevo § 280 BGB sustituye la anterior regulación sobre incumplimiento contractual. El parágrafo prevé distintas clases de indemnización del daño: la indemnización general por infracción del deber de cumplimiento (pf. 1.º), indemnización por retraso (pf. 2.º), indemnización en sustitución del cumplimiento (pf. 3.º). (M. G.-R.)

GRYNBAUM, L.: «Contrats entre absents: les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation», *RDS*, 2003, núm. 26, pp. 1706-1710.

La influencia de los nuevos medios de comunicación en la celebración de los contratos. Determinación del lugar de celebración del contrato en derecho internacional privado como algo residual. Su importancia en Derecho Interno. (R. A. R.)

GUARNERI, A.: «Nascita di figlio malformato, errore diagnostico del medico e regola di responsabilità civile», *RDC*, 2002, núm. 6, parte segunda, pp. 849-868.

Análisis de Derecho comparado sobre la responsabilidad civil por errores de diagnóstico del médico que provocan nacimientos con malformaciones. (M. R. D. R.)

HÄUBLEIN, M.: «Der Beschaffenheitsbegriff und seine Bedeutung für das Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo zum Kaufrecht», *NJW*, 6/2003, pp. 388-393.

El concepto de naturaleza y su importancia para la relación de responsabilidad por culpa *in contrahendo* respecto de la regulación de la compraventa.

La responsabilidad por culpa *in contrahendo* —a saber, debido a la omisión culpable de información o a la falsedad de la información sobre la cosa comprada—, con una reglamentación jurídica deficiente, ha constituido hasta el momento el objeto de una fuerte controversia en cuyo centro se encuentran complicadas cuestiones de delimitación. La contribución se plantea si el nuevo Derecho de obligaciones hace necesaria una modificación del punto de vista defendido por la opinión hasta ahora mayoritaria. (B. T. G.)

HEUTGER, V.: «Konturen des Kaufrechtskonzeptes der Study Group on a European Civil Code – Ein Werkstattbericht», *ERPL*, núm. 2, 2003, pp. 155-173.

Dentro del marco del *Study Group on a European Civil Code*, un equipo holandés con base en Utrecht está preparando un proyecto de Ley europea de ventas. (M. G.-R.)

IORIO, G.: «Risoluzione della vendita per inadempimento del compratore. La determinazione del danno subito dal venditore», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 723-730.

Criterios de valoración del daño sufrido por la parte cumplidora del contrato cuando ésta ejercita la acción de resolución contractual. (Alma R. G.)

JACOBY, F.: «Die Befriedigung aus dem Grundschulderlös», *AcP*, núms. 4/5, 2003, pp. 664-692.

La cuestión de la satisfacción del acreedor mediante la ejecución de la deuda territorial o *Grundschuld*. (M. G.-R.)

JOUSSEN, J.: «Das Gestaltungsrecht des Dritten nach § 317 BGB», *AcP*, núm. 3, 2003, pp. 429-463.

El § 317 BGB permite que la determinación de la prestación se deje al arbitrio de equidad de un tercero. Considera el autor que aunque el tercero no

es parte en el contrato goza de uno de los llamados derechos de configuración jurídica. (M. G.-R.)

KATZENMEIER, C.: «Zur neueren dogmengeschichtlichen Entwicklung der Deliktsrechtstatbestände», *AcP*, núm. 1, 2003, pp. 79-118.

Estudio del proceso legislativo de elaboración de los tipos en el régimen de la responsabilidad extracontractual en los §§ 823 y ss. BGB. (M. G.-R.)

KÉRÉVER, A.: «Chronique de Jurisprudence», *RIDA*, núm. 196, abril 2003, pp. 271-329.

Jurisprudencia francesa reciente, relativa a la originalidad de la obra (originalidad de la obra de arquitectura, originalidad del título), la calificación jurídica de las obras multimedia, o el derecho moral (inalienabilidad, extensión y límites), el derecho de representación en relación con obras fotográficas, el derecho de reproducción en relación con el derecho a remuneración por copia privada, la transmisión de los derechos, el derecho de la competencia, y los derechos conexos. (C. J. D.)

KÉRÉVER, A.: «Chronique de Jurisprudence», *RIDA*, núm. 197, julio 2003, pp. 205-263.

Jurisprudencia francesa reciente, relativa a la condición de originalidad, la calidad de autor, el derecho moral de autor, la transmisión y la explotación de los derechos de autor, y los derechos conexos. (C. J. D.)

KLESTA DOSI, L.: «Tutela dello scommettitore e regolamenti C.O.N.I.», *NGCC*, 2002, núm. 6, pp. 801-806.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 4 de febrero de 2002 sobre servicios públicos y cláusulas abusivas. (Alma R. G.)

KNÜTEL, C.: «Die Schwächen der "konkreten" und "abstrakten" Schadensberechnung und das positive Interesse bei der Nichterfüllung», *AcP*, núms. 4/5, 2002, pp. 555-606.

«Las debilidades del cómputo concreto y abstracto del daño y el interés positivo en caso de incumplimiento».

El autor plantea un caso de la jurisprudencia: una mujer acordó la compra de un automóvil con una empresa del ramo, por un valor 25.900 marcos. El demandado no pudo adquirir el coche y se negaba, por tanto, a cumplir el contrato. La demandante exigió una indemnización de daños por un monto que consistía en la diferencia entre el precio acordado y el precio de mercado del bien en el momento del contrato. El *Landgericht* de Münster desestimó la demanda con la fundamentación de que la demandante no había sufrido ningún daño. Sin embargo, en la apelación, el *Oberlandgericht* de Hamm le concedió una indemnización de 4.000 marcos –diferencia entre el precio de compra y el de mercado del vehículo-. Con este hilo argumental, el autor expone las diferentes teorías sobre la valoración del daño, llegando a la conclusión, contra la opinión mayoritaria, de que en un caso como éste no se pide realmente una indemnización sino el cumplimiento forzoso, pero en dinero. (M. G. R.)

KOCH, R.: «“Mängelbeseitigungsansprüche” nach den Grundsätzen der Produzenten-/Produkthaftung», *AcP*, núms. 4/5, 2003, pp. 632 y ss.

El problema de los productos defectuosos y del posible derecho del usuario de exigir la sustitución o reparación de las piezas o mecanismos dañados a través de la llamada acción negatoria, a imagen de la recogida en el § 1004 BGB. (M. G.-R.)

KOHLER, J.: «Rücktrittausschluss im Gewährleistungsrecht bei nachträglicher Nacherfüllungsunmöglichkeit – Wiederkehr der §§ 350, 351 BGB a. F.?», *AcP*, núms. 4/5, 2003, pp. 538-574.

¿Exclusión del saneamiento en el caso de imposibilidad posterior de la reparación?

La nueva regulación de la compraventa en Derecho alemán plantea nuevos problemas. El autor, en el caso que estudia, defiende la posible aplicación del antiguo § 350, según el que «el derecho de revocación no se excluye por el hecho de que el objeto que el revocante ha recibido se haya destruido fortuitamente». (M. G.-R.)

KÖTZ, H.: «Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle - Eine rechtsökonomische Skizze», *JuS*, 3/2003, pp. 209-214.

La finalidad de protección del control de las condiciones generales – Un esbozo jurídico-económico.

Propone el autor una aproximación jurídico-económica a la finalidad tutiva del control de las condiciones generales. Parte de la siguiente pregunta: ¿cómo fundamentar jurídicamente el hecho de que el legislador, en virtud de reglas imperativas relativas al control de las condiciones generales, haya restringido intensamente la libertad contractual? El artículo critica la opinión mayoritaria que, con el fin de proteger a la parte contractual débil, perjudica al usuario que se encuentra en una posición superior. Sobre la base del análisis económico, se defiende que existe en la conclusión de los contratos con condiciones generales una asimetría de información entre las partes que provoca un fallo en el funcionamiento del mercado que puede y debe ser corregido mediante normas imperativas. (B. T. G.)

LAWRENCE, D./LEE, R.: «Permitting Uncertainty: Owners, Occupiers and Responsibility for Remediation», *Modern. L. R.*, 2003, vol. 66, núm. 2, pp. 261-276.

Las personas que hayan causado o permitido conscientemente que existan sustancias contaminantes en los suelos son responsables objetiva y retroactivamente conforme a la *Environmental Protection Act 1990* inglesa (*Part IIA*). Sin embargo, la ley no aclara si hace falta una conducta activa o es suficiente con haber «permitido» una forma pasiva. El artículo defiende una interpretación restrictiva y aboga por una reforma legal que aclare este punto. (A. R. G.)

LETTL, T.: «Der vermögenrechtliche Zuweisungsgehalt der Mitgliedschaft beim Ideal-Verein», *AcP*, núm. 2, 2003, pp. 149-209.

El § 21 BGB dispone que «una asociación cuyo objeto no se dirige a la realización de una actividad comercial, obtiene la capacidad jurídica mediante la inscripción en el registro de asociaciones de la oficina judicial competente». Este tipo de asociaciones son conocidas como asociaciones «ideales» pues se dirigen a la consecución de objetivos «ideales». La mayoría de la doctrina niega

que la condición de miembro de una asociación de este tipo tenga un contenido patrimonial. A tal opinión se enfrenta el presente artículo. (M. G.-R.)

LORENZ, S.: «Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht», *NJW*, 20/2003, pp. 1417-1419.

La reparación por cuenta propia del defecto en la regulación de la compraventa.

En el artículo se plantea la cuestión de qué consecuencias tiene la reparación por cuenta propia de una cosa defectuosa por parte del comprador de la misma en relación con el derecho de garantía de éste. (B. T. G.)

MAGENDIE, J C.: «La responsabilité des magistrats», *RDS*, 2003, núm. 18, pp. 1177-1184.

Exigencia de responsabilidad del magistrado sólo mediante la acción de responsabilidad del Estado con base en el art. L. 781-1 del Código de Organización Judicial. Aspectos de esta responsabilidad e inconvenientes de la acción. (R. A. R.)

MALAGNINO, D.: «Ambiente alterato e danno esistenziale», *CI*, 2002, núm. 3, pp. 1281-1297.

Artículo dedicado al «daño ambiental»: legitimación activa, tutela de las posiciones subjetivas, criterios de valoración del daño, daño existencial y «daño ambiental», evolución jurisprudencial, la persona física y el «ambiente urbanístico» ... (Alma R. G.)

MANTELERO, A.: «Il notaio, il consumatore e la clausola vessatoria», *CI*, 2002, núm. 3, pp. 1221-1258.

Naturaleza y finalidad de la normativa reguladora de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Función del notario. Aspectos de la responsabilidad disciplinaria del notario. (Alma R. G.)

MARSANO, I.: «Arricchimento senza causa», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 537-562.

Ánalisis de diversas cuestiones relativas a la acción de enriquecimiento sin causa: presupuestos, subsidiariedad, finalidad, la acción de enriquecimiento sin causa como remedio residual en las hipótesis de ruptura de la convivencia *more uxorio* ... (Alma R. G.)

MARVASI, C.: «L'avanzata del danno esistenziale: note a margine di un'ordinanza del Tribunale di Treviso in merito ad un caso di rottura del vincolo familiare», *DFP*, 2002, núms. 2-3, pp. 399-413.

Daño a la vida de relación por la muerte de un familiar en un accidente de circulación. (Alma R. G.)

MCBRIDE, N. J.: «Vicarious Liability in England and Australia», *Cambridge L. J.*, 2003, vol. 62, núm. 2, pp. 255-260.

Nota sobre las más recientes sentencias dictadas por los tribunales canadienses, ingleses y australianos en el área de la responsabilidad vicaria del principal por hechos de sus dependientes. El criterio dominante en la jurisprudencia de esos países entiende que el dependiente ha causado el daño «en el curso de su función» si entre el *tort* cometido por éste y la función que

tenía encomendada existe una «conexión suficientemente estrecha» como para considerar «justo y equitativo» considerar vicariamente responsable al principal por el *tort* del dependiente. Una reciente línea jurisprudencial iniciada por los tribunales canadienses, entiende que esa «conexión suficientemente estrecha» existe siempre que la naturaleza de la función encomendada al dependiente creara o incrementara el riesgo de que éste causara el tipo de *tort* que efectivamente causó. En tal caso el principal responde de forma vicaria. (J. S F.)

MEDICUS, D.: «Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht», *JuS*, 6/2003, pp. 521-529.

El cumplimiento defectuoso en el nuevo Derecho de obligaciones.

La reforma del régimen jurídico general relativo al cumplimiento defectuoso se encuentra vigente para las relaciones obligatorias surgidas desde 1 de enero de 2002; respecto de las relaciones obligatorias ya existentes, el nuevo régimen está vigente desde 1 de enero de 2003. La gran importancia del cumplimiento defectuoso y su imbricación con el Derecho especial de obligaciones explican la atención que estas novedades han despertado. Bien es verdad que apenas hay todavía jurisprudencia al respecto, no obstante, la literatura sobre este tema resulta poco menos que inabarcable. La presente contribución intenta ofrecer un resumen de las cuestiones controvertidas y las posibles soluciones que, hasta el momento, se han ido presentando. (B. T. G.)

MÖLLER, C.: «Der Franchisevertrag im Bürgerlichen Recht. Ein Beitrag zur Diskussion über die Rechtsnatur des Franchisevertrages», *AcP*, núm. 3, 2003, pp. 319-347.

Estudio sobre la naturaleza del contrato de franquicia. La autora opina que se trata de un arrendamiento (*Pacht*: arrendamiento de cosa productiva) del uso de una marca y del llamado *know-how* del franquiciador. Tal caracterización sería mejor que la de simple contrato mixto, como se mostraría, por ejemplo en la protección del franquiciado por las inversiones realizadas. (M. G.-R.)

MONTALENTI, P.: «Tutela dell'investitore e del mercato: false informazioni da prospetto e autorità di vigilanza», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 429-449.

Artículo dedicado a la protección del consumidor en el sector de los servicios financieros. (Alma R. G.)

MORGAN, J.: «Privacy, Confidence and Horizontal Effect: “Hello” Trouble», *Cambridge L. J.*, julio 2003, vol. 61, núm. 2, pp. 444-473.

Según el autor del artículo, es necesario el reconocimiento de un derecho a la privacidad autónomo e independiente. El *breach of confidence* y las otras acciones legales existentes en el ordenamiento inglés no pueden procurar una protección completa y adecuada a este derecho. La práctica de los tribunales ha consistido en aplicar tales figuras a otros casos de violación de la privacidad no incluidos explícitamente en su campo de acción. El autor, contrario a esta línea, entiende que debería adoptarse una ley específica de protección de ese derecho. Pero mientras el Parlamento no se decide, una medida alternativa sería reconocer efectividad horizontal al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (E. C. V.)

MORGAN, J.: «Lost Causes in the House of Lords: *Fairchild v Glenhaven Funeral Services*», *Cambridge L. J.*, 2003, vol. 62, núm. 1, pp. 277-283.

Comentario de la sentencia de la *House of Lords* que condena a varios empresarios a indemnizar los daños sufridos por la viuda de un trabajador fallecido a causa de un mesotelioma pleural. La víctima no pudo demostrar cómo ni cuándo su marido contrajo esta enfermedad, aunque probablemente se debía a la exposición al polvo de asbesto presente en alguno o algunos de sus distintos lugares de trabajo. Morgan critica que el Tribunal se decante por proteger a la víctima y condene a los demandados solidariamente. (A. R. G.)

MORLOTTI, L.: «Immissioni intollerabili: art. 844 cod. civ. e d.p.c.m. 1º.3.1991 a confronto», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 718-721.

Comentario a una sentencia sobre contaminación acústica: defensa frente a los ruidos, límites de tolerabilidad y criterios de valoración del daño. (Alma R. G.)

MÜLBERT, P. O.: «Das inexistente Anwartschaftsrecht und seine Alternativen», *AcP*, núm. 6, 2002, pp. 912-950.

En la doctrina alemana se suele entender que existe un derecho de expectativa (*Anwartschaftsrecht*) cuando ya se han cumplido varios requisitos para el surgimiento de un derecho, de modo que el enajenante no puede ya destruir el derecho del adquirente mediante una declaración unilateral. La conclusión es que el llamado derecho de expectativa no existe como categoría unitaria y que cada uno de los casos discutidos se pueden explicar mediante otros expedientes (cf. ATARD, *RDPr*, XI, 1924, p. 273). (M. G.-R.)

MÜLLER, G.: «Unterhalt für ein Kind als Schaden», *NJW*, 10/2003, pp. 697-706.

Alimentos a favor de un menor como indemnización.

La presente contribución, de acuerdo con jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo, explica en qué casos el médico puede ser condenado a una indemnización consistente en alimentos a favor de un niño que no habría nacido de haberse seguido una correcta práctica médica. (B. T. G.)

NEYRET, L.: «Handicaps congénitaux: tout risque d'action en responsabilité civile d'un enfant contre sa mère n'est pas écarté», *RDS*, 2003, núm. 26, pp. 1711-1714.

Inexistencia de responsabilidad civil de la madre frente al menor cuando permite el nacimiento del hijo a pesar de la existencia de incapacidad. Estudio a propósito de la Ley 2002-3003, de 4 de marzo de 2002. (R. A. R.)

PALMER, V. V.: «Contracts in Favour of Third Persons in Europe: First Steps Toward Tomorrow's Harmonization», *ERPL*, núm. 1, 2003, pp. 8-27.

Estudio comparativo del contrato a favor de tercero. Se pone de manifiesto como los distintos ordenamientos difieren en algunos aspectos relevantes, como los métodos para determinar el tercero, el momento del surgimiento de sus derechos, la posibilidad de rechazar la atribución y cómo llevar a cabo tal rechazo. (M. G.-R.)

PATTI, S.: «Sul superamento della distinzione tra vizi e aliud pro alio datum nella direttiva 1999/44/CE, con postilla di C. Massimo Bianca», *RDC*, 2002, núm. 5, parte segunda, pp. 623-631.

Reflexión sobre la Directiva 1999/44/CE, sobre vicios contractuales y efectos, con especial referencia a los supuestos del silencio del comprador y la falta de conformidad del producto. (M. R. D. R.)

PEEL E.: «“Loss of a Chance” Revisited», *Modern L. R.*, 2003, vol. 66, núm. 4, pp. 623-629.

El artículo comenta una sentencia dictada por la *Court of Appeal* inglesa, *Greeg v. Scott* [2002] EWCA Civ 1471, relativa a la indemnización por «pérdida de una oportunidad» de evitar la muerte o las lesiones de un paciente en supuestos de responsabilidad civil médica. En el supuesto resuelto, el médico demandado no había diagnosticado correctamente el linfoma que sufría el demandante. Su negligencia provocó un retraso de un año en el diagnóstico correcto, lo que provocó una reducción de sus posibilidades de sobrevivir que pasaron del 42 al 25 por 100. Por una mayoría de 2 a 1, la *Court of Appeal* confirmó el criterio de la sentencia de instancia que, al considerar que la probabilidad de sobrevivir en el momento de la negligencia del demandado era inferior al 50 por 100, no quedaba acreditada la causalidad y debía rechazarse su responsabilidad. (J. S. F.)

PFAEGEN, W. G.: «Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im Internationales Vertragsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht», *ZEuP*, núm. 2, 2003, pp. 266-294.

El autor plantea el problema del punto de conexión en los contratos realizados por consumidores, y la necesidad de que existan normas de conflicto unitarias dentro de la Unión Europea. (M. G.-R.)

PFANDER, J. E.: «Member State Liability and Constitutional Change in the United States and Europe», *Am. J. Comp. L.*, 2003, vol. 51, núm. 2, pp. 237-274.

¿Cómo se explica que en los EE.UU. los particulares carezcan de acción para exigir a los Estados el resarcimiento de los daños que sufren cuando éstos incumplen el Derecho federal mientras que los Estados Miembros de la Unión Europea están sujetos a responsabilidad civil frente a los particulares por incumplimiento de las obligaciones que les impone el Derecho comunitario? El autor sugiere que el contraste entre las soluciones aplicadas a ambos lados del Atlántico hallaría una explicación partiendo de la diferente configuración de los respectivos modelos de integración política. La Unión Europea se caracterizaría por un «constitucionalismo dinámico o evolutivo», que se refleja en la mencionada jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en las sentencias *Francovich*, *Brasserie du Pecheur* y *Factortame III*. La *state sovereign immunity* sería, en cambio, una solución más respetuosa con la soberanía de los Estados, coherente con lo que el autor califica como «originalismo reconstructivo» del Tribunal Supremo. Así, al margen de la fecha de su incorporación a los EE.UU., cualquier Estado se encontraría en pie de igualdad con los demás, mientras que en la Unión Europea la adhesión de cada nuevo Estado presupone su aceptación del «acervo comunitario» como un todo y con él también del «constitucionalismo dinámico o evolutivo» del Tribunal de Luxemburgo. (J. R. I.)

PIERALLINI, L.: «Un nuovo intervento normativo verso l'omogeneizzazione della responsabilità del vettore aereo», *NLCC*, 2002, núms. 4-5, pp. 699-710.

Análisis del Reglamento núm. 889/2002/CE, sobre unificación de normas de responsabilidad civil en el sector aéreo: evolución legislativa y doctrina jurisprudencial sobre la materia. (M. R. D. R.)

PISU, A.: «Aspetti problematici della disciplina dei mutui usurari», *CI*, 2002, núm. 3, pp. 1259-1280.

Nueva regulación legislativa del fenómeno de la usura (Ley 28 de febrero de 2001 núm. 24). (Alma R. G.)

REINER, G.: «Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen», *AcP*, núm. 1, 2003, pp. 1-45.

Tras las últimas reformas del BGB, los §§ 355-359 regulan de modo unitario el llamado «derecho de revocación» del consumidor. Para el autor, ese derecho se relaciona técnica y funcionalmente con el derecho de impugnación (anulabilidad) y no con una revocación en sentido estricto. (M. G.-R.)

REIMANN, M.: «Product Liability in a Global Context: the Hollow Victory of the European Model», *ERPL*, núm. 2, 2003, pp. 128-154.

En materia de responsabilidad por productos defectuosos, el modelo de la Directiva europea de 1985 se ha impuesto en buena parte del mundo sobre el modelo americano. Sin embargo, en la práctica judicial no ha tenido apenas relevancia. La discrepancia entre la influencia teórica de la Directiva y su impotencia en la práctica ilustra cuán inefectiva puede ser la armonización hecha sobre un papel. (M. G.-R.)

RICCIO, A.: «La mora non imputabile in materia di obbligazioni pecuniarie», *CI*, 2002, núm. 3, pp. 1307-1316.

La normativa común del incumplimiento y del retraso de las obligaciones pecuniarias. La nueva normativa italiana introducida tras la Directiva 2000/35/CE sobre los pagos retrasados en las transacciones comerciales. (Alma R. G.)

RINALDI, F.: «Incompatibilità tra la nozione di consumatore e quella di professionista debole», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 634-641.

Comentario a *Cass.* de 25 de julio de 2001, núm. 10127, acerca de las nociones de consumidor y profesional. (Alma R. G.)

RODGERS, C. P.: «Liability for the Release of GMOs into the Environment: Exploring the Boundaries of Nuisance», *Cambridge L. J.*, 2003, vol. 62, núm. 2, pp. 371-402.

Analiza cómo el Derecho en materia de inmisiones puede servir para tratar los casos de contaminación mediante organismos genéticamente modificados. Para ello, parte de diversos litigios pendientes en los Estados Unidos de América y Canadá, en los que algunos agricultores solicitan indemnizaciones por daños patrimoniales causados por la contaminación de sus cosechas. (A. R. G.)

RUPPERI, L.: «Fideiussione bancaria e tutela del consumatore: il problema dell'applicazione dell'articolo 25 della l. 21 dicembre 1999, n. 526 ai rapporti in corso», *Rass. Dir. Civ.*, 2002, núm. 3, pp. 655-686.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione, Sez. I civ.*, 11 de enero de 2001. (B. F. G.)

SAVIO, M.: «Brevi osservazioni in tema di responsabilità degli arbitri irrituali o d'equità», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 616-618.

Comentario a *Cass.* 9 de marzo de 2001, núm. 3463, sobre justa revocación del mandato arbitral y resolución de éste, con la consiguiente condena de los árbitros al resarcimiento de los daños. (Alma R. G.)

SCHÄFER, H.-B.: «Haftung für fehlerhafte Wertgutachten aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive», *AcP*, núms. 4/5, 2002, pp. 808-840.

Se trata, desde el punto de vista económico, el problema del peritaje sobre el valor de un bien y la responsabilidad que surge cuando aquél es incorrecto. La conclusión es que hay que ser cauteloso respecto de la responsabilidad cuando ésta no es frente a la persona que ha contratado con el perito, sino frente a terceros, pues una responsabilidad demasiado amplia podría disuadir en demasía la realización de esta actividad. Un prestigioso y conocido analista económico del Derecho que vuelve a descubrir la pólvora. (M. G.-R.)

SCHAUB, R.: «Beratungsvertrag und Sachmängelgewährleistung nach der Schuldrechtsmodernisierung», *AcP*, núms. 4/5, 2002, pp. 757-807.

La autora plantea el problema del atípico «contrato de consejo» (*Beratungsvertrag*), especialmente a propósito de un contrato de compraventa, y la responsabilidad por los vicios de la cosa. (M. G.-R.)

SCHLESSINGER, P.: «La risarcibilità delle lesioni alla capacità di funzionamento ed all'immagine dell'ente», *RDC*, 2002, núm. 5, parte segunda, pp. 659-664.

Notas sobre la responsabilidad civil de la Administración, como consecuencia de defectos de funcionamiento, en diversos ámbitos: daños patrimoniales, morales, biológicos, medioambientales, etc. (M. R. D. R.)

SCHNAUDER, F.: «Risikozuordnung bei unbefugter Kreditkartenzahlung», *NJW*, 12/2003, pp. 849-852.

Clasificación de riesgos en el pago no autorizado con tarjeta de crédito.

El artículo se ocupa de los aspectos principales de la decisión del Tribunal Federal Supremo (NJW 2002, 2234) sobre la naturaleza jurídica de los negocios con tarjetas de crédito, así como de las consecuencias de ella derivadas respecto de la atribución del riesgo en el sistema de pagos por transferencia cuando éstos sean incorrectos. Concretamente, se aboga por un reparto del riesgo de abuso de acuerdo con una regla uniforme. (B. T. G.)

SCHNEIDER, A.: «La faute de la victime devant la CIVI», *RDS*, 2003, núm. 18, pp. 1185-1189.

Consecuencia de la falta de la víctima según el artículo 706-3 del Código de procedimiento penal. Similitudes con la responsabilidad hacia uno mismo. (R.A.R.)

SCHWARZ, G. C.: «Zum Schuldnerschutz bei der Aufrechnung abgetretener Forderungen. Normstruktur und Rechweite des § 406 BGB», *AcP*, núm. 2, 2003, pp. 241-281.

El § 406 BGB dispone que «el deudor puede compensar frente al nuevo acreedor un crédito que le corresponde frente al antiguo acreedor, salvo que el deudor tuviese conocimiento de la cesión en el momento de la adquisición de su crédito o que su crédito haya vencido sólo tras el referido conocimiento y después que el crédito cedido». El autor se detiene en las razones que justifican esta especial protección al deudor. (M. G.-R.)

SCHWARZ, R.: «Die Annahmehandlung in § 151 BGB als Problem der prozessualen Feststellbarkeit des Annahmewillens», *AcP*, núms. 4/5, 2002, pp. 607-630.

El acto de aceptación en el § 151 BGB como problema de constatación procesal de la voluntad de aceptar. El § 151 dispone que «el contrato surge mediante la aceptación de la oferta, sin que la aceptación haya de ser declarada al oferente, cuando tal declaración no sea de esperar según los usos del tráfico o el oferente haya renunciado a ella ...». La mayoría de la doctrina alemana considera que aquél al que va dirigida la oferta no sólo ha de aceptar «internamente» sino que ha de manifestarse de alguna manera que sea apreciable por un observador objetivo o un tercero neutral. A rebatir esta opinión se dirige el artículo. (M. G.-R.)

SCHWARZ, R.: «Subsidiarität des vertraglichen Drittschutzes?», *AcP*, núm 3, 2003, pp. 348-365.

En caso de incumplimiento contractual normalmente corresponde la pretensión indemnizatoria al acreedor contractual. Sin embargo, en algunos casos se admite que un tercero perjudicado pueda ejercitar esas acciones contractuales, en atención a los problemas que en el Derecho alemán plantea la protección extracontractual. Así, por ejemplo si el vendedor envía el objeto mediante acuerdo con una compañía de transporte, y el objeto se pierde por causas imputables al transportista, el riesgo recae sobre el comprador, al que, a cambio, se concede una acción contractual contra el transportista. Estos casos se suelen considerar por la doctrina alemana como de aplicación subsidiaria, cuando no haya otro medio para proteger al tercero. El autor pone en duda tal principio. (M. G.-R.)

SEBASTIO, F.: «Sulla pubblicità ingannevole in tema di tariffe aeree- osservazione a TAR Lazio, sez. I, ord. 17 ottobre 2002 n. 5909 e a TAR Lazio, sez. I, ord. 11 luglio 2002 n. 3857», *GC*, 2003, núms. 2-3, pp. 548-550. (M. R. D. R.)

SPANGARO, A.: «Appalto: variazioni dell'opera e rappresentanza del direttore dei lavori», *NGCC*, 2002, núm. 6, pp. 735-741.

Comentario a *Cass.* 28 de mayo de 2001, núm. 7242, acerca de la responsabilidad civil del profesional técnico. (Alma R. G.)

STAMM, J.: «Rechtsfortbildung der Drittschadensliquidation im Wege einer originären und ein deliktsrechtlichen Drittschadensersatzanspruchs analog § 844 Abs. 1 BGB», *AcP*, núm. 3, 2003, pp. 366-398.

Los casos de pretensión de un tercero ajeno a la relación contractual (*Drittschadensliquidation*) son muy distintos. El autor trata de darle una con-

figuración unitaria sobre la base del § 844 BGB, que prevé, para el caso de muerte del obligado a prestar alimentos, la obligación de hacerlo por quien causó injustamente su muerte. (M. G.-R.)

STATHOPOULOS, M.: «Europäisches Recht Vertragrecht und ratio scripta – Zuständigkeiten und Perspektiven», *ZEuP*, núm. 2, 2003, pp. 243-265.

El autor pone en duda la competencia de la Unión Europea para dictar normas que cubran todo el Derecho contractual. Sin embargo, considera tal objetivo deseable, acudiendo a unos cuantos ejemplos de disparidad de los Derechos nacionales que, con todo, no son insuperables. (M. G.-R.)

STAUDENMAYER, D.: «The Commission Action Plan on European Contract Law», *ERPL*, núm. 2, 2003, pp. 113-127.

Reflexión sobre el plan de acción de la Comisión de la Unión Europea sobre el Derecho contractual. La Comisión hace hincapié en que el futuro Derecho privado europeo tiene que empezar por el Derecho de contratos. (M. G.-R.)

STERRANTINO, D.: «I diversi momenti del sorgere del vincolo contrattuale negli appalti della pubblica amministrazione, tra gara e procedura negoziata– nota a Cass. 14 maggio 2002 n. 6953», *GC*, 2003, núms. 2-3, pp. 453-456. (M. R. D. R.)

TATARANO, M.: «In tema di forma del mandato con rappresentanza ad alienare immobili», *Rass. Dir. Civ.*, 2002, núm. 3, pp. 602-625.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione, Sez. III*, de 10 de noviembre de 2000, relativa a la forma requerida en el mandato para enajenar bienes inmuebles. (B. F. G.)

TCHENDJOU, M.: «L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel», *SJ*, 2003, núm. 24, doc. I-141, pp. 1089-1096.

Desarrollo alcanzado de la responsabilidad profesional por incumplimiento de la obligación de información y consejo. (I. S. P.)

THIER, A.: «Aliud- und Minus-Lieferung im neuen Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches», *AcP*, núm. 3, 2003, pp. 399-428.

Con anterioridad a la reforma del Derecho de obligaciones alemán, se planteaban enormes problemas en materia de responsabilidad por la compra-venta (en modo parecido como sucede en nuestro Derecho en materia de vicios ocultos). El actual § 434 III BGB señala que «cuando el vendedor suministra otra cosa o menos cantidad, la situación se equipara a un vicio de la cosa». El autor se plantea si con ello se han solucionado todos los problemas anteriores, llegando a la conclusión de que no. (M. G.-R.)

TRIMARCHI, P.: «Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento», *RDC*, 2002, núm. 5, parte prima, pp. 637-648.

Ánalisis del interés positivo y negativo en el ámbito de la responsabilidad contractual derivada de la resolución por incumplimiento: reflexión sobre el resarcimiento y restitución, bien para poner al contratante perjudicado en una situación equivalente a la que se produciría con el cumplimiento contractual, bien para reponerle en la situación que tenía con anterioridad a la celebración del contrato. (M. R. D. R.)

VIGLIONE, F.: «Il rifiuto alle trasfusioni di sangue fondato su motivi religiosi», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 666-671.

Resarcimiento del daño existencial por transfusión de sangre realizada contra la voluntad del paciente. (*Alma R. G.*)

VINEY, G.: «Responsabilité civile», *SJ*, 2003, núm. 29, chr. I-152, pp. 1353-1362.

Delimitación de la responsabilidad civil y penal. Responsabilidad: contractual y extracontractual. El daño y la relación de causalidad. (*I. S. P.*)

VINEY, G.: «Responsabilité civile», *SJ*, 2003, núm. 30, chr. I-154, pp. 1405-1410.

La responsabilidad por las cosas. La acción de responsabilidad civil al servicio de la prevención de daños. Responsabilidad civil por hechos ajenos: relación de la responsabilidad de los padres y otras personas encargadas del control del modo de vida del menor. (*I. S. P.*)

VIOTTI, G.: «Riflessioni sugli effetti della risoluzione di uno dei negozi collettivi», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 658-662.

Comentario a *Cass.* 28 de junio de 2001, núm. 8844, relativo a la resolución de los contratos coligados. (*Alma R. G.*)

VISENTINI, G.: «La disciplina del conflitto di interessi nel mercato mobiliare», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 456-487.

Necesidad de una regulación ante los conflictos de intereses existentes en el ámbito del mercado mobiliario. En especial, estudio del conflicto de intereses en las relaciones fiduciarias, en las sociedades de capital y en los intermediarios financieros. (*Alma R. G.*)

VISINTINI, G.: «La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)», *CI*, 2002, núm. 3, pp. 903-911.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 30 de noviembre de 2001, núm. 13533, relativa a la carga de la prueba del incumplimiento de una obligación por parte del acreedor que actúa pidiendo la resolución del contrato, el resarcimiento del daño o el cumplimiento del contrato. (*Alma R. G.*)

WALRAVENS, N.: «La protection de l'œuvre d'art et le droit moral de l'artiste», *RIDA*, núm. 197, julio 2003, pp. 3-75.

La autora advierte del riesgo que se corre si se desvincula el Derecho de autor de una concepción humanista del mismo: peligran entonces las prerrogativas del autor. Subraya la originalidad de la obra como justificación y garantía del derecho moral, y estudia cómo —a través del derecho moral— se garantiza el respeto por la unión que existe entre la personalidad del artista y su obra. El estudio se realiza desde la perspectiva del Derecho francés. (*C. J. D.*)

WESTER-OUISSE, V.: «Le préjudice moral des personnes morales», *SJ*, 2003, núm. 26, doc. I-145, pp. 1189-1194.

El perjuicio moral y la persona jurídica son conceptos jurídicos de improbable conjunción. (*I. S. P.*)

ZENO ZENCOVICH, V.: «La direttiva sui servizi finanziari a distanza resi al risparmiatore», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 517-521.

Artículo relativo a la protección del usuario de servicios financieros. (*Alma R. G.*)

ZERANSKI, D.: «Eigentümer und Vorbehaltskäufer im Widerstreit um die Vorbehaltsware», *AcP*, núms. 4/5, 2003, pp. 693-726.

En el caso de compra de un bien sujeta a la condición suspensiva del pago total del precio, el comprador tiene una posición propia llamada derecho de expectativa o *Anwartschaftsrecht*. Se estudia la posición de cada una de las partes durante este período y en qué medida puede perjudicar a uno los actos realizados por el otro. (*M. G.-R.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

BERGAMO, E.: «Note a margine su recenti interventi legislativi concernenti il trasferimento di immobili siti in zone di confine», *RDC*, 2002, núm. 6, parte seconda, pp. 869-877.

Notas sobre reformas legislativas respecto de transmisiones de inmuebles, situados en zonas limítrofes de los Estados, a favor de extranjeros. (*M. R. D. R.*)

BERNARD, A.: «Expropriation pour cause d'utilité publique», *SJ*, 2003, núm. 21, chr. I-136, pp. 937-944.

Estudio de las últimas decisiones jurisprudenciales francesas sobre la materia: operaciones preliminares a la expropiación, fase administrativa, y fase judicial de orden de expropiación, indemnización y pago. (*I. S. P.*)

CARON, Ch.: «Les licences de logiciels dits "libres" à l'épreuve du droit d'auteur français», *RDS*, 2003, núm. 23, cah. aff., pp. 1556-1559.

Los programas de ordenador protegidos por el derecho de autor pueden ser a título gratuito u oneroso y se pueden manipular según la licencia tipo. (*R. A. R.*)

COLESANTI, V.: «Variations sérieuses sul tema della compensazione nel fallimento», *RDC*, 2002, núm. 5, parte prima, pp. 735-762.

Ánalisis del artículo 56 de la Ley concursal, sobre compensación en el procedimiento de quiebra, en relación con el artículo 2917 cc., sobre prenda de créditos, y respecto a las adquisiciones *mortis causa*. (*M. R. D. R.*)

DEL CORE, S.: «Sul risarcimento del danno da occupazione appropriativa: debito di valuta o di valore? – osservazione a Cass. 3 aprile 2002, n. 4766», *GC*, 2003, núms. 2-3, pp. 482-485. (*M. R. D. R.*)

ESPOSITO, M.: «Nuove disposizioni in tema di servitù: un diverso bilanciamiento fra pubblico e privato», *NLCC*, 2002, núms. 4-5, pp. 715-734.

Ánalisis de la l. 1 agosto 2002, núm. 166, que introduce en su artículo 3 nuevas normas sobre servidumbres, relacionadas con la expropiación forzosa y ocupación adquisitiva por la Administración Pública. (*M. R. D. R.*)

FABIANI, M.: «L'armonizzazione in Europa del diritto di seguito sulle opere d'arte figurativa», *Dir. Aut.*, 2002, núm. 4, pp. 363-371.

Nacimiento, evolución y naturaleza jurídica del derecho a realizar ventas sucesivas de obras de arte. Razones de la armonización de tal derecho en el ámbito de la Unión Europea. (*Alma R. G.*)

DI FRANCO, L.: «Rassegne stampa *on line*: problemi e prospettive», *CI*, 2002, núm. 3, pp. 1206-1220.

Acerca de la reproducción de noticias e informaciones en medios de comunicación: ¿libre uso de la obra protegida o violación del derecho exclusivo de reproducción y acto de competencia desleal? (*Alma R. G.*)

FITTANTE, A.: «Quale legittimità per il concetto di scindibilità in materia di tutela dell'*industrial design*?», *Dir. Aut.*, 2002, núm. 4, pp. 437-441.

Comentario a la sentencia del Tribunal de *Monza* de 23 de abril de 2002 sobre protección jurídica del diseño industrial. (*Alma R. G.*)

FRAGOLA, A.: «Licità e limiti della parodia alla luce di recenti esperienze», *Dir. Aut.*, 2002, núm. 4, pp. 372-378.

Ausencia de una protección jurídica adecuada para el autor de una obra de arte que es objeto de una parodia, de una sátira o de una caricatura. (*Alma R. G.*)

GIESEN, R.: «Scheinbestandteil – Beginn und Ende», *AcP*, núms. 4/5, 2002, pp. 689-721.

El § 95 BGB dispone que «no pertenecen a las partes integrantes de una finca las cosas que están unidas a la tierra y al suelo con una finalidad transitoria. Lo mismo vale para un edificio u otra construcción que está ligada al ejercicio de un derecho sobre una finca ajena./ No son partes integrantes de un edificio las cosas que se han introducido en el edificio con una finalidad transitoria». El artículo se dedica a desentrañar el significado del precepto. (*M. G.-R.*)

HILBRANDT, C.: «Der Bruchteil bei der Bruchteilsgemeinschaft –eine Untersuchung der Rechtsstruktur des Bruchteils», *AcP*, núms. 4/5, 2002, pp. 631-661.

Estudio sobre la cuota en la comunidad romana, proponiendo un entendimiento de su estructura distinto del tradicional. (*M. G.-R.*)

MAGNANO, M.: «L'autonomia privata e le garanzie reali: il tentativo di superamento del principio di tipicità», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 576-589.

Obsolescencia de la normativa italiana relativa al sistema de garantías reales. La nueva figura legal de la prenda rotativa. (*Alma R. G.*)

MORELATO, E.: «Donazione di bene altrui ed usucapione immobiliare abbreviata», *CI*, 2002, núm. 3, pp. 981-999.

Idoneidad o no de la donación de bienes ajenos para el cumplimiento del requisito del justo título de la usucapición abreviada de bienes inmuebles *ex* artículo 1159 del Código Civil italiano. (*Alma R. G.*)

ORLANDO, L.: «Conflitto tra la tutela del diritto morale dell'erede dell'autore e la tutela del diritto di proprietà sul supporto materiale nel quale si estrinseca l'opera protetta», *NGCC*, 2002, núm. 6, pp. 778-783.

Comentario a la ordenanza del Tribunal de *Pavía* de 22 de diciembre de 2001 en materia de protección del derecho moral de autor. (*Alma R. G.*)

RIBALTA I HARO, J.: «Nuisance and Negatory Action in Catalonia: a Historical and Comparative Reading of a Process of Legislative Modernisation», *ZEuP*, núm. 2, 2003, pp. 295-317.

Inmisiones y acción negatoria en la Ley catalana 13/1990. (*M. G.-R.*)

RUGGERI, L.: «Il pegno rotativo», *NGCC*, 2002, núm. 6, pp. 709-714.

La evolución de la prenda rotativa en la doctrina y en la jurisprudencia. (*Alma R. G.*)

TRIOLA, R.: «Osservazioni in tema di spese necessarie alla conservazione della cosa comune– nota a Cass. 27 agosto 2002 n. 12568», *GC*, 2003, núms. 2-3, pp. 364-365. (*M. R. D. R.*)

VANZETTI, A.: «Marchi e segni di uso comune», *RDC*, 2002, núm. 6, parte prima, pp. 895-910.

Análisis de la Directiva CE 89/104 y problemas de trasposición, en materia de propiedad industrial: marcas de uso común, denominación genérica, logotipos figurativos con valor simbólico, etc. (*M. R. D. R.*)

VIDIRI, G.: «Pegno di azioni, diritti del creditore pignoratizio e recesso ex art. 2437 cc.– nota a Cass. 12 luglio 2002, n. 10144», *GC*, 2003, núms. 2-3, pp. 388-392 (*M. R. D. R.*)

WIELING, H./KLINCK, F.: «Die Vormerkungswirkung des Vorkaufsrecht nach § 1098 II BGB», *AcP*, núms. 4/5, 2002, pp. 745-756.

El artículo se refiere a los efectos de anotación preventiva que se conceden al derecho real de opción de compra del § 1098 BGB. (*M. G.-R.*)

ZINCONE, A.: «Il contratto di “outsourcing”. Natura, caratteristiche, effetti», *Dir. Aut.*, 2002, núm. 4, pp. 379-423.

Artículo dedicado al contrato de *outsourcing*, que es un tipo de contrato electrónico. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE FAMILIA

ANTOKOLSKAIA, M.: «The Harmonisation of Family Law: Old and New Dilemmas», *ERPL*, núm. 1, 2003, pp. 28-49.

La autora da cuenta de la reciente creación de la Comisión europea de Derecho de familia, y pone de manifiesto las dificultades para la armonización en esta materia, como son la falta de competencia de los organismos comunitarios y las distintas tradiciones en esta materia. (*M. G.-R.*)

CASSANO, G.: «Il caso Litowitz e gli “occhiali” del giurista italiano», *DFP*, 2002, núms. 2-3, pp. 342-368.

Maternidad subrogada y valor de la autonomía de procreación del marido. (*Alma R. G.*)

COLESANTI, V.: «Variations sérieuses sul tema della compensazione nel fallimento», *RDC*, 2002, núm. 5, parte prima, pp. 735-762.

Análisis del artículo 56 de la Ley concursal, sobre compensación en el procedimiento de quiebra, en relación con el artículo 2917 CC, sobre prenda de créditos, y respecto a las adquisiciones *mortis causa*. (*M. R. D. R.*)

CORRADO, I.: «Giano bifronte: sentenza di divorzio, pronuncia canonica di nullità del matrimonio e vicende dell’assegno di divorzio», *DFP*, 2002, núms. 2-3, pp. 300-310.

Discusión sobre la intangibilidad de las medidas de orden económico adoptadas en el pleito de cesación de los efectos civiles del matrimonio, cuando posteriormente se dicta una sentencia eclesiástica de nulidad matrimonial. (*Alma R. G.*)

CORRADO, I.: «Morbo di Alzheimer e beni in comunione legale tra coniugi», *DFP*, 2002, núms. 2-3, pp. 725-734.

Estudio jurisprudencial sobre la administración de los bienes de uno de los cónyuges en el régimen de comunión legal cuando tal cónyuge está enfermo de Alzheimer. (*Alma R. G.*)

DANOVİ, F.: «I processi di separazione e di divorzio tra autonomia normativa e necessità di integrazione», *DFP*, 2002, núms. 2-3, pp. 457-484.

Problemas de orden procesal en materia de divorcio y separación personal. (*Alma R. G.*)

DANOVİ, F.: «L’attuazione dei provvedimenti relativi all’affidamento e alla consegna dei minori tra diritto vigente e prospettive di riforma», *DFP*, 2002, núms. 2-3, pp. 530-555.

Dificultades que plantea el uso de los instrumentos ordinarios de ejecución forzosa en materia de potestad y guarda de menores. (*Alma R. G.*)

DE MICHEL, R.: «Il c.d. “scioglimento” della comunione legale per separazione personale dei coniugi e la sua automatica ricostituzione per effetto della loro riconciliazione alla luce del d.p.r. 3.11.2000, n. 396», *NGCC*, 2002, núm. 6, pp. 657-681.

Efectos jurídicos de la reconciliación de los cónyuges, tras su separación personal, sobre sus relaciones patrimoniales. (*Alma R. G.*)

DE VUONO, L.: «Nota a Cass., sez. Un., 2.5.2001, n. 7859», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 684-696.

Comentario a una sentencia relativa a la inscripción tardía de un matrimonio canónico: presupuestos y efectos. (*Alma R. G.*)

DEL PRATO, E.: «L'esclusione dell'acquisto dalla comunione ex art. 179 comma 2, cc.», *RDC*, 2002, núm. 6, parte prima, pp. 939-951.

Análisis del artículo 179.2, sobre participación del cónyuge en los actos de adquisición de un bien inmueble o mueble registrado, destinado al patrimonio privativo del otro cónyuge. (*M. R. D. R.*)

DI FABIO, U.: «Der Schutz von Ehe und Familie: Verfassungsentscheidung für die vitale Gesellschaft», *NJW*, 14/2003, pp. 993-998.

La protección del matrimonio y la familia: decisión constitucional respecto de la sociedad vital.

La necesaria –con el art. 6 de la Constitución alemana– protección del matrimonio y la familia se ha convertido en centro de atención en un momento en que las nuevas formas de vida compiten con las tradicionales. El artículo aboga por colocar la protección fundamental de las comunidades de vida junto a los contenidos individuales de libertad del artículo 6 de la Constitución y se pregunta sobre el deber de protección del Estado. (*B. T. G.*)

FERRANDO, G.: «La trascrizione tardiva del matrimonio canonico: presupposti ed effetti», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 689-696.

Inscripción tardía de un matrimonio canónico y tutela del contrayente. (*Alma R. G.*)

GABRIELLA IVONE, M.: «Il modello dell'adozione nel diritto inglese», *Rass. Dir. Civ.*, 2002, núm. 3, pp. 577-601.

Análisis del modelo inglés de adopción. (*B. F. G.*)

LAOUENAN, O.: «Les conventions sur l'autorité parentale depuis la loi du 4 mars 2002», *SJ*, 2003, núm. 28, doc. I-149, pp. 1297-1303.

El autor se cuestiona si los acuerdos sobre la patria potestad son verdaderas convenciones, así como cual puede ser naturaleza jurídica. (*I. S. P.*)

MANERA, G.: «Sul diritto degli aspiranti genitori adottivi ad ottenere dal T.m. un'espressa pronuncia sulla loro idoneità od inidoneità ad adottare un minore italiano», *DFP*, 2002, núms. 2-3, pp. 295-300.

Acerca de la legitimidad constitucional del artículo 22 de la Ley 184/83, que no prevé para la adopción nacional que la inidoneidad de los aspirantes a la adopción deba declararse con un expreso decreto del juez de menores. (*Alma R. G.*)

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: «Gli enti autorizzati a curare l'adozione quali associazioni di diritto privato esercenti pubbliche funzioni: regole, poteri, responsabilità», *DFP*, 2002, núms. 2-3, pp. 514-529.

La identidad legal de los entes que desarrollan, por cuenta de terceros, prácticas de adopción de menores extranjeros. (*Alma R. G.*)

PELLEGRINO, P.: «L'impedimento di affinità nel matrimonio canonico (can. 1092 C.I.C. e can. 809, & 1 e & 2 C.C.E.O.)», *DFP*, 2002, núms. 2-3, pp. 489-513.

La afinidad como vínculo que nace del matrimonio canónico válido. (*Alma R. G.*)

PICCALUGA, F.: «*Favor communionis* ed acquisto di beni con denaro personale», *DFP*, 2002, núms. 2-3, pp. 338-342.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Apelación de Génova de 22 de abril de 2000 sobre el régimen de comunión legal y los bienes de carácter privativo. (*Alma R. G.*)

RUSCELLO, F.: «Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?», *Rass. Dir. Civ.*, 2002, núm. 3, pp. 516-545.

El objetivo del artículo es llamar la atención sobre las modificaciones que el concepto de familia ha experimentado en los últimos años haciendo especial referencia al tratamiento de las relaciones homosexuales.

El autor analiza el concepto utilizado en el Código Civil de 1942, basado en las ideas de autoridad y jerarquía, las modificaciones del mismo, debidas a la necesidad de adecuación a los nuevos principios, y la normativa europea que ha incidido en este ámbito. Finalmente, propone que Italia siga algunos modelos europeos como el de Noruega. (*B. F. G.*)

SALVESTRONI, U.: «Filologia giuridica, acquisti separati dei coniugi e amministrazione dei beni personali, della comunione legale e dell'impresa familiare», *Rass. Dir. Civ.*, 2002, núm. 3, pp. 546-558.

El autor considera de gran importancia la elección de los términos empleados en el lenguaje jurídico de cara a la interpretación y aplicación de las leyes. A modo de ejemplo analiza algunas disposiciones relativas al régimen económico del matrimonio. (*B. F. G.*)

SCALISI, A.: «La famiglia nella cultura del nostro tempo», *DFP*, 2002, núms. 2-3, pp. 701-724.

Acerca de algunas reformas producidas en el concepto de familia: familia y matrimonio, familia de hecho, igualdad conyugal, fidelidad entre cónyuges... (*Alma R. G.*)

SPAGNOLI, C.: «Note in tema di impresa familiare, lavoro gratuito ed azione di arricchimento senza causa», *DFP*, 2002, núms. 2-3, pp. 672-686.

Artículo dedicado a la prestación de trabajo dentro de la propia comunidad familiar. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE SUCESIONES

CAPILLI, G.: «La condizione nel testamento ed ambito di operatività dell'art. 634 cc.– nota a Cass. 22 aprile 2002, n. 5871», *GC*, 2003, núm. 1, pp. 163-167. (*M. R. D. R.*)

COLESANTI, V.: «Variations sérieuses sul tema della compensazione nel fallimento», *RDC*, 2002, núm. 5, parte prima, pp. 735-762.

Ánalisis del artículo 56 de la Ley concursal, sobre compensación en el procedimiento de quiebra, en relación con el artículo 2917 CC, sobre prenda de créditos, y respecto a las adquisiciones *mortis causa*. (*M. R. D. R.*)

DUBLER, A. R.: «In the Shadow of Marriage: Single Women and the Legal Construction of the Family and the State», *Yale L. J.*, 2003, vol. 112, núm. 7, pp. 1641-1715.

Artículo dedicado al análisis histórico de la evolución de la protección jurídica del cónyuge superviviente en los Estados Unidos, dentro del marco más general del debate acerca de qué debe ser el matrimonio y qué funciones estaría llamado a cumplir para prevenir o paliar la «feminización» de la pobreza. (J. R. I.)

LANGE, K. W.: «Testamentvollstreckung durch Kreditinstitute und Dienstleistungsfreiheit», *ZEuP*, núm. 1, 2003, pp. 51-64.

Se está haciendo relativamente frecuente en Alemania el nombramiento de bancos y otras instituciones de crédito como ejecutores testamentarios. Sin embargo, ha habido algunas sentencias que han puesto en cuestión tales nombramientos, en tanto pueden ser contrarios a la *Rechtsberatungsgesetz* (Ley sobre asesoramiento jurídico), que limita la realización de actividades de consejo jurídico a determinadas profesiones, especialmente abogados. El autor se plantea la conformidad de tales normas con las directrices europeas sobre libertad de prestación de servicios. (M. G.-R.)

VARIA

ALTMEPPEN, H.: «Deliktshaftung in der Personengesellschaft», *NJW*, 22/2003, pp. 1553-1558.

La responsabilidad penal en la sociedad personalista.

En una nueva sentencia fundamental sobre responsabilidad en la sociedad de Derecho civil (GbR), el Tribunal Federal Supremo ha decidido una cuestión controvertida sobre la responsabilidad penal, de modo que los socios responden por los delitos de sus consocios personal e ilimitadamente. El autor sostiene que, si bien la decisión es coherente, asume sin embargo un malentendido básico respecto a la regulación de la sociedad colectiva (OHG), que ha provocado que la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria lleguen a falsas conclusiones desde hace ya, aproximadamente, cien años. (B. T. G.)

BAUER, J. H./KRETS, J.: «Gesetze für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt», *NJW*, 8/2003, pp. 537-545.

Normativa sobre modernas prestaciones de servicio en el mercado de trabajo.

Con las disposiciones relativas a las modernas prestaciones de servicios en el mercado de trabajo debían ponerse en práctica las propuestas de la *Hartz-Kommission*. En su mayor parte la nueva regulación entró en vigor el 1 de enero de 2003. Ello da pie a investigar las modificaciones esenciales. (B. T. G.)

BUZZELLI, D.: «Dichiarazioni recettizie, prova per presunzioni e presunzione di conoscenza», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 705-709.

Comentario a una sentencia acerca de la carga de la prueba en el proceso civil, en concreto, sobre si la transmisión y consigna al destinatario de un acto unilateral receptivo puede demostrarse mediante presunciones. (Alma R. G.)

CANIVET: «La Convergence des Systèmes Juridiques du Point de Vue du Droit Privé Français», *ERPL*, núm. 1, 2003, pp. 50-65.

El autor manifiesta las dificultades de armonización entre los sistemas jurídicos continentales y el anglosajón, así como el desafío que supone la inmigración, en tanto que plantea nuevos problemas sobre cuáles son los valores fundamentales del nuevo Derecho europeo. (M. G.-R.)

GROSSWALD CURRAN, V.: «On the Shoulders of Schlesinger: The Trento Common Core of European Private Law Project», *ERPL*, pp. 66-80.

Estudio de una jurista americana sobre el proceso de integración jurídica europea desde el punto de vista metódico del *common core*, elaborado por el fallecido comparativista alemán Rudolf B. Schlesinger, que enseñó durante más de treinta años en la Universidad americana de Cornell. (M. G.-R.)

GSELL, B.: «Die Beweislast für den Inhalt der vertraglichen Einigung», *AcP*, núm. 1, 2003, pp. 119-141.

Estudio de Derecho procesal en el que se plantea el problema de la carga de la prueba cuando ambas partes admiten haber celebrado un contrato, pero difieren sobre su contenido (M. G.-R.)

HARKE, J. D.: «Rechtsnatur der Einrede und Rückwirkungsverbot: Bundes-Bodenschutzgesetz und mietrechtliche Verjährung», *AcP*, núm. 6, 2002, pp. 951-971.

Naturaleza de la excepción procesal y de la prohibición de retroactividad de las normas. El autor estudia el problema planteado por la Ley Federal de protección del suelo, que parece conceder al propietario una acción de regreso contra el arrendatario que ha infringido la ley durante un plazo de tres años, mientras que el § 548 establece un plazo de seis meses para todas las reclamaciones derivadas del contrato de arrendamiento. A partir de aquí estudia la naturaleza de la excepción de prescripción, concluyendo que se trata de una figura puramente procesal y no sustantiva. (M. G.-R.)

HENSSLER, M.: «Mediation und Rechtsberatung», *NJW*, 4/2003, pp. 241-249.

Mediación y asesoramiento jurídico.

El artículo se cuestiona si la mediación no llevada a cabo por profesionales del Derecho es admisible de acuerdo con la normativa sobre asesoramiento jurídico y cómo debería ser *lege ferenda* una regulación jurídica adecuada de la actividad mediadora. (B. T. G.)

MIRABELLI, G./GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione - Primo Quadrimestre 2002», *RDC*, 2002, núm. 5, parte segunda, pp. 733-749.

Reseña de jurisprudencia relativa a diferentes materias de Derecho privado. (M. R. D. R.)

MUSCHELER, K.: «Stiftung und Schenkung -Zum Kausalverhältnis in den Beziehungen zwischen Stifter, Stiftung, Destinatären, Anfallberechtigten-», *AcP*, núms. 4/5, 2003, pp. 469-510.

La persona jurídica fundación y los problemas del patrimonio constitutivo y su adquisición (§§ 80 y ss. BGB). (M. G.-R.)

NEUNER, J.: «Diskriminierungsschutz durch Privatrecht», *JZ*, 2/2003, pp. 57-66.

Protección de Derecho privado frente a la discriminación.

La presente contribución toma posición respecto del proyecto de ley alemana antidiscriminación e intenta describir las grandes líneas de la protección de carácter jurídico privado frente a la discriminación. (B. T. G.)

NEUNER, J.: «Der Prioritätgrundsatz im Privatrecht», *AcP*, núm. 1, 2003, pp. 46-78.

El autor parte de los conocidos brocados *prior tempore, potior iure, Wer zuerst kommt, mahlt zuerst o first come, first served*, y estudia su repercusión en el Derecho privado. Llega a la conclusión que promueve la iniciativa privada, pero contraría el principio de solidaridad recogido en la Biblia de que «los últimos serán los primeros y los primeros los últimos» (M. G.-R.)

PERLINGIERI, P.: «Strumenti e tecniche dell'insegnamento del Diritto Civile», *Rass. Dir. Civ.*, 2002, núm. 3, pp. 499-515.

Análisis de la enseñanza del Derecho actualmente y propuestas metodológicas. El autor pone de relieve las nuevas dificultades que deben afrontarse, como la existencia de numerosas fuentes del Derecho, nacionales e internacionales. Se dedica especial atención a la entrada de las nuevas tecnologías como instrumento de ayuda en el estudio. (B. F. G.)

PICKER, E.: «Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?», *JZ*, 11/2003, pp. 540-545.

La lucha contra la discriminación ¿objetivo del Derecho civil?

Se pregunta el autor si la consecución de una amplia protección frente a la discriminación (tendencia iniciada en Europa e intensificada notablemente en Alemania) debe convertirse en componente del Derecho civil positivo. El artículo indica las dudas de principio que la propuesta suscita. Así, dicha propuesta viene a poner de relieve que la discriminación como aspecto negativo de la libertad de decisión de la autonomía de la voluntad es, en cierta medida, inmanente e inevitable. (B. T. G.)

ROBNAGEL, A./PFITZMANN, A.: «Der Beweiswert von E-Mail», *NJW*, 17/2003, pp. 1209-1214.

El valor probatorio del correo electrónico.

En el artículo se analiza la escasa jurisprudencia recaída en la materia, así como los comentarios que ha suscitado (I); el valor probatorio del correo electrónico en relación con su integridad (II) y autenticidad (III) y los argumentos relativos a su valor indiciario (IV). Estos argumentos no se demuestran sólidos; de este modo, un valor indiciario podría conducir a un daño no tolerable en la seguridad jurídica (V). (B. T. G.)

VV.AA.: «The American Journal of Comparative Law», *Am. J. Comp. L.*, 2002, vol. 50, núm. 4, pp. 653-874.

Número especial del *Am. J. Comp. L.*, con motivo del cincuentenario de su publicación. El volumen reúne interesantes contribuciones, en su mayor parte dedicadas a repasar diversos aspectos de la evolución del Derecho comparado a lo largo de esos cincuenta años, en especial en el seno de la doctrina norteamericana. Además de la presentación del editor-jefe de la revista,

Richard M. Buxbaum, destacan los trabajos del profesor James Gordley sobre la importancia de la historia del derecho en la metodología comparada, así como del profesor Mathias Reimann sobre «el progreso y fracaso del Derecho comparado en la segunda mitad del siglo xx». Sin embargo, no pueden desdenarse, entre otros, los estudios sobre la influencia del Derecho romano, del Derecho francés o del alemán en la consolidación del Derecho norteamericano durante la primera mitad del siglo xx (Mitchel Lasser). (J.S.F.)

WEYER, H.: «Schadensersatzansprüche gegen Private kraft Gemeinschaftsrecht», *ZEuP*, núm. 2/2003, pp. 318-343.

A propósito de la sentencia *Courage* (20-IX-2001) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se plantea de nuevo el posible efecto horizontal de las directivas comunitarias. El autor se muestra contrario a esta posibilidad. (M. G.-R.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

BEATER, A.: «Europäisches Recht gegen unlauteren Wettbewerb – Ansatzpunkte, Grundlagen, Entwicklung, Erforderlichkeit», *ZEuP*, núm. 1, 2003, pp. 11-50.

El Derecho europeo sobre competencia desleal. Puntos de partida, fundamentos, desarrollo, necesidad. (M. G.-R.)

BORRUSO, A.: «La pubblicità ingannevole e la nuova disciplina della pubblicità comparativa», *NGCC*, 2002, núm. 6, pp. 682-708.

La publicidad comparativa y la publicidad engañosa. Diversas formas de publicidad engañosa: publicidad oculta, publicidad de productos peligrosos y publicidad relativa a menores de edad. Medios de protección ante la publicidad engañosa. (Alma R. G.)

MALECKI, C.: «Les retouches apportées au régime des conventions par le projet de loi de sécurité financière», *RDS*, 2003, núm. 20, cah. aff., pp. 1350-1356.

Nuevo régimen de convenciones recogido en el proyecto de ley de seguridad financiera ante las críticas a la regulación de la Ley NRE. (I. S. P.)

MANCO, R.: «L'abuso di posizione dominante e le fattispecie dannose della concorrenza», *Rass. Dir. Civ.*, 2002, núm. 3, pp. 625-655.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione, Sez. I*, de 17 de mayo de 2000, relativa al abuso de posición dominante. (B. F. G.)

PUCCIARELLI, F.: «Il c.d. “benefondi bancario”: profili di disciplina e rilievi in tema di tutela della privacy del correntista– nota a Cass. 28 marzo 2002, n. 4502», *GC*, 2003, núms. 2-3, pp. 493-499. (M. R. D. R.)

DERECHO DE SOCIEDADES

ALVISI, C.: «Autoregolamentazione e *corporate governance* nella riforma del diritto societario», *CI*, 2002, núm. 3, pp. 1046-1102.

Artículo sobre el ámbito de aplicación de la reforma del Derecho de sociedades y, en especial, el papel de la autodisciplina en el gobierno de las sociedades de capital. (*Alma R. G.*)

ASPRELLA, C.: «Note sparse su cessione del credito, cessione di quote di società a responsabilità limitata e opponibilità della clausola compromisoria al cessionario», *GC*, 2003, núm. 1, pp. 21-24.

Ánalisis de los efectos de la cesión de créditos y, en especial, de la transmisión automática al cessionario de la cláusula compromisoria, estipulada entre el cedente y el deudor, para evitar que el deudor resulte excesivamente perjudicado por la cesión. (*M. R. D. R.*)

BERTINO, L.: «In tema di clausola compromisoria nelle società cooperative», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 621-630.

Acerca de la nulidad de la cláusula compromisoria que atribuye a la junta el poder de nombrar árbitros. (*Alma R. G.*)

CAUSSAIN, J. J./DEBOISSY, F./WICKER, G.: «Droit des sociétés», *SJ*, 2003, núm. 20, chr. I-134, pp. 882-890.

Ánalisis de la última jurisprudencia de los tribunales franceses sobre el tema: disposiciones comunes en el Derecho de sociedades, sociedades anónimas; sociedades civiles; otros grupos. (*I. S. P.*)

COSTANZA, M.: «La tutela dell'azionista non professionista», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 502-503.

Artículo dedicado a la suficiencia de la protección otorgada al accionista no profesional. (*Alma R. G.*)

DE ACUTIS, M.: «Fusione "inversa" ed "eterogenea" e azioni dell'incorporante possedute dall'incorporanda», *NGCC*, 2002, núm. 6, pp. 619-627.

Artículo dedicado a la institución de la fusión de sociedades. (*Alma R. G.*)

DE ACUTIS, M.: «La tutela degli azionisti di minoranza nelle società quotate e non quotate», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 488-495.

Artículo dedicado a la tutela de las minorías en las sociedades mercantiles. (*Alma R. G.*)

GALGANO, F.: «I gruppi nella riforma delle società di capitali», *CI*, 2002, núm. 3, pp. 1015-1045.

Artículo dedicado a los grupos de sociedades como forma de organización característica de la grande o mediana empresa de nuestro tiempo. En especial, acerca del *holding*, que es una sociedad que dirige a su vez una pluralidad de sociedades: objeto social del *holding*, fuente del poder de dirección y coordinación, responsabilidad por daños... (*Alma R. G.*)

LIENHARD, A.: «*Loi de sécurité financière: quoi de neuf pour les sociétés?*», *RDS*, 2003, núm. 29, cah. aff., pp. 1996-2003.

Reforma de las sociedades anónimas a raíz de la Ley núm. 2003-706 de 1 de agosto de 2003, sobre seguridad financiera, evitando la desconfianza sobre el mercado financiero. (R. A. R.)

LIENHARD, A.: «*Loi pour l'initiative économique: quoi de neuf pour les sociétés?*», *RDS*, 2003, núm. 28, cah. aff., pp. 1900-1904.

Medidas del legislador francés para promover el espíritu de empresa. Capital social mínimo y derogación de discriminaciones sociales. (R. A. R.)

LUPOI, A.: «*Interposta persona: tipologie del controllo indiretto. Il caso di trust*», *CI*, 2002, núm. 3, pp. 1171-1196.

Diversas hipótesis del control indirecto, en especial, el caso de los grupos de sociedades y *trusts*. (Alma R. G.)

NURIT-PONTIER, L.: «*La détermination statutaire du capital social: enjeux et conséquences*», *RDS*, 2003, núm. 24, cah. aff., pp. 1612-1616.

Riesgos cuando se determina estatutariamente el capital social, tras la supresión de un mínimo legal en el nuevo proyecto de ley. (R. A. R.)

RANDO, D.: «*Riunione degli organi societari in videoconferenza*», *GC*, 2003, núm. 1, pp. 9-20.

Reflexión acerca de las modificaciones o posibilidades de actuación y participación que ha supuesto el uso de la videoconferencia en las reuniones de los órganos societarios: avance tecnológico para facilitar el ejercicio de la autonomía de la voluntad, la participación en asambleas, la composición y actuación del consejo de administración y comité ejecutivo, etc. (M. R. D. R.)

ROMAGNOLI, G.: «*Tutela dell'investitore e dell'azionista tra spinte propulsive e resistenze. Il caso della disciplina delle opa obbligatorie*», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 504-508.

Oposición suscitada frente a las reglas sobre opas obligatorias. (Alma R. G.)

SANTOSUOSO, D. U.: «*Vecchio e nuovo nella riforma delle società commerciali*», *GC*, 2003, núms. 2-3, supl., pp. 1-11.

Ánalisis de la Ley de 3 de octubre de 2002, núm. 366, por la que se solicita la reforma del derecho societario: sociedad de capital, sociedad cooperativa, ilícitos penales y administrativos de la sociedad comercial y procedimientos societarios.

Ley que ha desembocado en el d. lgs. 17 de enero de 2003, núm. 6, sobre sociedad de capital y sociedad cooperativa, que entrará en vigor el 1 de enero de 2004, por la que se modifica profundamente el *Codice civile*, en el Título V y VI del Libro V.

La reforma se inspira en una serie de principios generales, expresamente indicados para la sociedad de capital, y en una determinación y regulación de los tipos e instituciones societarias, intentando equilibrar la tutela de la libertad de forma y la flexibilidad organizativa con un riguroso sistema de tutela de los intereses de todos los sujetos que se relacionen con dichas sociedades. (M. R. D. R.)

STOLOWY, N.: «Délinquance des comptes et droit des entreprises en difficulté», *SJ*, 2003, núm. 27, doc. I-147, pp. 1245-1252.

La fiabilidad de las cuentas como elemento determinante para la valoración bursátil. Importancia que alcanza en las empresas en crisis. (*I. S. P.*)

TANTINI, G.: «Riduzione del capitale deliberata dall'assemblea ordinaria che approva il bilancio, accertando (per la prima volta) perdite "irreversibili" di oltre 1/3», *CI*, 2002, núm. 3, pp. 912-919.

Análisis de los diversos problemas interpretativos que plantea la reducción del capital por pérdidas, entre ellos, la naturaleza de la situación patrimonial que los administradores deben presentar a la junta, los procedimientos a adoptar... (*Alma R. G.*)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

DAMY, G.: «Concentrations bancaires: la compétence controversée des autorités», *RDS*, 2003, núm. 27, cah. aff., pp. 1828-1830.

No necesidad de autorización del Ministro de Economía para realizar las concentraciones bancarias, según la decisión del Consejo de Estado de 16 de mayo de 2003. (*R. A. R.*)

CONTRATOS MERCANTILES

ANTONUCCI, A.: «La tutela dell'investitore in prodotti assicurativi», *NGCC*, 2002, núm. 5, pp. 522-525.

Transparencia e información en el contrato de seguro. (*Alma R. G.*)

BECKER, M.: «Die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den Frachtführer gemäß § 421 Abs. 1 Satz 2 HGB», *AcP*, núms. 4/5, 2002, pp. 722-744.

Conforme al citado párrafo del *Handelsgesetzbuch*, «tras la llegada del bien al lugar de la entrega, el consignatario está autorizado a exigir el bien al porteador a cambio del cumplimiento de las obligaciones del contrato de transporte marítimo. Si el bien ha sido dañado, perdido o suministrado con retraso, el consignatario puede ejercitarse en su propio nombre las pretensiones derivadas del contrato de transporte. El cargador sigue también autorizado a ejercitarse esas pretensiones. No hay ninguna diferencia entre el hecho de que el cargador o el consignatario actúen en nombre propio». El autor se enfrenta al problema de la doble legitimación (del cargador y del consignatario) para reclamar, y sus efectos sobre las relaciones jurídicas subyacentes. (*M. G.-R.*)

BERTIN, R.: «Analyse des conditions de sélection de leurs réseaux par les constructeurs automobiles à l'occasion de l'entrée en vigueur du règlement CE n. 1400/2002 du 31 juillet 2002», *RDS*, 2003, núm. 17, cah. aff., pp. 1150-1157.

Necesidad de una distribución de automóviles selectiva frente a la exclusividad actual, mejorando así la satisfacción de los consumidores. Consecuencias para los fabricantes de automóviles. (*I. S. P.*)

FERRIER, D./ FERRÉ, D.: «La circulaire dite "Dutreil" du 16 mai 2003: une nouvelle approche de la négociation entre fournisseur et distributeur», *RDS*, 2003, núm. 26, cah. aff., pp. 1751-1755.

Corrección de las desviaciones en las contrataciones entre fabricantes y distribuidores. Posibilidad de incluir condiciones particulares de venta destinadas a reintegrar en la venta ventajas sobre cooperación comercial. (R. A. R.)

GRASSO, G.: «Anatocismo bancario: i giudici di merito sono contro la Cassazione?», *CI*, 2002, núm. 3, pp. 953-980.

Debate judicial sobre la negación por la Corte Suprema de la existencia del uso del anatocismo bancario. (Alma R. G.)

GRUA, F.: «Le prêt d'argent consensuel», *RDS*, 2003, núm. 22, cah. aff., pp. 1492-1495.

Contrato de préstamo entre profesionales de la banca. Transformación jurisprudencial de su carácter real en consensual. Inexistencia de características particulares frente a los privados. (I. S. P.)

PENNEAU, A.: «La sanction civile de contrats commerciaux déloyaux par l'effet de l'action de substitution d'une autorité publique. (critique de l'article L.442-6, III, du code de commerce et propositions)», *RDS*, 2003, núm. 19, cah. aff., pp. 1278-1283.

Posibilidad de que el Estado pueda solicitar la repetición de lo indebido y la reparación de perjuicios sufridos por un comerciante frente a otro. Inspiración en las acciones ofrecidas a las asociaciones de consumidores. Peligros o inconvenientes ante la falta de regulación. (I. S. P.)

RETTERER, S.: «La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution», *RDS*, 2003, núm. 18, cah. aff., pp. 1210-1215.

Moralización y equilibrio de las relaciones comerciales entre fabricantes y distribuidores como consecuencia de la Ley "Galland" de 1 de julio de 1996 y la ley de 15 de mayo de 2001. Regulación de las prácticas de la competencia y transparencia de las relaciones. (I. S. P.)

TAORMINA, G.: «La protection des sommes insaissables et les apports du décret n° 2002-1150 du 11 septembre 2002», *RDS*, 2003, núm. 28, pp. 1848-1853.

Dificultades a la hora de determinar el montante y el objeto del embargo de una cuenta corriente. La reforma de 2002 con el decreto núm. 2002-1150. (R. A. R.)

TUOZZO, M.: «Il banchiere diligente e l'assegno con traenza falsa», *CI*, 2002, núm. 3, pp. 938-952.

Artículo sobre operaciones bancarias y responsabilidad del banco. (Alma R. G.)

DERECHO CONCURSAL

BERGER, C.: «Le sort de la caution en cas de cession de contrat dans le cadre d'une procédure collective», *RDS*, 2003, núm. 25, cah. aff., pp.1682-1687.

Consecuencias de la fianza cuando se cede el contrato garantizado. La suerte de la fianza depende de la naturaleza del contrato cedido. (*R. A. R.*)

CHINDEMI, D.: «Responsabilità civile del sindaco di società di capitali: individuazione dell'elemento soggettivo», *NGCC*, 2002, núm. 6, pp. 888-891.

Responsabilidad civil de personas distintas al sujeto declarado en quiebra, en concreto, responsabilidad del síndico de las sociedades mercantiles. (*Alma R. G.*)

COLESANTI, V.: «Variations sérieuses sul tema della compensazione nel fallimento», *RDC*, 2002, núm. 5, parte prima, pp. 735-762.

Análisis del artículo 56 de la ley concursal, sobre compensación en el procedimiento de quiebra, en relación con el artículo 2917 CC, sobre prenda de créditos, y respecto a las adquisiciones *mortis causa*. (*M. R. D. R.*)

CULTRERA, M. R.: «Dichiarazione in estensione del fallimento del socio e decorrenza degli effetti. (Nota a Cass. 7 giugno 2002, n. 8257)», *FI*, 2003, núm. 1, pp. 242-243.

Comentario a una sentencia sobre declaración de quiebra de una sociedad. (*Alma R. G.*)

EHRICKE, U./RIES, J.: «Die neue Europäische Insolvenzveordnung», *JuS*, 4/2003, pp. 313-320.

La nueva regulación europea de la insolvencia.

La presente contribución presenta los aspectos más destacados del nuevo Reglamento sobre procedimientos de insolvencia [Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000] que supone reelaborar la regulación de la insolvencia internacional en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. De una parte, la aprobación del Reglamento constituye una contribución a la apremiante y necesaria armonización del Derecho concursal en la Unión Europea. De otra, a la vista de la regulación comunitaria, se han producido importantes novedades en el Derecho concursal internacional alemán. (*B. T. G.*)

PONTI, L.: «La compensazione fallimentare rispetto ai crediti del socio escluso», *NGCC*, 2002, núm. 6, pp. 785-791.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Bolonia de 28 de marzo de 2001 sobre compensación y quiebra. (*Alma R. G.*)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis.
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law.
Cal. L. Rev.	California Law Review.
Cambridge L. J.	Cambridge Law Journal.
CI	Contratto e Impresa.
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review.
DFP	Il diritto di famiglia e delle persone.
Dir. Aut.	Il Diritto di autore.
ERPL	European Review of Privat Law.
FI	Il Foro Italiano.
GC	Giustizia Civile.
GP	Gazette du Palais.
Harvard L. Rev	Harvard Law Review.
JuS	Juristische Schulung.
JZ	Juristen Zeitung.
L. Q. L.	The Law Quarterly Review.
Modern L. R.	The Modern Law Review.
NLCC	La Nuova Legge Civile Commentata.
NGCC	La nuova Giurisprudenza Civile Commentata.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies.
Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile.
RDC	Rivista di Diritto Civile.
RDS	Recueil Dalloz Sirei.
RIDA	Revue Internationale du Droit d' auteur.
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.
SJ	La Semaine Juridique.
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review.
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review.
UCLA L. R.	UCLA Law Review.
Yale L. J.	Yale Law Journal.
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2002

Encarna ROCA TRÍAS (Catedrática de Derecho civil. UB) Ramón CASAS VALLÉS (Titular de Derecho civil. UB). Isabel MIRALLES GONZÁLEZ (Titular de Derecho civil. UB). Asunción ESTEVE PARDO (Prof. de Derecho civil. UB). Elisabet GRATTI (Lda. en Derecho. UB). Carlos MARTÍNEZ LIZÁN (Ldo. en Derecho. UB).

STC 9/2002, de 15 de enero de 2002.

RA: Desestimado.

Ponente: Vives Antón.

Conceptos: Sistema legal de valoración de daños en el ámbito de la circulación de vehículos a motor. Baremos. Decisión judicial e informes periciales.

Preceptos de referencia: Artículos 14, 15 y 24 CE y Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

La recurrente en amparo plantea, en representación de su hija menor de edad víctima de un atropello por un autobús, la constitucionalidad de la aplicación del sistema de valoración de daños de la Ley 30/1995 debido a errores de apreciación de los hechos probados por parte del juzgador de instancia, así como de la cuantía de las indemnizaciones fijadas. Según la recurrente, dichos errores vulneran los artículos 14 y 15 CE puesto que la aplicación de los baremos de la Ley 30/1995 ha impedido que le sea restituido íntegramente el daño causado –especialmente, el daño económico y moral ocasionado a los padres de la víctima con motivo del accidente– mediante una reparación conforme con el perjuicio realmente sufrido, que sí habría conseguido si las lesiones se hubieran producido en un ámbito distinto al de la circulación de vehículos de motor.

Con base en la STC 181/2000, rechaza el Tribunal Constitucional que se haya producido en este supuesto una vulneración del principio de igualdad ante la ley, recogido en el artículo 14 CE, puesto que «*hay que descartar que el establecimiento legal de un máximo indemnizatorio por todos los daños personales y por todos los conceptos genere un tratamiento injustificadamente diferenciado para las víctimas de un siniestro circulatorio pues de la Constitución no se deriva que el instituto de la responsabilidad civil extracontractual tenga que ser objeto de un tratamiento normativo uniforme e indiferenciado ni, como es obvio, la Norma fundamental contiene una prohibición por la que se impida al legislador regular sus contenidos, adaptándolos a las peculiaridades de los distintos contextos en que se desenvuelven las relaciones sociales. Por ello, al constatar que la concreta regulación especial o diferenciada que está en la base de la queja no se ha articulado a partir de categorías de personas o gru-*

pos de las mismas, sino en atención exclusivamente al específico ámbito o sector de la realidad social en que acaece la conducta o actividad productora de los daños, cabe afirmar que se opera en función de un elemento objetivo y rigurosamente neutro, que explica por qué esa pluralidad de regímenes jurídicos especiales se aplica por igual a todos los ciudadanos, es decir, a todos los dañados, sin que implique, directa o indirectamente, un menoscabo a la posición jurídica de unos respecto de la de otros» (FJ 3).

También el Tribunal Constitucional deniega que la aplicación de los baremos en este supuesto haya producido una posible vulneración del derecho a la integridad física y moral recogido en el artículo 15 CE, puesto que como establece la STC 181/2000 «*la Ley 30/1995 por la que se introdujo el baremo, no desarrolla ni regula los derechos a la vida y a la integridad física que reconoce el artículo 15 CE*» (FJ 3).

Finalmente, la recurrente alega que se ha vulnerado el principio de tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 CE puesto que los órganos judiciales que han examinado su caso no han podido juzgar conforme al principio de libre valoración de las pruebas en el momento de fijar el *quantum indemnitorio*, sino que lo han tenido que hacer «*bajo el prisma o la imposición del dictamen médico*» por lo que «*se expropia al Juez de su facultad o potestad y obligación de juzgar*», ya que no juzga el juez sino el médico.

Responde a ello el Tribunal Constitucional que tal queja carece de fundamento ya que «*en anteriores pronunciamientos hemos descartado ya que las previsiones normativas de la Ley aplicada interfieran en modo alguno en el adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional (SSTC 181/2000 y 21/2001), puesto que no impiden a cada Juez o Tribunal verificar, con arreglo a lo alegado por las partes y lo que hubiese resultado de la prueba practicada, la realidad del hecho dañoso y la conducta e imputación al agente causante del daño, determinando su incidencia en relación con los posibles daños producidos; así como subsumir los hechos en las normas, seleccionando e interpretando el Derecho de aplicación al caso, lo que supone, cuando así sea pertinente, concretar los diversos índices y reglas tabulares que utilizará para el cálculo de las indemnizaciones a que hubiese lugar, modelando su cuantía en función de su estimación acerca de la concurrencia o no de los distintos factores de corrección legalmente establecidos*» (FJ 4).

Por todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal Constitucional deniega la petición de amparo solicitado en todos sus extremos.

STC 10/2002, de 17 de enero.

CI: Estimada. Derogación por inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 557 LECrim (redacción dada por RD 14 de septiembre de 1882).

Ponente: Casas Baamonde.

Conceptos: Domicilio. Inviolabilidad domiciliaria. Habitaciones de hotel: pueden ser domicilio. Concepto constitucional y concepto civil.

Preceptos de referencia: Artículos 18.2 CE y 557 Ley Enjuiciamiento Criminal.

En esta sentencia el TC perfila la noción de domicilio a efectos constitucionales, declarando que las habitaciones de hotel *pueden* tener este carácter y, por tanto, beneficiarse de la inviolabilidad prevista en el artículo 18.2 CE.

Dicho de otra forma: las habitaciones de hotel no son domicilio, pero pueden serlo y con frecuencia lo serán, sin que a este objeto tengan importancia alguna aspectos como el carácter ocasional o brevedad de la ocupación, o las limitaciones impuestas a los usuarios por el contrato de hospedaje. Como se verá, lo que se reprocha al artículo 557 LECrim y al fin lleva a su derogación por inconstitucional es que excluya de forma absoluta –y sin posible interpretación convalidante– la referida posibilidad.

La cuestión tiene su origen en un procedimiento penal abreviado seguido contra el director de un hotel y tres funcionarios del cuerpo superior de policía, como consecuencia de la entrada y registro en las habitaciones ocupadas por dos periodistas, mientras éstos se hallaban ausentes, sin solicitar previamente autorización judicial. La Audiencia de Sevilla planteó cuestión de inconstitucionalidad referida al artículo 557 LECrim (inalterado desde 1882), según el cual: «*Las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente; y lo serán tan sólo de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten así con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada.*» Entendía la Audiencia que esta exclusión, que afectaría también a las habitaciones hoteleras, chocaba con el derecho a la inviolabilidad domiciliaria del artículo 18.2 CE, que sólo exime de autorización judicial los casos de delito flagrante y consentimiento del titular. El Fiscal General del Estado apoyaba este planteamiento. Por el contrario, el Abogado del Estado defendía la constitucionalidad del precepto «*partiendo de la posibilidad de la configuración constitucional del concepto de domicilio con base en la nota de habitualidad requerida en el artículo 40 CC y de las características de la relación jurídico-privada del contrato de hospedaje.*» A su juicio, «*no toda proyección de “la privacidad” sobre un lugar físico sería domicilio, sino sólo aquella que revistiera un cierto carácter de estabilidad, sustentada, además, en una relación jurídico-privada que permitiera esa proyección estable.*» En apoyo de esa restricción del concepto de domicilio constitucionalmente protegido agregaba que «*si se prescinde de dichos requisitos de estabilidad y relación jurídica privada, se puede llegar a proyecciones desmesuradas de “la privacidad” sobre ciertos espacios físicos.*»

A pesar de tratarse de una norma preconstitucional (sobre la que, por tanto, podría haberse pronunciado directamente la Audiencia), el TC entra en el fondo. Las ideas esenciales de la sentencia son:

a) Relación entre los artículos 18.1 (intimidad) y 18.2 (inviolabilidad domiciliaria).—«*Hemos de comenzar por recordar que la norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la interdicción de la entrada y registro domiciliario (art. 18.2 CE) constituye una manifestación de la norma precedente (art. 18.1 CE) que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (por todas, STC 136/2000, de 29 de mayo, F. 3).* De esta construcción interrelacionada resulta que la protección de la inviolabilidad domiciliaria tiene carácter instrumental respecto de la protección de la intimidad personal y familiar (STC 22/1984, de 17 de febrero, F. 5), si bien dicha instrumentalidad no empece a la autonomía que la Constitución española reconoce a ambos derechos, distanciándose así de la regulación unitaria de los mismos que contiene el art. 8.1 del Convenio europeo de derechos humanos (STC 119/2001, de 24 de mayo, F. 6).» (FJ 5.)

b) Objeto del derecho a la intimidad y del derecho a la inviolabilidad domiciliaria.—«*El derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE)*

tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad (por todas, SSTC 144/1999, de 22 de julio, F. 8; 119/2001, de 24 de mayo, F. 5), el derecho a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito espacial determinado, el “domicilio”, por ser aquél en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, F. 5; 94/1999, de 31 de mayo, F. 5; y 119/2001, de 24 de mayo, F. 6.)» (FJ 5.) «La protección constitucional del domicilio en el artículo 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas. La primera se refiere a la protección de su “inviolabilidad” en cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma resulte “exento de” o “inmune a” cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos (STC 22/1984, de 17 de febrero, F. 5). La segunda, en cuanto especificación de la primera, establece la interdicción de dos de las formas posibles de injerencia en el domicilio, esto es, su entrada y registro, disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o resolución judicial (STC 22/1984, de 17 de febrero, FF. 3 y 5); de modo que la mención de las excepciones a dicha interdicción, admitidas por la Constitución, tiene carácter taxativo (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, F. 3; 136/2000, de 29 de mayo, F. 3.)» (FJ 5.)

c) Domicilios constitucional y civil.—El TC reitera, en primer lugar, «que “la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado y en especial en el artículo 40 del Código Civil como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones”»; y «en segundo lugar, que el concepto constitucional de domicilio tiene “mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo” (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, F. 2; 94/1999, de 31 de mayo, F. 5), y no “admite concepciones reduccionistas [...] como las] que lo equiparan al concepto jurídico-penal de morada habitual o habitación” (STC 94/1999, de 31 de mayo, F. 5)» (FJ 6.)

d) Rasgos determinantes y no determinantes para el concepto constitucional de domicilio.—«El rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el artículo 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual. Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que

representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar vida privada.» (FJ 7.) «El rasgo esencial que define el domicilio delimita negativamente los espacios que no pueden ser considerados domicilio: de un lado, aquellos en los que se demuestre de forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada, sea dicha actividad comercial, cultural, política, o de cualquier otra índole; de otro, aquellos que, por sus propias características, nunca podrían ser considerados aptos para desarrollar en ellos vida privada, esto es, los espacios abiertos. En este sentido resulta necesario precisar que, si bien no todo espacio cerrado constituye domicilio, ni deja de serlo una vivienda por estar circunstancialmente abierta, sin embargo, es consustancial a la noción de vida privada y, por tanto, al tipo de uso que define el domicilio, el carácter acotado respecto del exterior del espacio en el que se desarrolla. El propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros.» (FJ 7.)

Aplicando la doctrina que resulta de las ideas expuestas, el TC entiende que «*las habitaciones de los hoteles pueden constituir domicilio de sus huéspedes*», aunque ello no significa que «*no puedan ser utilizadas también para realizar otro tipo de actividades de carácter profesional, mercantil o de otra naturaleza, en cuyo caso no se considerarán domicilio de quien las usa a tales fines*» (FJ 8). En el caso de autos, sin embargo, estaba claro que «*los periodistas se hospedaban en las habitaciones del hotel que fueron registradas, de modo que constituyan en ese momento su domicilio en cuanto en ellas desarrollaban su vida privada*», sin que sean obstáculo para ello «*las limitaciones al disfrute de las mismas que derivan del contrato de hospedaje*» (FJ 8).

La inconstitucionalidad del artículo 557 LECrim derivaría de tres últimas consideraciones adicionales. Primera: Que el citado precepto, aunque literalmente alude a «*posadas y fendas*», se refiere en realidad «*a cualquier establecimiento de hostelería con independencia de la específica modalidad que revista*» (FJ 9). Segunda: Que «*la incompatibilidad del artículo 557 LECrim con el derecho reconocido en el artículo 18.2 CE se produce sólo en la medida en que impide con carácter absoluto que dichos establecimientos o una parte de los mismos, específicamente sus habitaciones respecto de sus huéspedes, sean consideradas domicilio, esto es, espacios en los que los huéspedes de los hoteles despliegan su privacidad*» (FJ 9). Tercera: Que «*no cabe una interpretación del precepto conforme al artículo 18.2 CE*» (FJ 10).

STC 39/2002, de 14 de febrero.

RA: Estimado.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Cuestión de inconstitucionalidad. Matrimonio.

Preceptos de referencia: Artículos 14 y 32 CE; artículo 9.2 CC.

La cuestión de inconstitucionalidad es planteada por un Juzgado de Primera Instancia respecto del artículo 9.2 del Código Civil en el cual se estable-

ce que las relaciones personales entre los cónyuges se regirán, en defecto de otros criterios, por la ley personal del marido al tiempo de la celebración del matrimonio, criterio incompatible con los artículos 14 y 32 de la CE.

En su fundamentación, el órgano judicial proponente precisa un pronunciamiento explícito del TC sobre la nulidad del artículo para poder decidir sobre un litigio relativo a la formación del inventario de una sociedad de gananciales como ejecución de una Sentencia de separación.

Por su parte el Fiscal General del Estado manifiesta que, en este caso, en la medida en que se está ante una norma dispositiva, no existe imposición de un régimen económico determinado por la preferencia de la ley personal del marido, por lo que la norma no sería contraria al principio de no discriminación por razón de sexo, consagrado en el artículo 14 CE. Otra cosa sería, que la cuestión de inconstitucionalidad se hubiese suscitado en un litigio relativo a los efectos personales del matrimonio.

El TC no comparte estos razonamientos ya que entiende que de lo que se duda en este supuesto es de «*la utilización de la ley personal del marido como punto de conexión, resultando indiferente para exigir su adecuación a la CE que tal punto de conexión sea el primero establecido en la norma de conflicto o que, por el contrario, existan otros de preferente aplicación en los que se reconozca a las partes cierto margen dispositivo. Todos los puntos de conexión, con independencia de si son establecidos en primer término o con carácter subsidiario, han de ajustarse a la CE*

El Abogado del Estado, comienza su razonamiento entendiendo que la cuestión de inconstitucionalidad carece de objeto y debe declararse mal planteada. Para sustentar tal afirmación se basa en que el carácter preconstitucional del artículo 9.2 CC habría determinado la pérdida de vigencia de éste por incompatibilidad con los artículos 14 y 32 CE y que, por tanto, la Ley 11/1990 habría producido la introducción de un nuevo régimen jurídico plenamente acomodado a los preceptos constitucionales, desplazándose la cuestión a cómo integrar la laguna producida por la pérdida de vigencia de la norma, en los años transcurridos desde la entrada en vigor de la CE y la Ley 11/1990. Cuestión que, como reiteradamente se ha afirmado, no corresponde resolver al TC en el ejercicio de sus competencias propias y específicas.

Asimismo, sostiene que el artículo 9.2 CC podía ser ya aplicado en el proceso *a quo* en la nueva redacción dada por la Ley 11/1990, por lo que la cuestión carecía *ab initio* de objeto. Este razonamiento vendría avalado por el criterio seguido en el ATC 438/1990, que declaró terminada una cuestión de inconstitucionalidad por desaparición sobrevenida del objeto, dado que el precepto cuestionado había recibido nueva redacción acomodada a la CE por la Ley 11/1990, que entró en vigor después de admitida la cuestión de inconstitucionalidad.

Ante estos dos planteamientos, el TC entiende, en primer lugar, que la cuestión de inconstitucionalidad que ahora se resuelve se distingue del caso del ATC 438/1990 ya que el juez no ha de tomar una decisión conforme a la ley vigente al tiempo de adoptarla, sino que ha de aplicar una norma que produjo un efecto jurídico instantáneo en el pasado y que prolonga sus efectos en el presente. En segundo lugar, afirma que cuando la duda de constitucionalidad se plantea en relación con normas preconstitucionales, el órgano judicial puede optar por resolver por sí mismo la eventual contradicción o también puede optar por deferir la cuestión a la jurisdicción constitucional (SSTC 17/1981 y 126/1997 entre otras).

Lo anteriormente razonado coloca al TC en situación de afrontar si el artículo 9.2 CC es o no contrario a los artículos 14 y 32 CE.

Partiendo de la base de que el TC para realizar el juicio sobre la vulneración del principio de igualdad viene exigiendo, de un lado que, «*como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000)*, y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean homogéneas o equiparables (STC 1/2001)», no cabe duda de que el artículo 9.2 CC introduce una diferencia de trato entre el varón y la mujer pese a que ambos se encuentran, en relación al matrimonio, en la misma situación jurídica, y que, por tanto, se opone a los artículos 14 y 32 de la CE.

Todo ello conduce al TC a estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad, correspondiendo a los órganos judiciales integrar, por los medios que el Ordenamiento jurídico pone a su disposición, la eventual laguna que la anulación del precepto cuestionado pudiera producir.

STC 46/2002, de 25 de febrero.

RA: Desestimado.

Ponente: Conde Martín de Hijas.

Conceptos: Honor, intimidad y libertad de información. Divulgación de la existencia de antecedentes penales sin averiguar si estaban cancelados. Veracidad de la información.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1, d) CE.

El caso tiene su origen en una noticia de prensa en la que se decía lo siguiente: «*La sentencia [...] del Tribunal Supremo absuelve a Ramiro G.M de un delito continuado de falsedad en documento privado y de la pena de seis meses y un día de prisión a que fue condenado por la Audiencia Provincial de Zaragoza, y que no hubiera tenido más remedio que cumplir por tener antecedentes por hurto.*» A la vista de esta información, el ciudadano absuelto inició acciones civiles en defensa de su honor, intimidad e imagen que, a la postre, fracasaron, lo que le llevó a plantear recurso de amparo.

El Tribunal Constitucional delimita en primer lugar los derechos en conflicto. Por una parte el de comunicar libremente información veraz (el comentario sobre las consecuencias que habrían podido tener los antecedentes si la sentencia no hubiera sido absolutoria, pertenece más bien al ámbito de la opinión, pero se considera inocuo). Por otra, los derechos al honor y a la intimidad (carece de relevancia la invocación del derecho a la imagen, pues este sólo atribuye a su titular «*un derecho o facultad a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales*», FJ 4).

La cuestión se centra básicamente en la divulgación de la existencia de unos antecedentes penales por hurto que efectivamente existían pero habían sido ya cancelados. Pese a ello, la referencia a los mismos aparecía en la sentencia de la Audiencia y, en la medida en que la reproducía, también en la del Tribunal Supremo. El Constitucional admite que «*en principio, la divulgación de los antecedentes penales de una persona [...] puede constituir una intromisión ilegítima en el derecho al honor [...] e incluso, que la información relativa a un aspecto tan sensible de la vida de un individuo como son sus antecedentes penales, puede llegar a lesionar su intimidad, en la medida*

en que puedan convertirse en una fuente de información sobre la vida privada de una persona o familia (en este sentido, STC 144/1999). Pese a ello, rechaza el amparo.

En cuanto al honor, porque tratándose de hechos, lo esencial es la veracidad y ésta no puede ponerse en cuestión cuando el periodista se limita a recoger lo que consta en la sentencia: «*Ningún deber de diligencia quebranta el informador al transmitir inalterado un dato contenido en la sentencia que es objeto de la noticia. [...] La fuente [...] que proporciona [el] dato reúne las características objetivas que la hacen fidedigna, seria, fiable y solvente.*» (FJ 6.) Y en cuanto a la intimidad: «*Lo que se difunde es un dato que ya se ha hecho público por las sentencias de las que procede. Y no se ve bien cómo la publicación de algo que es oficialmente público pudiera afectar a la intimidad o constituir cualquier otra clase de injerencia ilegítima*» (FJ 7).

STC 47/2002, de 25 de febrero.

RA: Desestimado.

Ponente: Pérez Vera.

Conceptos: Libertad de información y de opinión. Imputación de hechos delictivos. Falta de veracidad.

Preceptos de referencia: artículos 20.1, a) y 20.1, d) CE.

La recurrente en amparo, concejal en su municipio, había sido condenada a raíz de haber imputado al Alcalde un delito de cohecho. El TC entiende que no se trataba de un problema de opinión –como sostén la recurrente– sino de información. El primero, recuerda el TC citando sentencias anteriores (STC 6/1988 y STC 223/1992), «*tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor*», mientras que el segundo «*versa, en cambio, sobre hechos*», estando sometido a la exigencia de veracidad (FJ 3). Tratándose de un supuesto delito de cohecho, y aunque a la recurrente no podía exigírsela una prueba plena, sí le correspondía haber llevado a cabo una mínima actividad probatoria, más allá de la simple imputación. Por este motivo se deniega el amparo.

STC 48/2002, de 25 de febrero.

RA: Estimado.

Ponente: Casas Baamonde.

Conceptos: Sistema legal de valoración de daños en el ámbito de la circulación de vehículos a motor. Baremos.

Preceptos de referencia: Artículos 14 y 24.1 CE, Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

La presente sentencia concede parcialmente el amparo a la pretensión del demandante que considera vulnerados el derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en la aplicación del sistema legal de valoración de daños de la Ley 30/1995 con ocasión de un accidente de tráfico.

El demandante –taxista, víctima de un accidente de tráfico– alega la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) al entender que se ha

producido una discriminación por razón personal en la aplicación de los baremos de la Ley 30/1995. Sostiene que ha sido discriminado respecto de quienes sufren daños en el marco de otra actividad y también respecto de aquellos que sólo sufren daños materiales, pues ninguno de ellos queda sometido a los baremos de la Ley 30/1995 y, por tanto, pueden acceder a la reparación íntegra de los daños y perjuicios producidos. En su caso, el hecho de haber sufrido daños personales y materiales se convertiría en factor de discriminación, dado que el sometimiento a los baremos de la Ley 30/1995 implica una limitación de la indemnización por todos los daños y perjuicios producidos. En particular, dada su condición de taxista, sostiene que los perjuicios producidos en concepto de lucro cesante no han sido indemnizados en su integridad.

Responde a ello el Tribunal Constitucional que, como ya se estableció con carácter general en la STC 181/2000 de 29 de junio y en la sentencia 242/2000 de 16 de octubre, «*el tratamiento diferenciado establecido en la Ley 30/1995 no introduce desigualdad alguna entre las personas, ya que, de un lado, la diversidad jurídica de regímenes en materia de responsabilidad civil no se articula a partir de categorías de personas o de grupos de las mismas, sino en atención exclusivamente al específico ámbito o sector de la realidad social en el que acaece la conducta o actividad productora del daño; y, de otro, el diverso tratamiento jurídico que dicha Ley efectúa entre los daños corporales o personales, a los que somete a una cuantía resarcitoria máxima, y los daños en las cosas, cuya reparación no está sujeta a límites cuantitativos, no infringe el principio de igualdad, ya que la regulación legal se aplica por igual a todas las personas, y en todas las circunstancias, sin que se constate la presencia de factores injustificados de diferenciación entre colectivos diversos*» (FJ 2).

El demandante argumenta también la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), puesto que la aplicación de los baremos de la Ley 30/1995 le ha impedido conseguir la reparación íntegra de los perjuicios que le ocasionó el accidente en lo relativo al lucro cesante, ya que como resultado del accidente por culpa ajena sufrió una incapacidad temporal cuyos daños no le han sido resarcidos. Señala a este respecto el Tribunal Constitucional, haciendo referencia a la STC 181/2000 que efectivamente «*la aplicación automática de los baremos contenidos en la Tabla V apartado B) del Anexo de la Ley 30/1995, vulnera este derecho en la medida en que impida la reparación íntegra de los perjuicios causados, siempre que se acrediten perjuicios superiores derivados de daños de carácter personal, determinantes de “incapacidad temporal”, y en la medida en que tengan su “causa exclusiva en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho lesivo”*».

Entiende el Tribunal Constitucional que en este caso ha quedado suficientemente acreditada la incapacidad temporal del recurrente y que además el órgano judicial consideró que dicha incapacidad, resultado de las lesiones sufridas en el accidente, tenía causa exclusiva en la culpa relevante de otro conductor, y puesto que «*la Sentencia de instancia aplicó el factor de corrección correspondiente del apartado B) de la Tabla V del Anexo de la Ley 30/1995, entendiendo con ello satisfecha la pretensión de indemnización de los perjuicios ocasionados por la inactividad profesional del lesionado –taxista de profesión–, esto es, del lucro cesante, ha de concluirse que, ciertamente, se produjo la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en la medida en que la aplicación de dicha limitación ha impedido la reparación íntegra del daño causado*» (FJ 3).

Por todo lo anteriormente expuesto, el TC otorga parcialmente el amparo solicitado al reconocer que sí se ha vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

STC 52/2002, de 25 de febrero.

RA: Desestimado.

Ponente: Conde Martín de Hijas.

Conceptos: Honor, intimidad y libertad de información. «Antecedentes penales» y «antecedentes policiales». Falta de diligencia en el tratamiento de la información.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1, d) CE.

La sentencia guarda relación con la 46/2002, si bien en el presente caso el problema era otro pues la información publicada aludía a la existencia de «antecedentes penales» (por violación) cuando en realidad éstos eran sólo «policiales». El TC, reiterando argumentos de la referida STC 46/2002, rechaza la demanda de amparo de la periodista y otros condenados por haber dañado el honor e intimidad del aludido. Sin duda la fuente de la información (la Jefatura Superior de Policía) era seria y solvente. Pero el periodista cometió el error de sustituir «policiales» por «penales», pasando así la información a ser totalmente inveraz en un aspecto sustancial. Por otra parte, el TC no deja de observar que los datos controvertidos –que afectaban también a la intimidad– carecían de relevancia en el contexto de la noticia.

STC 74/2002, de 8 de abril.

RA: Estimado.

Ponente: García-Calvo.

Conceptos: Igualdad en la aplicación de la Ley. Precedentes. Cambio de criterio arbitrario.

Preceptos de referencia: Artículos 9.3 y 14 CE.

Desde fechas muy tempranas se suscitó ante el TC la cuestión de la posible infracción de derechos fundamentales por apartarse un órgano judicial de sus propios precedentes. La sentencia que nos ocupa no hace sino mantener la doctrina sentada en otras decisiones, en el sentido de que los órganos judiciales no están vinculados por sus propias decisiones anteriores. Pueden apartarse de ellas, aunque –y aquí radica el problema– siempre que lo hagan de una forma consciente y no arbitraria. En caso contrario infringen el artículo 14 CE, que exige igualdad también en la aplicación de la Ley. En palabras del TC, que resumen su propia doctrina: «*Un mismo órgano judicial no puede cambiar arbitrariamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en supuestos esencialmente iguales sin una argumentación razonada de dicho cambio que permita deducir que existe un apartamiento del precedente que responda a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta ad personam. Ello no impide que los órganos judiciales puedan cambiar su criterio y apartarse conscientemente de sus resoluciones precedentes, pero este apartamiento del precedente ha de ser consciente y razonable.*

nablemente fundamentado o, en ausencia de una motivación expresa, ha de resultar patente que existe un efectivo cambio de criterio, bien por inferirse con certeza del contenido de la propia resolución, bien por existir otros elementos de juicio externo que así lo indiquen, lo cual suele ocurrir cuando existen otros pronunciamientos posteriores coincidentes con la línea abierta por la resolución impugnada. Por ello, resultará vulnerado el derecho a la igualdad en esta vertiente cuando se acredita que la resolución que es objeto del recurso de amparo significa una ruptura ocasional de la línea que el propio órgano judicial viene manteniendo con uniformidad en supuestos esencialmente iguales (por todas, SSTC 200/1990, de 10 de diciembre, FF. 2 y 3; 25/1999, de 8 de marzo, F. 5; 176/2000, de 26 de junio, F. 3; 57/2001, de 26 de febrero, F. 2; 111/2001, de 7 de mayo, F. 2; 122/2001, de 4 de junio, F. 2 y 193/2001, de 1 de octubre, F. 3), siempre y cuando concurran los requisitos de alteridad y existencia de precedente judicial en el que se aprecien las notas de generalidad y continuidad pues, de no concurrir cualquiera de ellos, conforme a nuestra doctrina, se produciría la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 CE por el resultado arbitrario que supone que un mismo asunto litigioso obtenga respuestas judiciales distintas (SSTC 150/2001, de 2 de julio, FF. 3 y 4; 162/2001, de 5 de julio, FF. 2 y 4; y 229/2001, de 26 de noviembre, FF. 2 y 4).» (FJ 3.)

En el caso planteado, el recurrente invocaba como término de comparación diversas sentencias de la Sección Quinta de la AP de Sevilla en las que se sostendía «que el contrato de compraventa –respecto de la vivienda de la que cada demandado venía siendo inquilina se perfeccionó en el momento en que cada uno de los demandados aceptó la correspondiente oferta de la actora (concurso de oferta y aceptación que se habría producido en todos los casos en el mes de febrero de 1993), y que en ese mismo momento se produjo también la transmisión de la propiedad ya que, al venir poseyendo la cosa el adquirente en concepto de arrendatario, se habría producido una traditio espiritualizada (constitutum posesorium), suficiente para estimar producido dicho efecto transmisor» (FJ 4). Por el contrario, en la sentencia que motiva el recurso de amparo, la propia Sección Quinta de la AP de Sevilla, en un caso idéntico, «remite la consumación del contrato de compraventa, con el correspondiente efecto transmisor del dominio, no al momento de la perfección del contrato (fecha de aceptación de la oferta de venta [...]) sino al momento de otorgamiento de la correspondiente escritura pública de compraventa» (FJ 5). La inexistencia de argumento alguno, explícito o implícito, para ese cambio de criterio lleva al TC a entender que «se trata de una modificación ad casum» (FJ 7), lo que determina la concesión del amparo pedido.

STC 76/2002, de 8 de abril.

RA: Estimado.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Honor y libertad de información. Diligencia exigible.

«Reportaje neutral» e información que el medio asume como propia.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1, d) CE.

La sentencia se refiere a un artículo en el que (dejando al lado un error, prontamente rectificado en el propio medio, acerca de unos inexistentes ante-

cedentes penales, *vid.* las SSTC 46 y 52/2002) se recogían las sospechas de los familiares de la víctima de un asesinato acerca del posible autor del crimen al que se identificaba. El aludido se querelló contra el director del diario quien, al ser condenado por la AP de Almería, recurrió en amparo alegando la violación de la libertad de información. El TC estima el amparo, distinguiendo —a efectos de la diligencia exigible para que la información sea veraz— entre el «reportaje neutral» y el que el medio asume como propio. En este sentido señala que: «*Es doctrina de este Tribunal que el específico deber de diligencia que incumbe al informador es exigible con diferente grado de intensidad en función de que la noticia se presente como una comunicación neutra, en cuanto procedente de la originaria información de otro medio de comunicación o fuente informativa, de la que simplemente se da traslado (SSTC 336/1993, de 15 de noviembre, y 41/1994, de 15 de febrero), o bien de que se trate de una información asumida por el medio y su autor como propia, en cuyo caso el deber de diligencia para contrastar la veracidad de los hechos comunicados no admite atenuación o flexibilidad alguna, sino que su cumplimiento debe ser requerido en todo su rigor. Para los supuestos de reportaje neutral el deber de diligencia se satisface con la constatación de la verdad del hecho de la declaración, pero no se extiende en principio a la necesidad de constatar la verdad de lo declarado, pues tal responsabilidad sólo sería exigible por lo general al autor de la declaración (STC 52/1996, de 26 de marzo.)» (FJ 3.)*

Sobre la base de la citada distinción, el TC resume su doctrina sobre el «reportaje neutral» en los siguientes términos:

«a) *El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTC 41/1994, de 15 de febrero, F. 4, y 52/1996, de 26 de marzo, F. 5). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones (STC 190/1996, de 25 de noviembre, F. 4 b).*

b) *El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero, F. 4). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 de junio, F. 5) y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación (STC 6/1996, de 16 de enero, Voto Particular), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido.*

c) *En los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (STC 232/1993, de 12 de julio, F. 3). Consecuentemente la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones (SSTC 240/1992, F. 7, y 144/1998, F. 5.)» (FJ 4.)*

En aplicación de la doctrina anterior, el TC concluye que, en el caso debatido, el reportaje era en efecto neutral, toda vez que se limitaba a recoger las sospechas de la familia de la víctima del crimen, sin hacerlas propias («*se percibe el distanciamiento del articulista respecto de las opiniones de la familia*», FJ 4) y, además, la noticia tenía clara relevancia social.

STC 77/2002, de 8 de abril.

RA: Desestimado.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Tutela judicial efectiva. Tutela civil y tutela penal del derecho al honor. Extinción de la acción civil por ejercicio de la penal. Delitos perseguibles de oficio y a instancia de parte. Caducidad y prescripción.

Preceptos de referencia: Artículos 1.2 y 9.5 LO 1/1982 y 24.1 CE.

La sentencia se ocupa de un asunto ciertamente interesante, relacionado con la doble vía –penal y civil– existente para actuar en defensa del honor lesionado. El caso tiene su origen en unos comentarios radiofónicos (noviembre de 1985), por los que la persona aludida interpuso querella criminal contra dos periodistas. La querella se presentó en Madrid (febrero de 1986) y acabó siendo resuelta en Barcelona (marzo de 1991), mediante Auto que decretó el sobreseimiento y archivo por no considerarse los hechos constitutivos de delito «*con reserva a favor de la parte querellante de las acciones que en el orden jurisdiccional civil pudiera ejercitar por los posibles daños y perjuicios sufridos*».

En junio de 1991, la afectada acudió a la vía civil, al amparo de la LO 1/1982. Su demanda fue parcialmente estimada en primera instancia y la apelación de los demandados fracasó. Sin embargo, el TS aceptó el recurso de casación y, en sentencia de 28 de septiembre de 1998, declaró extinguida (por haberse optado por la vía penal) y, en cualquier caso, caducada la acción civil (en aplicación del art. 9.5 LO 1/1982: «*Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitárlas*»). La argumentación del TS se recoge en la sentencia del TC en los siguientes términos: «*La Sentencia del Tribunal Supremo que ahora se recurre en amparo declara la caducidad de la acción civil en aplicación del artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982. La Sala sienta por primera vez el criterio de que el ejercicio de la acción penal lleva consigo el efecto de la extinción de la acción civil por tratarse del ejercicio de un derecho de opción, y argumenta que la posibilidad de ejercer la vía civil después de agotada la penal equivaldría a mantener indefinidamente la posibilidad reclamatoria, lo que sería contrario al espíritu de la Ley Orgánica 1/1982, que emplea el instituto de la caducidad, y no el de la prescripción, para el plazo de ejercicio de las acciones. Por otro lado da por caducada la venciente civil en virtud del transcurso del tiempo y considera que, según el artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982, el dies a quo para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción es aquel en el cual el legitimado pudo ejercer las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas. La recurrente pudo elegir la vía civil al conocer la intromisión, pero optó por la vía penal, habiendo transcurrido cinco años cuando finalizó el procedimiento penal por Auto de sobreseimiento, sin que la extensa duración de su tramitación haya perjudicado el transcurso del plazo de caducidad al no constituir un supuesto de fuerza mayor*» (FJ 1.)

La recurrente entendía que la sentencia del TS había vulnerado su derecho a la tutela judicial. El mismo parecer sostenía el Ministerio Fiscal: «*Respecto a la declaración de extinción de la acción civil alega que la conclusión de la Sala, según la cual el ejercicio de la acción penal lleva consigo la extinción de la acción civil, no se apoya en ninguna norma vigente, y contradice el artículo 116 LECrim, que únicamente otorga virtualidad extintiva de la acción civil al*

ejercicio de la acción penal cuando, producido tal ejercicio, se declara por sentencia firme que no ocurrió el hecho del que nace la acción civil, lo cual no se dio en el presente caso, como estableció el Auto de sobreseimiento. En relación a la caducidad apreciada por la Sala señala que, a pesar de la dicción literal del artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982, el plazo que allí se fija puede considerarse de prescripción, y, por ende, susceptible de interrupción por el ejercicio de la acción, conforme a lo dispuesto en el artículo 1973 CC. El Fiscal considera que el criterio interpretativo del Tribunal Supremo también es contrario al artículo 24 CE porque supone un sacrificio desproporcionado de intereses, dado que las víctimas de intromisiones ilegítimas en su derecho al honor que decidieran ejercer la acción penal deberían plantear su demanda civil antes de cuatro años para acceder a la jurisdicción, demanda que tendría que archivarse o paralizarse hasta que recayera Sentencia en el proceso penal, en cuyo caso el destino de la demanda dependería del contenido de la resolución que pusiera fin al proceso penal.» (FJ 1.)

Conviene pues distinguir las dos razones –diferentes pero relacionadas– en las que el TS basa su decisión. Como se verá, la primera queda en entredicho. No así la segunda, cosa que basta para la desestimación del recurso de amparo.

a) Extinción de la acción civil por ejercicio de la penal.–El artículo 1.2 LO 1/1982, en su redacción originaria, disponía que: «*Cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código Penal. [...]»* (la actual, resultante de la DF 4.^a del Código Penal dispone: «*El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9 de esta Ley. [...]»*). La norma transcrita, en combinación con las reglas de la LECrim, «llevó a la jurisprudencia del Tribunal Supremo a distinguir según que se tratase de delitos que, por afectar a funcionarios públicos o autoridades, fuesen perseguitables de oficio o, por el contrario, fuesen perseguitables a instancia del ofendido mediante denuncia o querella según los casos, por no ser los perjudicados afectados en consideración a ninguna condición pública» (FJ 4).

Cuando se trataba de delitos perseguitibles de oficio, «el Tribunal Supremo entendió que la apariencia delictiva de los hechos determinaba, a tenor del artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982, que hubiera de conocer la jurisdicción penal con preferencia absoluta. Esta línea jurisprudencial, que se inicia con la STS de 11 de noviembre de 1988 y continúa con las de 27 de enero, 7 y 23 de febrero, 17 de marzo, 14 de abril, 22 de junio, 6 y 14 de julio, y 11 de octubre de 1989, 4 de octubre y 14 de noviembre de 1991, dio lugar a estimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción o a la desestimación de los recursos de casación que se deducían por su estimación en las sentencias de instancia» (FJ 4). En esta situación, prosigue el TC, vino a dictarse la STC 241/1991 (amparo contra la STS de 17 de marzo de 1989) «en la cual se realizan dos afirmaciones de capital importancia. De una parte que no es discriminatoria la existencia de un doble régimen de preferencia de la jurisdicción penal y la civil según que se trate de hechos que, de entenderse delictivos, sean perseguitibles de oficio o a instancia de parte. De otro lado que nada obsta a que el funcionario o la autoridad personalmente afectados por los hechos pueda, concluso el proceso penal, continuar con el ejercicio de la acción civil de protección de su derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen establecida en la Ley Orgánica 1/1982 que resultó suspendida por la tramitación de la causa penal» (FJ 4). «A partir de esta

Sentencia constitucional la jurisdicción ordinaria acomoda sus resoluciones a ella en los supuestos en los que los hechos pretendidamente lesivos del derecho al honor pueden ser constitutivos de delito público, de lo que son buena muestra las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1992, 26 de enero de 1993, 6 de febrero y 12 de marzo de 1996, y, últimamente, la de 4 de junio de 2001.» (FJ 4.)

Por el contrario, si el supuesto delito es sólo persegurable a instancia de parte, «*la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido, en una línea constante, al particular ofendido la posibilidad de optar por la protección de su derecho a través de la jurisdicción civil o de la penal, de suerte que en ningún caso existiría una preferencia de la jurisdicción penal que hiciese apreciable la incompetencia de la jurisdicción civil. Ejercitada la opción por una u otra jurisdicción el ejercicio de la acción se somete al régimen jurídico establecido para cada una de ellas. De ello son exponente las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1986, 23 de marzo y 22 de octubre de 1987, 11 de octubre y 6 de diciembre de 1988, 11 de abril de 1989, 13 de julio de 1992 y 14 de marzo de 1996» (FJ 4).*

«*En consecuencia, en lo que se refiere a la primera de las especialidades de las que arranca el Tribunal Supremo en la Sentencia aquí recurrida en amparo, cabe afirmar que, tratándose de hechos que de ser constitutivos de delito serían persegubles sólo a instancia de parte, siempre ha reconocido el derecho de opción por la protección a través de la jurisdicción penal o la civil. A esta jurisprudencia constante se acomodó también en la resolución aquí impugnada, haciéndolo explícito en el fundamento jurídico tercero, párrafos quinto, duodécimo, decimotercero y decimosexto, sin que, de otra parte, la existencia de tal opción haya sido cuestionada en sí misma, sino en las consecuencias que de su ejercicio ante la jurisdicción penal se pudieran derivar en orden a la subsistencia de la acción civil.» (FJ 4.)* Esta última precisión es importante pues, de hecho, el TC acaba admitiendo que la tesis de que el ejercicio de la acción penal extingue la civil sí podría lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva (*vid. infra*).

Para las consecuencias de una eventual concesión de amparo cuando, seguida la vía penal, se ha llegado a una sentencia absolutoria que, sin embargo, no es anulada por la del TC, ver en esta misma reseña la STC 148/2002.

b) Caducidad de la acción civil.—«*La segunda peculiaridad o singularidad del supuesto enjuiciado por el Tribunal Supremo en la Sentencia objeto de este recurso de amparo reside en la trascendencia que se otorga al hecho de que el plazo para el ejercicio de las acciones de protección establecidas en la Ley Orgánica 1/1982 sea de caducidad y no de prescripción. Tal circunstancia hace que, en el segundo de los argumentos de la Sentencia impugnada, al que ahora ceñimos nuestro razonamiento, se entienda que cuando se formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, tras el sobreseimiento de la causa penal, el plazo de caducidad de la acción había ya vencido porque el ejercicio de la acción penal no supuso interrupción ni suspensión de su curso, lo que determina la absolución de la demanda.»*

No hay duda de que «*el legislador ha acudido al instituto de la caducidad de la acción por el transcurso de cuatro años, plazo que, no sobra recordar, es bastante más dilatado que los de un año y seis meses establecidos tanto para la prescripción de los delitos de calumnias o injurias en el artículo 113 del entonces vigente Código Penal como en el artículo 1968 del Código Civil en relación con “la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia”.» (FJ 5.)*

Sobre esa base, el TS entiende que «*el ejercicio de la acción penal por la que primeramente optó la demandante de amparo, no puede producir el efecto de la interrupción ni de la suspensión del plazo de caducidad sin una previsión normativa expresa que así lo establezca*» (FJ 5). «*Es la singularidad de que la norma legal acuda al instituto de la caducidad para regular el plazo de ejercicio de la acción de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (arts. 1.1 y 9.5 Ley Orgánica 1/1982), y, consiguientemente, la certeza en las relaciones jurídicas que con ello se afirma que pretende el legislador ordinario, lo que lleva al Tribunal Supremo a apreciar, en el segundo de los razonamientos esgrimidos para casar la Sentencia allí recurrida, que en los supuestos en que la persecución penal es privada existe un distinto régimen jurídico de articulación del ejercicio de la acción civil regulada en la Ley Orgánica 1/1982 en relación a la penal, separándose así de la ordenación general establecida en los artículos 100 a 117 LECrim. Se inicia de esta manera, motivadamente, una línea jurisprudencial que luego alcanza continuidad, y acaso mayor claridad expositiva, en la ya citada Sentencia de 31 de julio de 2000 (en la cual se afirma tajantemente la inaplicabilidad del art. 114 LECrim) y que, por arrancar del hecho cierto y diferencial de la caducidad de la acción civil establecida en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 por el transcurso de cuatro años, no pasa de constituir una cuestión relativa a la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria que, con los límites expuestos con anterioridad por referencia a nuestra STC 160/1997, de 2 de octubre (RTC 1997, 160), corresponde en exclusiva a los órganos de la jurisdicción ordinaria en virtud de la delimitación que de sus funciones se efectúa en el artículo 117 CE según la interpretación mantenida por este Tribunal al delimitar su propia jurisdicción.*» (FJ 5.)

En resumen, en esta sentencia, el TC rechaza el amparo porque entiende correcta –como remitida a la jurisdicción– la aplicación del instituto de la caducidad. Pero deja abierta la primera cuestión (extinción de la acción civil por ejercicio de la penal), dando a entender –con una claridad que, no obstante, deja que desear– que, de haberse invocado también el derecho sustitutivo (honor) y no sólo la tutela judicial, la decisión podría haber sido otra: «*[...] aun cuando el otro de los argumentos empleados por el Tribunal Supremo para casar la Sentencia recurrida (que el ejercicio de la acción penal lleva consigo el efecto de la extinción de la acción civil por tratarse del ejercicio de un derecho de opción) pudiera resultar lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que cupiera entenderse que contradice frontalmente lo dispuesto en el artículo 116 LECrim [...].*» (FJ 6.)

STC 83/2002, de 22 de abril.

RA: Estimado.

Ponente: García Manzano.

Conceptos: Intimidad e imagen y libertad de información. Publicación inconsentida de fotografías privadas de persona con proyección pública y tomadas con su autorización en lugar público.

Preceptos de referencia: Artículo 8.2, a) LO 1/1982 y artículos 18 y 20 CE.

El caso es análogo, casi idéntico, al resuelto por STC 139/2001 y recibe la misma solución. Su origen está en la publicación en la revista «Diez Minutos» de unas fotografías en las que aparecía el Sr. Alberto A. con la Sra. Mar-

garita H. en una playa, besándose. Las fotografías fueron tomadas por un amigo del Sr. Alberto A. con la propia cámara de éste y con su consentimiento. Sin que conste cómo, llegaron a manos de terceros quienes, finalmente, las vendieron a la revista. El Sr. Alberto A. interpuso acción civil que fue estimada en primera instancia y apelación. Sin embargo, el TS fue de otro parecer: «*La Sentencia dictada en casación declaró que la publicación de las repetidas fotografías no vulneró los derechos a la intimidad y a la propia imagen del recurrente al considerar, en primer lugar, que el reportaje publicado estaba amparado por la libertad de información; en segundo lugar, por estimar que los usos personales del recurrente y los usos sociales en general eliminan el concepto de intromisión en la intimidad; y en tercer lugar, por concurrir la exclusión de la intromisión al derecho a la imagen que contempla el artículo 8.2 a) de la Ley Orgánica 1/1982. La Sala funda tales declaraciones en tres circunstancias: que el demandante es persona de proyección pública, que se da un interés general de la información, y que la imagen se tomó en lugar abierto al público, como es una playa.*» (FJ 1.)

El TC estima el amparo, entendiendo que se han vulnerado tanto la imagen como a la intimidad del recurrente. En sustancia, el TC –reiterando la doctrina de la STC 139/2001– recuerda que el carácter público de una persona no le priva de esos derechos, constitucionalmente autónomos. En cuanto a la imagen, resulta esencial en la decisión el hecho de que la revista publicase las fotografías «*sin averiguar su procedencia ni obtener el consentimiento del recurrente*» (FJ 4). Por otra parte, el TS «*no tuvo en cuenta en su juicio de ponderación la naturaleza privada y el carácter personal y familiar de las fotografías ni su forma de obtención [por la revista]*» (FJ 4). En cuanto a la intimidad, el TC rechaza que la libertad de informar pueda justificar la publicación de imágenes pertenecientes a la vida privada y carentes por completo de relación con los aspectos –profesionales– determinantes de la relevancia pública de la persona afectada.

STC 99/2002, de 6 de mayo.

RA: Desestimado.

PONENTE: Delgado Barrio.

Conceptos: Honor e intimidad. Libertad de expresión y «befa». Persona «pública» y persona «de notoriedad pública». ¿Derecho al olvido?

Preceptos de referencia: Artículos 18 y 20.1, a) y d) CE.

Un periodista publicó, en sendos números de una revista de difusión nacional, dos textos cuyo protagonista principal era la Sra. Marta Ch., «persona de notoriedad pública» en el sentido que precisa la propia sentencia del TC, distinguiéndola de la «persona pública»: «*Ya hemos dicho en reiteradas ocasiones que los denominados personajes que poseen notoriedad pública (pues ese podría ser el caso de la actora civil en la medida en que no se ha acreditado que ejerza o desempeñe función o cargo público alguno que motive los comentarios de los que fue objeto en la revista "Epoca"), esto es, aquellas personas que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, o que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de esa relevancia pública, pueden ver*

limitados sus derechos con mayor intensidad que los restantes individuos como consecuencia, justamente, de la publicidad que adquiera su figura y sus actos (SSTC 134/1999, de 15 de julio, F. 7; 192/1999, de 25 de octubre, F. 7; 112/2000, de 5 de mayo F. 8; 49/2001, de 26 de febrero, F. 7; STEDH Caso Tammen, del 6 de febrero de 2001).» (FJ 7.)

Los textos en cuestión –que pueden verse transcritos en la sentencia del TC– consistían en una retahíla de comentarios y apreciaciones sobre la Sra. Marta Ch. y sus relaciones personales. En el primero se incluía la frase que, a la postre, sería determinante para la decisión del TC: «*no se debe andar por ahí sin bragas y en adulterio flagrante.*» Con ella se aludía a un hecho que, en su día, alcanzó notoriedad, dando lugar a una sentencia del TS (17 de julio de 1993) en la que se estimó la demanda de la Sra. Ch. por violación de su intimidad e imagen. El segundo texto tenía como argumento central la concesión a la Sra. Ch. del título de «Lady España» y la oferta que se le habría hecho para anunciar una marca de ropa interior. En ambos casos, se incluían alusiones a un escándalo político–financiero protagonizado por quien fuera pareja de la Sra. Ch., aunque ésta no tuviera relación alguna con él. En cualquier caso, el conjunto de los textos revelaba con claridad que el centro de atención no era tanto el referido escándalo como la propia Sra. Ch. y su vida personal.

La Sra. Ch. planteó demanda civil en defensa de su honor e imagen. La demanda fue desestimada, por la AP de Madrid, que anuló la sentencia de primera instancia favorable a la actora. No obstante, el TS, en casación, acogió la demanda. Coincidiendo con la sentencia de primera instancia, el TS entendió que el demandado se había excedido en la forma de manifestación de sus opiniones, innecesariamente vejatorias. El periodista recurrió en amparo alegando la violación del derecho a la tutela judicial y de la libertad de expresión.

El TC considera que, en efecto, el problema no es de libertad de información (hechos, datos...) sino de expresión u opinión (ideas, valoraciones...), lo que nos sitúa en «*un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas (por todas, SSTC 200/1998, de 14 de octubre y 112/2000, de 5 de mayo; STEDH, caso Castells, 23 de abril de 1992, Bergens Tiedende y otros, de 2 de mayo de 2000, Lopes Gomes da Silva, de 28 de septiembre de 2000 y Tammen, de 6 de febrero de 2001).*» (FJ 5).

Sobre esta base, el TC entiende que el segundo de los textos publicados está amparado por la libertad de expresión: «*Bastará indicar que los comentarios irónicos dirigidos a la señora Ch. no pueden calificarse de formalmente injuriosos ni de innecesarios, en la medida en que se la alude y critica al hilo de la valoración que se formula de cierto galardón con el que había sido agraciada y de la campaña publicitaria cuyo papel protagonista le fue ofrecido, por lo que constituyen un ejercicio de la libertad de expresión que no ha lesionado ni la intimidad ni el honor de la señora Ch.*» (FJ 8.)

No sucede lo mismo con el primer texto, en el que se incluía la frase transcrita al comienzo de esta reseña y sobre la cual el TC hace dos apreciaciones. La primera afecta a lo que podríamos describir como *derecho al olvido*: «*El dato en ella mencionado, fue, efectivamente, de conocimiento público, como consecuencia de la publicación de ciertas fotos, lo que integraba ya una vulneración del derecho a la intimidad, tal como declaró la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia de 17 de julio de 1993 (RJ 1993, 6458). Y así las cosas, será de destacar que la publicación ilícita de elementos a todas*

luces incluidos en el ámbito reservado propio de la intimidad, no destruye la protección del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.1 CE, es decir, no permite la reiteración de la publicación, que sigue integrando lesión del derecho, manteniendo en la memoria pública el dato e incluso ampliando el campo de personas que llegan a conocerlo.» (FJ 8.) La segunda apreciación se refiere a la forma empleada por el periodista y coincide con la valoración del TS: «Considerando la frase en su conjunto, y ateniéndonos a los valores y criterios sociales vigentes en la actualidad, ha de concluirse que su contenido y tono sarcástico dan lugar a un resultado vejatorio que atenta contra la dignidad de la aludida, dañando su imagen social y afectando negativamente a su reputación y buen nombre, lo que, como ya hemos dicho en otras ocasiones, constituye una incuestionable lesión del derecho al honor (SSTC 105/1990, de 6 de junio, F. 8; 170/1994, de 7 de junio, FF. 3 y 4; 240/1992, de 21 de diciembre, F. 8; 112/2000, de 5 de mayo, F. 9).» (FJ 8.)

STC 121/2002, de 20 de mayo.

RA: Desestimado.

Ponente: Pérez Vera.

Conceptos: Honor e intimidad. Libertad de información. Persona privada involucrada en hechos de relevancia pública. Divulgación de un hecho de veracidad no discutida (haber ejercido la prostitución), pero perteneciente a la intimidad y, sobre todo, innecesario para satisfacer el derecho ciudadano a recibir información veraz.

Preceptos de referencia: Artículos 18 y 20.1, d) CE.

El caso tiene su origen en un reportaje publicado por la revista «Cambio 16» («El crimen de la Ribera») y que el TC resume en los siguientes términos: «En este trabajo periodístico se narran las circunstancias de un robo con homicidio perpetrado en el término municipal de Cortes (Navarra), que conmocionó al vecindario de Mallén y a toda la Ribera del Ebro, habiendo tenido un considerable eco en los medios escritos y audiovisuales. La autora del crimen, según Sentencia firme de la Audiencia Provincial de Pamplona, fue doña María Petra N., que era amiga de la víctima, doña Julia María V., y de la señora V., identificada en el artículo como “Aurora V”, acompañando el texto de una fotografía con un pie de foto que reza: “La amiga de Petra, con el cuñado y la hermana de Julia”. Como ha quedado reflejado en los antecedentes de esta Sentencia, el artículo periodístico relata entre otros extremos que la señora [Aurora] V. se separó de su marido y recibió ayuda de la señora N., quien la indujo a la prostitución, manteniendo ambas una estrecha relación afectiva. Asimismo, se explica que el móvil del crimen, según la autora, fueron los celos que ésta sintió por la progresiva aproximación entre la señora [Aurora] V. y la señora [Julia María] V., a la que finalmente quitó la vida.» (FJ 1.)

La cuestión afectaba a la libertad de información y no se centraba en la veracidad de los hechos y datos (que nadie discutió) sino en su relevancia. En palabras del TC, se trataba de «dilucidar si las afirmaciones por las que fue condenada civilmente la recurrente eran relevantes y necesarias para el interés público de la información, o por el contrario podían haberse evitado sin merma alguna del derecho de los ciudadanos a una información veraz» (FJ 4). A este respecto, el TC subraya que la diligencia del informador no se

limita a la veracidad, alcanzando también a «*la relevancia pública [...] del contenido de cada una de las noticias*» (FJ 4).

Con estas premisas, el TS deniega el amparo razonando que: «*Es cierto que la relación afectiva entre la señora [Aurora] V. y la autora del crimen se vincula directamente con los móviles del mismo, y es innegable que el conocimiento del móvil de la conducta criminal tiene en este caso trascendencia informativa lo que podría excluir la lesión de los Derechos Fundamentales invocados. Pero, en cualquier caso el dato relativo a que la señora [Aurora] V. fue inducida a la prostitución carece de trascendencia informativa en relación con el crimen relatado, y revela innecesariamente un aspecto de su vida privada que, además, la hace desmerecer del concepto público, al vincularla a una actividad socialmente reprobada que proyecta sobre ella un juicio negativo. Se trata en suma de una persona privada involucrada en un suceso de relevancia pública, de la que se comunican "hechos que afectan a su honor o a su intimidad manifiestamente innecesarios e irrelevantes para el interés público de la información" (STC 105/1990, de 6 de junio, F. 8). La difusión de este dato carece pues de la relevancia pública necesaria para atribuirle valor alguno en la formación de la opinión pública sobre el hecho que constitúa el objeto central del reportaje periodístico (STC 138/1996, de 16 de septiembre, F. 5.)» (FJ 5).*

STC 123/2002, de 20 de mayo.

RA: Desestimado.

Ponente: Casas Baamonde.

Conceptos: Secreto de las comunicaciones. Libertad de comunicaciones: incluye contenido e identidad de los interlocutores.

Preceptos de referencia: Artículo 18.3 CE.

Parece este un buen momento para recordar lo que constituye doctrina del Constitucional en relación al concepto y contenido del derecho fundamental al «secreto de las comunicaciones». Si bien en este caso se desestima el recurso, se hace por entender que la «intromisión» estaba justificada. Los hechos no son especialmente relevantes, aunque sí lo es la distinción entre el derecho al secreto de la comunicación y el derecho a la intimidad (que no sea conocido ni divulgado su contenido). De todas formas, para centrar el caso, los expondremos brevemente.

La policía está investigando una posible estafa y descubre que el local desde el que potencialmente se opera (la sede de la teórica empresa) está permanentemente cerrado, teniendo concedidas dos líneas telefónicas que se desvían de modo automático a un tercer teléfono. Para averiguar el destinatario de las llamadas y autor de la posible estafa, la policía solicita y consigue, previa autorización judicial que se emitió mediante Providencia, el listado de los destinos de las llamadas. Descubierto el sujeto titular del teléfono al que se desvían las llamadas, se procedió a solicitar autorización judicial para la entrada y registro del domicilio del presunto delincuente y destinatario último de las llamadas a través de las que se materializaba el delito.

Se instruyó procedimiento y los implicados resultaron condenados por estafa. Una de las personas condenadas (esposa o compañera sentimental del principal condenado), es también usuaria del teléfono y solicitó en amparo –entre otros motivos– que se anulara la prueba consistente en el listado de las llamadas, por entender que los datos aportados pertenecen a la esfera privada

de la demandante. En opinión de la demandante el derecho al secreto de las comunicaciones alcanza «*no solo a las conversaciones, sino también a los interlocutores y teléfonos que se utilicen*» por lo que la prueba debió haberse practicado en virtud de resolución debidamente motivada que exprese la necesidad de las mismas para las indagaciones en curso, y que el resultado no pudiera obtenerse por otro medio.

El TC reafirma el concepto que mantiene de secreto de las comunicaciones entendiendo que «*cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores. Así, hemos declarado en aquella ocasión [STC 114/1984, de 29 de noviembre] que “rectamente entendido”, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE “consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así –a través de la imposición a todos del ‘secreto’– la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje –con conocimiento o no del mismo– o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo) [...]. Y puede también decirse que el concepto de ‘secreto’, que aparece en el artículo 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los correspondentes. La muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre de 2 de agosto de 1984 –caso Malone– reconoce expresamente la posibilidad de que el artículo 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado ‘comptage’, permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma”*». “*Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de ‘comunicación’*”, añadimos, “*la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado*”. Y concluimos: “... el concepto de ‘secreto’ en el artículo 18.3 tiene un carácter ‘formal’, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”» (FJ 11.)

«*Esta doctrina ha sido reiterada recientemente en la STC 70/2002, de 3 de abril. En su fundamento jurídico 9 precisamos que “el artículo 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente” y que “la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos”, de modo que la protección de este derecho alcanza a las interferencias habidas o producidas en un proceso de comunicación.*» (FJ 4.)

La pregunta reside en determinar si el registro de llamadas y la entrega del listado a la policía afecta al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones protegido en el artículo 18.3 CE o al derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE). Pues bien «*con palabras de la STC 114/1984, el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) protege implícitamente la libertad de las comunicaciones y, además, de modo expreso, su secreto. De manera que la protección constitucional se proyecta sobre el proceso de comunicación mismo cualquiera que sea la técnica de transmisión utilizada (STC 70/2002) y con independencia de que el contenido del mensaje transmitido o intentado transmitir –conversaciones, informaciones, datos, imágenes, votos, etc.– pertenezca o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado (STC 114/1984). El derecho al secreto de las comunicaciones protege a los comunicantes frente a cualquier forma de interceptación o captación del proceso de comunicación por terceros ajenos, sean sujetos públicos o privados (STC 114/1984)» (FJ 5).*

Este derecho garantiza a los interlocutores o comunicantes la confidencialidad de la comunicación telefónica que comprende el secreto de la existencia de la comunicación misma y el contenido de lo comunicado, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino; y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión –eléctrico, electromagnético u óptico, etc.– de la misma.

Por consiguiente, podríamos afirmar, y es lo que se intentaba en este resumen aclarar, que se ha producido una restricción del derecho al secreto de las comunicaciones. Aunque lo cierto es que en este caso, la limitación no implica vulneración del derecho fundamental. En este sentido el TC considera que «*en la medida en que la exigencia de resolución judicial a efectos de limitar un derecho fundamental posee carácter material, pues han de ser los Jueces y Tribunales los que autoricen el levantamiento del secreto de las comunicaciones ponderando la proporcionalidad de las medidas que afecten a este derecho fundamental y controlen su ejecución, hemos de considerar que, aunque desde luego la resolución judicial debe adoptar la forma de auto, excepcionalmente también una providencia, integrada con la solicitud a la que se remite, puede cumplir las exigencias constitucionales en un caso como el analizado en el que se trata de autorizar el acceso a los listados telefónicos por parte de la policía. Ello sucederá si la providencia integrada con la solicitud policial a la que se remite contiene todos los elementos necesarios para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la proporcionalidad de la limitación del derecho fundamental» (FJ 7).*

STC 124/2002, de 20 de mayo.

RA: Estimado.

Ponente: Conde Martín de Hijas.

Conceptos: Tutela judicial efectiva. Indefensión. Situación de desamparo. Acogimiento preadoptivo.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE; artículo 1828 LEC; artículo 173 CC.

Los demandantes de amparo, y a su vez acogedores en régimen de preadoptación de dos menores, impugnan un Auto de la Sección Sexta de la Audiencia

cia Provincial de Sevilla que denegó su personación en los autos acumulados de oposición al desamparo y de acogimiento, procedentes del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, así como el Auto posterior, que inadmitió a trámite, al no haber sido admitida su personación en el proceso, el recurso de súplica contra el auto anterior.

Los recurrentes imputan a la primera de las resoluciones judiciales mencionadas la vulneración a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso al proceso, aduciendo al respecto su condición de acogedores preadoptivos de los dos menores durante tres años, que los hace titulares de un interés legítimo para comparecer en un procedimiento en el que se tramitan conjuntamente un expediente de oposición a la declaración de desamparo y un expediente de acogimiento familiar preadoptivo. Además también alegan haber padecido una vulneración del derecho de acceso a los recursos legalmente previstos.

Por su parte la representación procesal de la madre biológica de los dos menores se opone a la estimación del amparo al entender que el interés de los menores quedó salvaguardado por la actuación del Ministerio Fiscal y la Administración sin que fuera necesario tener en cuenta el interés de los hipotéticos adoptantes.

El Ministerio Fiscal manifiesta que en este supuesto es indudable que los acogedores preadoptivos de los menores tienen derecho a ser oídos en el procedimiento. Finalmente la Letrada de la Junta de Andalucía también se pronuncia a favor de los recurrentes, ya que entiende que ostentan un interés legítimo respecto a la resolución que recayó en el procedimiento.

Delimitadas las posiciones de quienes han comparecido en el proceso de amparo, la cuestión a dilucidar por el TC consiste en determinar si ha existido vulneración del derecho a tutela judicial efectiva de los recurrentes.

En su pronunciamiento, el TC reitera su doctrina (SSTC 71/1991, 210/1992, 30/2000, 56/2001) señalando que *«el artículo 24.1 CE impone que cualquier derecho o interés legítimo obtenga tutela efectiva de los Jueces y Tribunales y que dicho precepto constitucional habilita a quienes ostenten algún derecho o interés legítimo, que pueda verse afectado, para comparecer y actuar en el procedimiento»* (FJ 3).

Asimismo, en lo que interesa a este recurso de amparo, el TC ha declarado en relación con el desarrollo de procedimientos a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que *«en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos [...] tanto los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, que son intereses y derechos que obligan a rodear de las mayores garantías, los actos judiciales que les atañen»* (SSTC 114/1997, FJ 6; 298/1993, FJ 3).

Finalmente, el TC precisa que estos procedimientos no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas, sino que se amplían *ex lege* las facultades del juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente el interés superior del menor.

Así pues, a la luz de la doctrina constitucional expuesta, el TC entiende que no cabe negar a los recurrentes un evidente interés legítimo en el objeto del procedimiento, a fin de personarse y ser oídos en el mismo y declara que para restablecerles en la integridad del derecho a la tutela judicial efectiva, ha de declararse la nulidad de los Autos de la Sección Sexta de la Audiencia Pro-

vincial de Sevilla y de todas las actuaciones posteriores al primero de ellos, retrotrayendo las actuaciones judiciales al momento procesal relativo a la solicitud de personación de los demandantes de amparo en el procedimiento.

STC 133/2002, de 3 de junio.

RA: Estimado.

Ponente: Jiménez de Parga.

Conceptos: Igualdad en la aplicación de la Ley. Cambio de criterio no justificado.

Preceptos de referencia: Artículo 14 CE.

Se trata de una más de las sentencias que aplican la conocida doctrina del TC respecto del cambio de criterio por parte de los órganos judiciales. Se reproduce seguidamente el párrafo más significativo: «*Es obligado concluir que, de la lectura de la Sentencia recurrida en amparo y de las aportadas como término de comparación, sólo se deduce, en cuanto al tema que nos ocupa, la diferente solución que le dan aquélla y éstas. Mas no puede saberse –dada la omisión de toda justificación del cambio por parte de la Sentencia ahora impugnada– si ello se debe bien a un diferente criterio de interpretación de las normas de aplicación (de modo que pudiera considerarse como la manifestación de una nueva doctrina general aplicable a los casos futuros), bien a una obligada toma en consideración de algún supuesto fáctico o elemento de prueba, presente en este caso, que conduzca necesariamente o pueda razonablemente conducir a tal conclusión diferente (supuesto fáctico o elemento de prueba del que tampoco nada se dice en la Sentencia recurrida); todo lo cual lleva inexorablemente a entender que estamos en presencia de un cambio de criterio que no aparece basado en una modificación de la línea doctrinal pro futuro, sino que, por el contrario, se trata de una modificación ad casum.*» (FJ 8.)

STC 136/2002, de 3 de junio.

RA: Estimado.

Ponente: Casas Baamonde.

Conceptos: Tutela judicial efectiva. Prescripción de acciones civiles derivadas de falta.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE.

Tras un accidente automovilístico que requirió una larga hospitalización y convalecencia posterior, los recurrentes (italianos de origen y residentes en aquel país) se encontraron con que el juicio de faltas que se había incoado tras el atestado policial, había resultado archivado al no haberse interpuesto denuncia por el ofendido. La primera noticia que los recurrentes recibieron de la situación procesal, a pesar de estar plenamente identificados y a pesar también de conocerse su domicilio, fue precisamente la notificación de archivo.

Cuando en ese momento, al recibir la notificación del archivo, presentan la reclamación civil de los daños, tanto el Juzgado como la Audiencia desestiman la pretensión por entender que la petición de responsabilidad se realiza

fuera de plazo, ya que, al no haber presentado los perjudicados la «necesaria» denuncia, fue su propia pasividad la que impidió el nacimiento de la acción penal (faltas del art. 586 bis del Código penal) y por consiguiente, el efecto suspensivo del plazo de ejercicio de la acción civil de responsabilidad por daños.

Sostienen los recurrentes que las referidas resoluciones judiciales vulneran su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en el artículo 24.1 por cuanto no tomaron en consideración, a efectos del cómputo del plazo de prescripción, que no fueron informados de la existencia del proceso penal, que nunca intervinieron en el mismo ni recibieron notificación de su archivo, resulta excesivamente formalista y contraria al citado derecho fundamental.

Después de excluir razones de tipo procesal, el TC recuerda su reiterada jurisprudencia sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Al respecto reitera la idea de que *«este derecho se satisface mediante el acceso de las partes al proceso sin limitación de garantías ni impedimento alguno para alegar y demostrar en el proceso los propios derechos (STC 40/1994, de 15 de febrero, entre otras) y mediante la obtención de una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho, tanto si resuelve acerca del fondo de la pretensión de las partes, como si se inadmite la acción o recurso en virtud de la aplicación, razonada en Derecho y no arbitraria, de una causa legal debidamente acreditada (STC 220/1993, de 30 de junio, entre otras)»* (FJ 3).

Entrando en el fondo del recurso y por lo que se refiere a la apreciación de la prescripción, el TC reitera que la apreciación de la existencia o no de prescripción es una cuestión de legalidad ordinaria que, por lo general, no alcanza relevancia constitucional. Ahora bien, cuando se trata no del cómputo del plazo, sino de la propia existencia de la prescripción, la cuestión es de indudable trascendencia pues puede determinar la imposibilidad de obtener la tutela de los jueces para su reconocimiento y protección. El análisis de la relevancia constitucional de esta vulneración ha de realizarse, por lo tanto, desde la constatación de si el titular del derecho ha podido ejercitarlo ante los Tribunales sin impedimentos derivados de factores ajenos a su voluntad y, lógicamente, dentro de las circunstancias fácticas del asunto enjuiciado (SSTC 42/1997, de 10 de FFJJ 2 y 3 c; y 298/2000, de 11 de diciembre, FJ 7).

El TC considera que existen otros datos relevantes que no fueron convenientemente valorados por los órganos judiciales: 1) que los recurrentes no fueron llamados al proceso, a pesar de estar debidamente localizados; 2) no se hizo a los recurrentes el correspondiente ofrecimiento de acciones como perjudicados, ni se les concedió la posibilidad de personarse en el proceso; 3) no se practicara la notificación a los demandantes del Auto de archivo de las actuaciones penales, a pesar de que tenían un evidente interés en la decisión, que implicaba el inicio del plazo para el ejercicio de la acción civil.

Por estas razones el TC considera que el órgano judicial civil no podía anudar a la falta de personación de los recurrentes en la vía penal consecuencias jurídicas negativas, interpretando la misma como abandono de la acción civil y declarándola prescrita, pues la falta de personación de los demandantes de amparo no puede atribuirse a su falta de diligencia.

«Por ello y como sucedió en los supuestos analizados en la STC 220/1993, de 30 de junio, citada por el Ministerio Fiscal, y también en las SSTC 89/1999, de 26 de mayo, y 298/2000, de 11 de diciembre, casi idén-

ticos al actual, con la diferencia de que en éste ni siquiera se les comunicó a los recurrentes la apertura del procedimiento penal, hemos de declarar que las Sentencias del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial lesionaron el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes de amparo. Dicha lesión se ocasionó al no examinar la cuestión de fondo suscitada, con una interpretación del cómputo del plazo de prescripción de la acción civil que al no otorgar relevancia a lo sucedido en la vía penal, en particular, a los anteriores elementos fácticos, las omisiones en las notificaciones de las resoluciones que indudablemente afectaban a los intereses de los recurrentes, acarreó como consecuencia la declaración de prescripción de la acción civil, impidiendo materialmente el acceso al proceso al no enjuiciar la pretensión resarcitoria ejercitada por los demandantes.» (FJ 6.)

STC 148/2002, de 15 de julio.

RA: Desestimado.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Honor y libertades de información y expresión. Opción por la vía penal. Acción penal desestimada y amparo. Veracidad y relevancia de la información. Manifestaciones poco gratas pero no vejatorias vertidas en el contexto de un debate.

Preceptos de referencia: Artículos 18 y 20.1, a) y d) CE.

La petición de amparo denegada por el TC trae causa de un proceso penal «*iniciado mediante querella criminal interpuesta por don Francisco Javier G. B., sargento del cuerpo de policía local del Ayuntamiento de Silla (Valencia) [contra] don Francesc B. M., Alcalde de dicho municipio [...] por las declaraciones realizadas el 16 de febrero de 1995 ante determinados medios de comunicación, en las que se refirió al demandante de amparo como una persona violenta que había agredido a un compañero en Foios, que intentaba perjudicar la imagen de la Policía Local de Silla, que realizaba un chantaje ante el cual ni él ni otros funcionarios del Ayuntamiento iban a ceder, que se le habían abierto varios expedientes disciplinarios, y que estaba frustrado profesionalmente. Dichas manifestaciones, que fueron difundidas por diversos medios escritos y audiovisuales, las realizó el querellado en una rueda de prensa convocada por él, a solicitud de algunos medios, con el propósito de responder a unas previas manifestaciones públicas del recurrente, que tuvieron amplio eco en la opinión pública, en las cuales denunció la existencia en el Ayuntamiento de Silla de unas fichas policiales de supuestos detenidos que afectaban a la intimidad de éstos al referirse a sus conductas privadas» (FJ 1). Inicialmente el Alcalde fue condenado como autor de un delito de injurias leves, pero la Audiencia le absolvió, dirigiéndose el recurso de amparo contra la sentencia correspondiente.*

Con estas premisas, el TC centra su atención en dos extremos. De un lado, el sentido del amparo cuando se ha dictado una sentencia penal absolutoria, cuya nulidad –además– no procede declarar. De otro, la cuestión de fondo, es decir, si las manifestaciones del Alcalde estaban o no amparadas por las libertades de expresión e información.

a) **Protección penal del honor y sentencia absolutoria.**–El TC subraya el hecho de que «*el demandante optó en su día por la vía penal para la protec-*

ción de su honor» (FJ 3). Y añade: «El dato resulta ciertamente relevante, por cuanto este Tribunal ha declarado que, si bien el recurso de amparo no es cauce idóneo para pedir una condena penal, dada la inexistencia de un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona (por todas, STC 215/1999, de 29 de noviembre, F. 1), de ello no cabe deducir que, cuando se haya acudido a la vía penal como medio de reacción contra las vulneraciones de los derechos fundamentales de carácter sustantivo, y dichos órganos judiciales no hayan dictado Sentencia condenatoria, quede excluido que este Tribunal pueda pronunciarse sobre la existencia o inexistencia de la vulneración constitucional alegada. Como indicamos en la STC 21/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 21) (F. 2), en tales casos corresponde a este Tribunal revisar las decisiones que en relación a los derechos fundamentales alegados haya podido adoptar la jurisdicción penal, al ser éste el objeto propio y específico del recurso de amparo constitucional» (FJ 3).

¿Qué efectos puede tener entonces la eventual concesión del amparo con la consiguiente anulación de la sentencia penal?... No parece que quepa iniciar acciones civiles, toda vez que éstas –aun en la hipótesis de que no hubieran quedado extinguidas por el ejercicio de la acción penal– estarían ya caducadas (*vid.* en esta reseña la STC 77/2002). La respuesta del TC es la siguiente: «Ahora bien, dado que esta revisión constitucional tiene como objeto sentencias absolutorias, su alcance queda reducido únicamente a comprobar si el órgano judicial ha adoptado su decisión tras efectuar, en un auténtico proceso, una interpretación y una aplicación constitucionalmente correctas del derecho fundamental alegado; y, de no ser así, a declarar lesionado el derecho fundamental, pero sin que tal pronunciamiento conlleve, a su vez, la declaración de nulidad de la resolución judicial impugnada. En estos supuestos, caso de otorgarse el amparo, el recurrente sólo podría obtener la protección del derecho fundamental que estimase lesionado mediante un pronunciamiento declarativo, previsto en el artículo 55.1 b) LOTC, en el que se reconociera el derecho fundamental o la libertad pública cuya lesión hubiese motivado la demanda de amparo. Tal debe ser el alcance de un eventual fallo estimatorio en estos casos, sin que su carácter declarativo le prive de su efecto reparador, ya que a través de él, no sólo cabe obtener el reconocimiento del derecho, sino que, además de conseguirse esta reparación moral, pueden generarse otros efectos, al ser potencialmente fundamento de una futura indemnización (STC 218/1997, de 4 de diciembre, F 2)» (FJ 3.).

b) Honor y libertades de expresión e información.–En el caso, frente al honor, se situaban tanto la libertad de información como la de expresión. En cuanto a la primera, el TC entiende que se cumplían tanto la inexcusable exigencia de «veracidad» como la del «interés y la relevancia pública de la información divulgada» que «puede añadirse en ocasiones» a la anterior (FJ 4). En cuanto a la segunda, el TC llega a una conclusión semejante por considerar que, dado el contexto, las expresiones, aunque poco halagadoras, no eran gratuitamente injuriosas o vejatorias: «La intervención pública del Alcalde, que ha de enmarcarse en las circunstancias crónicas y tópicas en que tiene lugar y a las que ya nos hemos referido, se limita a la puesta en conocimiento de ciertos hechos que no se han revelado falsos y que se emiten en el marco de una contienda pública iniciada por el querellante, sin que las resoluciones judiciales destaqueen que el modo en que se formularon fuese hiriente, despectivo o gratuitamente ofensivo. En este sentido las expresio-

nes vertidas (que se trataba de una persona violenta con una reacción desesperada que intentaba perjudicar la imagen de la policía local de Silla, a cuyo chantaje no quería ceder el Alcalde, así como que se trataba de una persona frustrada profesionalmente con deseos de venganza y que en una ocasión agredió a un compañero), no adquieran una dimensión constitucionalmente relevante en la esfera del honor del demandante de amparo, pues una cosa es que las declaraciones cruzadas de los contendientes no sean halagadoras para ellos, y otra que, realizándose en el ejercicio del derecho a la información, lesionen el derecho al honor, lo que ocurriría si a la información vertida y no grata para aquellos a quienes se refiere se añadiese un plus ofensivo en la forma de emitirla, de suerte que resultara insultante o causara un gratuito e innecesario agravio a éstos. Y es que las expresiones proferidas, en su contexto, no alcanzan dimensión ofensiva si se valoran en relación con el momento y las circunstancias concretas del caso, extremos a los que ya nos hemos referido y en los que encuentran explicación lógica.» (FJ 6).

STC 174/2002, de 9 de octubre.

RA: Estimado.

Ponente: Vives Antón.

Conceptos: Incapacitación. Patria potestad. Tutela judicial efectiva. Indefensión.

Preceptos de referencia: Artículo 170 CC; artículo 24 CE, artículos 136 y 161 del Código de familia catalán; artículo 240 LOPJ, artículo 759 LEC.

El presente recurso de amparo tiene como objeto la impugnación de una sentencia que se dictó con defectos de forma que causaban indefensión al recurrente y padre del incapaz, ya que se prescindió del trámite establecido en el entonces vigente artículo 208 CC, al no citarlo para ser oído en el procedimiento en el que, tras declararse la incapacidad de su hijo, se rehabilitó la patria potestad exclusivamente de la madre, y no la de ambos progenitores.

Los derechos fundamentales que el recurrente considera vulnerados, y por los que solicita el amparo, son los de tutela judicial efectiva por la indefensión sufrida al no citarlo en el procedimiento, del artículo 24.1 CE y el derecho del presunto incapaz a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE.

Aunque la parte solo dirige su demanda contra la Sentencia dictada en el proceso de incapacidad, el TC entiende que la demanda también se dirige contra el Auto por el que el Juzgado inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones que el demandante del amparo planteó para intentar la reparación de las vulneraciones de los derechos fundamentales que ahora se alegan en el recurso de amparo.

Lo primero que destaca el TC en la formulación del recurso, es que «*el recurrente denuncia la lesión de un derecho fundamental ajeno: la violación del derecho a un proceso con todas las garantías que le correspondía a su hijo, en cuanto que era la persona frente a la que se pretendía la declaración de incapacidad*» (FJ 3). Sin perjuicio de lo que luego se diga sobre el fondo del recurso, el TC no duda en reconocer al recurrente legitimación para demandar la lesión del derecho al proceso con todas las garantías, aún no

siendo el titular del derecho fundamental presuntamente lesionado (SSTC 214/1991, 12/1994, 123/1989, 235/1997).

Despejado el problema de la legitimación, el TC considera que existe falta de diligencia procesal por parte del órgano judicial por no haber citado al demandante del amparo a fin de que pudiera ser oído en el procedimiento e incumplimiento del mandato del artículo 208 CC (actual artículo 759 LEC), que exigía, antes del pronunciamiento sobre la incapacitación de una persona, la audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz, en este caso, la audiencia del recurrente por su condición de progenitor.

Por lo que respecta a la indefensión sufrida por el recurrente al no haber podido intervenir en el proceso en el que se rehabilitó, sólo a favor de la madre, la patria potestad sobre su hijo incapacitado, el TC, como ya ha declarado reiteradamente en otras sentencias (SSTC 167/1992, 317/1993, 186/1993, 153/2001), entiende vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE al no haberle sido garantizado al recurrente «*el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos dentro de un procedimiento en el cual se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales*» (FJ 7).

Por ello, el TC declara la nulidad del referido juicio retrotrayendo las actuaciones al momento en el que se admitió la prueba de audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz propuesta por el Ministerio Fiscal, a fin de que se cite al ahora recurrente en amparo a los efectos de ser oído en el procedimiento.

STC 185/2002, de 14 de octubre.

RA: Desestimado.

Ponente: Vives Antón.

Conceptos: Intimidad y libertad de información. Irrelevancia de la veracidad. Divulgación de aspectos íntimos carentes de interés público noticiable.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1, d) CE.

La sentencia resuelve el recurso de amparo contra las sentencias que estimaron una demanda civil de protección de la intimidad, vulnerada por un reportaje periodístico en el que se informaba sobre una violación divulgando la virginidad de la agredida y proporcionando datos que la identificaban.

Para denegar el amparo pedido, el TC subraya la irrelevancia de la veracidad de la información estando en juego la intimidad: «*No es primordial para resolver este recurso la cuestión de si la noticia fue, en este caso, veraz o no, pues la intimidad que la Constitución protege, y cuya garantía civil articula la repetida Ley Orgánica 1/1982, no es menos digna de respeto por el hecho de que resulten veraces las informaciones relativas “a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre” (art. 7.3 de dicha Ley Orgánica), ya que, tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión (SSTC 197/1991, de 17 de octubre, F. 2 y 115/2000, de 10 de mayo, F. 7)» (FJ 4).*

Lo decisivo, a juicio del TC, es la relevancia de lo revelado. Y es aquí cuando la noticia se excede en relación con la libertad de información consti-

tucionalmente protegida. No por ser la afectada una persona privada, sino por la innecesidad de la divulgación de los datos controvertidos: «*Con los reportajes reseñados fueron desvelados de forma innecesaria aspectos relevantes de la vida personal y privada de la joven agredida sexualmente que debieron mantenerse reservados, como lo son su propia identidad y la circunstancia de su virginidad. Al desvelarse de forma indirecta pero inequívoca su identidad (facilitando su edad, su nombre completo, las iniciales de sus apellidos y el número de la calle donde tenía su domicilio habitual), tales datos, como han puesto de relieve los órganos judiciales, permitieron perfectamente a sus vecinos, allegados y conocidos la plena identificación de la víctima, y con ello el conocimiento, con todo lujo de detalles, de un hecho tan gravemente atentatorio para su dignidad personal como haber sido víctima de un delito contra la libertad sexual, hecho éste sobre el que, como mínimo, ha de reconocerse a la víctima el poder de administrar su publicitación a terceros*» (FJ 4).

STC 218/2002, de 25 de noviembre.

RA: Estimado.

Ponente: Delgado Barrio.

Conceptos: Intimidad personal. Principio de legalidad penal.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 25.1 CE.

Don José Manuel G. G. cumple condena en un Centro Penitenciario. Al salir de una comunicación íntima con su esposa, y al llevar a cabo un cacheo integral, fue requerido por un funcionario para quitarse los calzoncillos y realizar flexiones en su presencia. Alegando que tal requerimiento era innecesario y arbitrario el demandante de amparo solicitó la presencia del Jefe de Servicios. Tras abandonar el funcionario por unos momentos el recinto, regresó asegurando haber hablado telefónicamente con aquél, quien se negó a personarse y dio instrucciones para que, de persistir el interno en su actitud, fuera conducido a aislamiento en celulares. Ante tal conminación, y expresando verbalmente su protesta, el demandante de amparo se desprendió de sus calzoncillos y efectuó las flexiones ante el funcionario. La Dirección del establecimiento, decide incoar expediente disciplinario al interno. Sin practicar prueba, la Comisión Disciplinaria, impone al hoy demandante de amparo, como autor de una falta la sanción de quince días de privación de paseos y actos recreativos comunes. El demandante de amparo recurrió la resolución ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria desestimó su recurso.

Entre otras alegaciones que practicó el recurrente en amparo interesa destacar la posible lesión a su derecho a la intimidad personal. El recurrente entendía que la medida no estaba justificada ya que ni el momento, ni su propia conducta podían fundamentar un cacheo integral ni la sanción por su resistencia a soportarla.

El problema que se plantea ha sido ya resuelto por el TC (STC 57/1994, de 28 de febrero y STC 204/2000, de 24 de julio) por lo que en la sentencia que ahora se contempla el Tribunal recoge y reitera aquella doctrina: «*El derecho a la intimidad personal consagrado en el artículo 18.1 aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia*

personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el artículo 10.1 reconoce. Entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana (SSTC 231/1988, F. 3; 179/1991, F. 3 y 20/1992, F. 3).

De la intimidad personal forma parte, según tiene declarado este Tribunal, la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (SSTC 37/1989, F. 7; 120/1990, F. 12 y 137/1990, F. 10)». (FJ 4).

Con referencia al concreto ámbito penitenciario, el contenido del derecho no puede ser tan amplio pero ello no impide que puedan considerarse ilegítimas, como violación de la intimidad «*aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere*» (STC 89/1987 FJ 2).

Los internos conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas de nuestro ordenamiento, con excepción, obvio es, de aquellos que son incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena; y también que las actuaciones penitenciarias deberán llevarse a cabo «*respetando, en todo caso, la personalidad humana de los recluidos y los derechos e intereses de los mismos no afectados por la condena*» (art. 3 LOGP), entre los que la legislación en esta materia expresamente garantiza el de la intimidad personal de los internos.

«De otra parte, es indudable que una medida de registro personal de los reclusos puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario. Y entre tales situaciones se halla ciertamente, aquella en la que existe una situación excepcional en el centro, con graves amenazas de su orden interno y su seguridad por el comportamiento de los reclusos, como se ha reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos (decisión de 15 de mayo de 1990, caso McFeel y otros) al declarar proporcionada a la finalidad perseguida una medida de registro similar a la aquí impugnada. [...] De manera que, al adoptar tal medida, es preciso ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger. Y bien se comprende que el respeto a esta exigencia requiere la fundamentación de la medida por parte de la Administración penitenciaria, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la autoridad penitenciaria, y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental». (FJ 4).

En el caso que ahora se examina falta toda mención de los motivos de seguridad concretos y específicos que determinaron la necesidad del cacheo integral. No existía amenaza para el buen orden del centro, ni del comportamiento del ahora demandante de amparo pudo sospecharse que pudiera poner en peligro la seguridad o la convivencia ordenada en el establecimiento. No puede entenderse justificación de la medida el que se trate de una actuación

habitual, cuando lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional es, por el contrario, que se hubiera constatado por la Administración Penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento, en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso (STC 57/1994, FJ 6).

STC 221/2002, de 25 de noviembre.

RA: Estimado.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Derecho a la integridad física y moral. Derecho a tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Artículos 15 y 24 CE.

Los recursos de amparo son interpuestos por el Ministerio Fiscal y por los guardadores de hecho de una menor impugnando un Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla.

El primero, considera que el Auto impugnado vulnera el derecho a la integridad moral de la menor, al no tomar en consideración hechos nuevos, consecuencia de la comparecencia de la menor ante el Juez de Primera Instancia poniendo de manifiesto que no quería volver con su familia adoptiva al sentir miedo hacia ella y del informe pericial emitido por un psicólogo en el que se ponía de manifiesto el alto riesgo que para la salud de la menor podía suponer su reincisión a la familia adoptiva.

Por su parte, los guardadores de hecho aducen, además de la vulneración del derecho a la integridad moral de la menor, la vulneración de diversos derechos que consagra el artículo 24 CE: el derecho a juez ordinario predeterminado por la Ley, el derecho al juez imparcial y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

El Ministerio Fiscal considera que los recurrentes carecen de legitimación para demandar el amparo que interesan y además, señala que las diversas vulneraciones al artículo 24 CE deberían inadmitirse por falta de invocación ante los órganos judiciales.

El TC considera que antes de entrar a analizar las vulneraciones de los derechos fundamentales que se alegan en los dos recursos de amparo, es preciso examinar si los guardadores de hecho carecen o no de legitimación para recurrir en amparo.

La doctrina del TC ha interpretado de forma muy amplia y flexible la noción de interés legítimo pudiendo tenerlo, no sólo los titulares del derecho fundamental que se considera invocado, sino también todos aquellos a quienes la supuesta lesión del derecho fundamental les haya podido ocasionar un perjuicio (SSTC 214/1991, 12/1994, 174/2002, entre otras), por lo tanto, considera legitimados a los guardadores de hecho para recurrir en amparo la resolución judicial que consideran lesiva de los derechos fundamentales de la menor que tienen a su cargo.

Asimismo, inadmite las quejas del Ministerio Fiscal en relación al artículo 24 CE.

Hechas las anteriores precisiones, al TC le corresponde verificar si la decisión de la Audiencia Provincial de revocar el Auto que dictó el Juez de Primera Instancia como consecuencia de la petición de auxilio formulada con

el fin de evitar el posible daño psíquico que podía ocasionar a la menor el retorno con su familia adoptiva, se ha justificado debidamente en orden a salvaguardar la integridad moral de aquella.

Al examinar el supuesto, el TC constata que la Audiencia Provincial rechaza la existencia de un peligro actual fundando su decisión en que ese peligro no existió en el pasado, sin ni siquiera entrar a verificar si en el momento en que se pronuncia se ha producido una situación de riesgo para la salud psíquica de la menor.

En consecuencia, el TC aprecia una vulneración por parte de la Audiencia Provincial del derecho a la tutela judicial efectiva al no respetar su Auto las exigencias constitucionales de motivación, máxime estando en juego la salvaguarda del derecho fundamental de la menor a la integridad moral. Además también entiende que vulnera el artículo 24 CE al no otorgar un trámite específico de audiencia a la menor.

Finalmente, el TC rechaza las quejas por las que los guardadores de hecho aducían la vulneración del derecho al juez imparcial y la vulneración al derecho a un juez ordinario predeterminado por ley.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: Josep Maria BECH SERRAT, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA

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. Actos contrarios a la ley: consecuencias jurídicas (art. 6.3 CC).—Afirma el TS que el citado precepto formula un principio jurídico que debe ser interpretado de forma flexible. Esto significa que no puede afirmarse que todo acto contrario a la ley conlleve siempre la sanción de la nulidad.

Actos contrarios a la ley: clasificación.—La Sala 1.^a del TS clasifica los actos contrarios a la ley en tres grupos: *a) actos contrarios a la ley cuya nulidad se funda en un precepto legal que expresamente prevé la citada sanción* (la nulidad del acto podrá declararse incluso de oficio); *b) actos contrarios a*

la ley, siendo ésta la que ordene, pese a ello, la validez del acto; y c) actos contrarios a la ley, sin que ésta se pronuncie expresamente sobre la nulidad o validez del acto en cuestión.

Actos contrarios a la ley cuando ésta no se pronuncia sobre su validez o nulidad: determinación de sus consecuencias jurídicas.—Afirma el TS (SSTS de 28 de julio de 1986, 17 de octubre de 1987 y 29 de octubre de 1990) que en este tipo de casos el juzgador debe analizar la naturaleza y la finalidad de la norma vulnerada, los móviles y las circunstancias del acto que infringe la ley, así como los efectos previsibles de dicho acto.

A la luz de las conclusiones que se extraigan del citado análisis, la autoridad judicial decidirá si declara la validez del acto (cuando «la levedad del caso así lo permite o aconseja») o, por el contrario, declara la nulidad del acto (cuando concurren trascendentales razones que permiten calificar al acto «como gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público»). (STS de 18 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Sociedad Cooperativa Limitada de Viviendas Previcáceres* interpone demanda contra don F. M. N. (socio de la cooperativa), solicitando se condene al demandado a pagar una determinada cantidad de dinero.

Al mismo tiempo, don F. M. N. y don A. S. M. interponen una demanda contra la citada *Sociedad Cooperativa*, suplicando se dicte sentencia en la que se declare la nulidad de todos los acuerdos aprobados por la Asamblea General extraordinaria de la sociedad cooperativa celebrada en octubre de 1994, porque en ella votaron personas que no tenían la condición de socios y se adoptaron acuerdos contrarios a la ley.

Se acordó la acumulación de autos a instancia de la *Sociedad Cooperativa Limitada de Viviendas Previcáceres*.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta por la *sociedad cooperativa* y desestima la demanda interpuesta por don F. M. N. y don A. S. M. Interpuesto recurso de apelación por estos últimos, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Téngase en cuenta que aunque los Fundamentos de Derecho de la presente sentencia hacen alusión a la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, la citada norma en la actualidad está derogada conforme a la DD 1.^a de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. (M. J. P. G.)

2. Renuncia de derechos: afectación a terceros como requisito de nulidad.—(...) se denuncia la infracción del artículo 6 del CC y de los artículos 3 y 4 del Estatuto de los Trabajadores, afirmándose que la renuncia efectuada es nula al afectar a derechos irrenunciables, por tratarse de derechos nacidos de la relación laboral de un trabajador del que dependen sus hijos, por lo que además la misma afecta a derechos de terceros, como son sus hijos y su esposa.

Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que los derechos que el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, declara absolutamente indisponibles son aquellos reconocidos por disposiciones legales de Derecho necesario

o los reconocidos como indisponibles por Convenio Colectivo. Evidentemente no concurre ninguna de dichas notas en los derivados de un accidente de trabajo, que son los que se discuten en la presente litis.

Por otra parte, la alegación del recurrente podría ser atendible si nos halláramos ante una renuncia anticipada de derechos, es decir ante un pacto que tuviese por objeto la renuncia anticipada a reclamar indemnización alguna por cualquier eventual accidente que el recurrente pudiera llegar a sufrir en el futuro, en el curso de su prestación laboral para la empresa a la que le unía su contrato de trabajo.

Sin embargo, en el presente supuesto el accidente ya se había producido y, como afirma el Tribunal de instancia, el recurrente ya conocía la totalidad de las circunstancias y de las consecuencias lesivas del mismo. Podía, por ello, llegar a una transacción como la que llevó a efecto y en la que estuvo presente asimismo su esposa.

Al tratarse de lesiones e incapacidades que han afectado al propio sujeto que percibe la indemnización que ha convenido con la parte obligada al pago de la misma y que renuncia a cualquier otra reclamación sobre el particular, no puede pensarse que exista otro perjudicado distinto del mismo lesionado que está adoptando decisiones acerca de derechos ya incorporados a su patrimonio y de acciones judiciales de las que ya se halla investido, por lo que su actuación afecta únicamente a sus propios intereses, que son en este caso los únicos jurídicamente relevantes. Sin duda de alguna manera pueden resultar afectados los intereses generales de los hijos ante una reducción de ingresos futuros derivada de la incapacidad laboral de su progenitor, pero evidentemente no por eso se convierten aquellos en titulares de un interés jurídico tutelable distinto o diferenciable del que en méritos de la situación corresponde a la persona que la sufre y que es quien, disponiendo de plena capacidad de obrar como en el presente caso sucede, se encuentra legitimado tanto para reclamar su protección como para abstenerse de hacerlo si entiende que el perjuicio sufrido ha sido suficientemente reparado. (**STS de 11 de julio de 2002; no ha lugar.**)

HECHOS.—Don O. A. J. interpone dos demandas consecutivas contra *Construcciones Valderrama, S. A. y Banco Vitalicio, S. A.* En la primera interesa la condena de ambas entidades al abono de setenta y dos millones de pesetas más los intereses legales y, además a la aseguradora al pago del 20 por 100 de dicha suma desde la fecha del accidente sufrido cuando prestaba servicios laborales para la constructora. En la segunda solicita la declaración de nulidad de la renuncia a cuantas acciones pudieran corresponderle como consecuencia de dicho accidente que había otorgado ante Notario. El Juzgado de Primera Instancia desestimó ambas pretensiones. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia del Juzgado. No ha lugar al recurso de casación que el actor interpone. (*R. G. S.*)

3. Ley aplicable a la sucesión.—En virtud de lo dispuesto en el artículo 9.1 CC procede la aplicación de la ley de la nacionalidad del causante a la sucesión, criterio que responde al principio de unidad y universalidad de la sucesión. Afirma el TS (entre otras, SSTS de 15 de noviembre de 1996 y de 21 de marzo de 1999) que estos principios no se ven vulnerados si dicha

ley personal del causante reenvía a otra regulación toda la sucesión. Tal reenvío estará legitimado en aquellos casos en los que la herencia del causante se componga únicamente de bienes inmuebles, todos ellos situados en un país distinto del de la nacionalidad del causante.

Principio de audiencia de parte.—No puede considerarse vulnerado el artículo 238.3.º LOPJ, relativo al principio de audiencia de parte, ante cualquier restricción en el ejercicio de los derechos de los legitimarios preteridos. Tan sólo podremos considerar vulnerado tal principio en los casos en los que su preterición afecte a hipotéticos derechos de otros legitimarios que estén a su vez preteridos y que no hayan sido parte en el proceso. (STS de 23 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña V. G. C. como representante legal de su hija (S. W. G), demanda en juicio declarativo de menor cuantía a doña V. M. C, solicitando se declare a su hija S. legitimaria en la sucesión de su difunto padre D. F. M. J. W., así como la reducción de la institución de heredero y la nulidad de los posibles actos de disposición que la demandada pudiera haber realizado en perjuicio de la menor.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y declara a S. legitimaria. Apelada la sentencia, la Audiencia desestimó el recurso interpuesto por la demandada y estima parcialmente el interpuesto por la actora, al mantener su condición de legitimaria y declarar haber lugar a la reducción de la institución de heredero en la parte que perjudique a su legítima. Recurrida en casación esta resolución, el TS declara no haber lugar al recurso. (S. E. M.)

4. Doctrina de los actos propios.—El principio general de Derecho que sostiene la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, como consecuencia del principio de buena fe y de la exigencia de observar una conducta coherente dentro del tráfico jurídico, exige que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una situación afectante a su autor y asimismo que exista una contradicción o incompatibilidad según el sentido de la buena fe que hubiera de atribuirse a la conducta precedente —SS, por citar tan sólo las recientes, de 18 de enero de 1990, 5 de marzo de 1991, 4 de junio y 30 de octubre de 1992, 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993, 17 de diciembre de 1994, 31 de enero, 30 de mayo y 30 de octubre de 1995, 21 de noviembre de 1996, 29 y 30 de abril, 12 de mayo, 15 de julio, 30 de septiembre y 30 de noviembre de 1998, 4 de enero, 13 de julio, 1 de octubre y 16 de noviembre de 1999, 23 de mayo, 25 de julio y 25 de octubre de 2000, 27 de febrero, 16 y 24 de abril y 7 de mayo de 2001, y un largo etcétera—. No se cumple en el motivo la exigencia de esta reiterada doctrina jurisprudencial. Lo alegado en el motivo no supone actos inequívocos de crear, modificar o extinguir una relación jurídica, ni existe contradicción, ni incompatibilidad según la buena fe a la atribución de la conducta de los actores.

Los actos aducidos en el motivo, ni alteran el *status* jurídico preexistente, ni son incompatibles en el parámetro de la buena fe con la conducta reclamante de la demanda y el motivo, por su ausencia de fuerza sucesoria, tiene que perecer de forma inexcusable. (STS de 20 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. y doña C. reclaman a *Nepor, S. A.*, don J. L., doña B. y *Solpi, S. A.*, la entrega de los documentos necesarios para obtener la cédula de habitabilidad de un chalet más la indemnización correspondiente a los perjuicios derivados de la negativa a entregar la documentación mencionada. Igualmente pretenden que se condene a los demandados a efectuar los trabajos necesarios para eliminar el riesgo de invasión del chalet por aguas y materiales procedentes del colector de la urbanización en que está enclavado. Exigen, por último, la condena al pago de los daños y perjuicios causados por la invasión de agua y piedras que destruyó la piscina y el muro de cerramiento de la parcela. El Juzgado estima parcialmente la demanda condenando a *Solpi, S. A.* y *Nepor, S. A.*, a la entrega de los documentos y a indemnizar de los perjuicios causados. Apelada la sentencia del Juzgado, la Audiencia la revoca parcialmente. *Solpi, S. A.*, interpone recurso de casación alegando, entre otros motivos, infracción de la doctrina de los actos propios en tanto que los recurridos poseen y disfrutan el chalet desde la fecha de la escritura de la compraventa. El TS, con base en razones de carácter procesal, declara no haber lugar. (R. G. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

5. Derecho de la persona: cambio de sexo: mujer a varón: doctrina del TS: necesidad de cumplir los tres pasos quirúrgicos secuenciales que describe el Panel de expertos 2001 elaborado a instancias del Pleno del Senado.—En los casos resueltos por las SSTS de 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989 y 19 de abril de 1999, se había completado el proceso quirúrgico de reasignación de sexo, logrando la adecuación del fenotipo personal al sexo al que los interesados sentían pertenecer, a fin de poner remedio al trastorno de identidad de género que sufría, advirtiendo que todos ellos suponen cambio de varón a mujer. En el presente caso, cambio de mujer a varón, sólo se ha realizado el primero de los tres pasos o gestos quirúrgicos secuenciales del proceso de reasignación sexual, mediante la cirugía de cambio de sexo en transexuales de este grupo, que ahora se describe en el Informe elaborado en noviembre de 2001 por el panel de expertos sobre identidad de género que ha coordinado la Agencia de Evaluación de Tecnología Sanitarias del Instituto de Salud Carlos III del Ministerio de Sanidad y consumo, respondiendo a la moción del Pleno del Senado que insta al Gobierno a elaborar un protocolo que contemplase actuaciones homogéneas sobre intervención a personas transexuales. Para realizar el tratamiento quirúrgico completo faltan a la actora dos etapas, en primer lugar la resección del útero y los ovarios, y finalmente la reconstrucción del pene, bien a través de metaidoio-plastia, bien por medio del procedimiento más complejo de la faloplastia.

Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.—A la vista de las sentencias dictadas en los casos *Van Oostewijc, Rees, Coosey, Sheffield y Horsham* acumulados, y, finalmente, los casos *E. y Goodwins* contra Reino Unido, caben destacar las siguientes afirmaciones: 1) El TDHE desde 1986 se ha declarado repetidamente consciente de la gravedad de los problemas que afectan a los transexuales, por cuanto la discordancia

entre el papel que en la vida social adopta un transexual *operado* y la negativa de algunos Estados a reconocer el cambio de sexo producido generan sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad de evidente trascendencia. 2) Califica de llamativa la falta de coherencia que supone que el Servicio Nacional de Salud del Estado demandado haya reconocido la peculiar situación de los promoventes y se haya hecho cargo de las intervenciones quirúrgicas necesarias para procurarles la mayor aproximación posible al sexo al que sienten que realmente pertenecen sin que esta actuación administrativa haya determinado un pleno reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de las interesadas. 3) Ha de admitirse que una persona transexual, pese a la creciente sofistificación de las intervenciones quirúrgicas y de los tratamientos hormonales a que se somete, no puede adquirir todas las características biológicas del nuevo sexo, pues el elemento cromosómico permanece inalterable. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo no considera que el factor cromosómico sea –con exclusión de cualquier otro– el decisivo a los fines de atribución jurídica de una nueva identidad sexual. En efecto, a través de los Informes de *Liberty* (entidad que ha intervenido en los procesos de que dichas sentencias traen causa en calidad de *amicus curiae*) se constata que existe un reconocimiento internacional de que la transexualidad constituye un estado médico anómalo que requiere se facilite a las personas afectadas el tratamiento encaminado a prestarles la ayuda necesaria. Por otra parte, la mayoría de los Estados que han suscrito el Convenio de Roma se hacen cargo, o al menos autorizan, dicho tratamiento, el cual comprende determinadas operaciones quirúrgicas irreversibles, cuya penosidad pone de manifiesto que las decisiones de someterse a un cambio de identidad sexual no pueden haber sido adoptadas de modo arbitrario o irreflexivo por los interesados. 4) El Tribunal concluye que pese a las dificultades que en diversos aspectos puede presentar un cambio en la actitud de determinados Estados respecto al problema de la transexualidad, las mismas no deben considerarse insuperables si el pleno reconocimiento de la nueva identidad sexual se limita a aquellas personas que se han sometido a la totalidad de las intervenciones y tratamientos aludidos permitiendo que las mismas vivan con dignidad conforme a la identidad sexual que han conseguido al precio de grandes sufrimientos y pueden contar con el respeto de todas. Esta doctrina se mantiene en la S de 11 de julio de 2002 de que ha modificado la posición anterior del TDHE respecto a la normativa del Reino Unido sobre imposibilidad de alteración de las actas de nacimiento de los transexuales operados que ahora estima viola el artículo 8 del Convenio, si bien mantiene en lo esencial su precedente doctrina en orden a los requisitos exigibles a quienes pretenden el cambio de sexo. (STCS de 16 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—La demanda había sido desestimada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Guecho, siendo rechazada la apelación por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Bilbao. Interpuesto recurso de casación se rechaza igualmente mediante la importante sentencia dictada por la Sala 1.^a del TS compuesta por los Sres. Auger Liñán, Ortega Torres, García Varela, Corbal Fernández y Romero Lorenzo (este último Ponente); la doctrina aquí extractada viene a completar la, en su momento considerada como *revolucionaria*, sentada por las sentencias que allí se citan; invocando ahora la autoridad científica representada por el Informe 2001

del Instituto de Salud Carlos III del Ministerio de Sanidad y Consumo, que parece endurecer los requisitos del proceso quirúrgico de reasignación sexual que se califica reiteradamente de *irreversible* y de especialmente *penoso* para el interesado, lo que prueba a juicio de la Sala 1.^a la seriedad del propósito que anima al transexual. Sorprende, sin embargo, el silencio que guarda la sentencia sobre los terceros afectados y, eventualmente, perjudicados por el cambio de sexo; en efecto, no infrecuentemente el transexual ha estado casado conforme a su sexo cromosómico, o lo está al tiempo de la solicitud; matrimonio del que incluso puede haber descendencia común, la cual, sin duda, se verá afectada por el cambio de sexo legal de su progenitor; tampoco se contempla el hecho de que, si en el futuro, el transexual cambia nuevamente de sexo psicológico y desea volver al inicial sexo cromosómico ¿se entenderá que el ordenamiento se lo prohíbe? Igualmente, lo relativo al *ius connubii* del transexual (el supuesto no es impensable y el avance de la cirugía transexual puede permitir *le pas en arrière*). No se olvide que, como también reconoce la sentencia extractada, estamos en presencia de una auténtica *fictio iuris* ya que la autorización judicial al cambio sólo crea un *vir fictus* o una *ficta mulier*.

La Sala 1.^a admite palatinamente la actuación, en algunos casos, de *grupos de presión* ante el TEDH, y parece aceptar sin reservas la voluntad de éste de convertirse, al amparo del Convenio de 1950, en un órgano promotor de reformas de Derecho de familia en nuestro continente, sobre lo cual no hay unanimidad doctrinal; y, añado por mi cuenta, no se somete al control de otros órganos legislativos europeos, ni al procedimiento normal de elaboración de normas de tal naturaleza. (G. G. C.)

6. Orden sucesorio en los títulos nobiliarios.—Conforme a una abundante jurisprudencia del TS (SSTS de 11 y 12 de diciembre de 1997), la sucesión de los títulos nobiliarios se rige por lo dispuesto en Las Partidas, el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820, el artículo 5 del Decreto de 4 de junio de 1948, que remite al artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948, que serán de aplicación en defecto de lo dispuesto en la carta de concesión que contenga un orden específico para suceder. En todas ellas se establece que el orden de suceder en estos casos se regirá primeramente por lo dispuesto en el título de concesión (orden tradicional), que tendrá fuerza de ley, y para el caso de no disponer nada al respecto, se aplicarán los principios de primogenitura y representación tanto en las líneas rectas descendientes como en las colaterales. Según las SSTS de 7 de julio de 1986 y de 8 de abril de 1982, el orden sucesorio se produce con arreglo a los principios clásicos de primogenitura, masculinidad y representación, matizados con los siguientes criterios preferenciales: 1) el grupo de descendientes prefiere y excluye al de los ascendientes y el de éstos al de los colaterales; 2) la línea anterior prefiere y excluye a las posteriores; 3) el grado más próximo excluye al más remoto, siempre que ambos pertenezcan a la misma línea y a salvo el derecho de representación; 4) habiendo igualdad de línea y grado, el varón prefiere y excluye a la mujer; 5) en igualdad de línea, grado y sexo, el de mayor edad prefiere y excluye al de menor edad.

Jurisprudencia del TS en atención a este orden.—El TS ha declarado en numerosas ocasiones la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de masculinidad que se aplica en este orden sucesorio, al entender que era contrario al principio de igualdad del artículo 14 CE (SSTS de 7 de julio de 1986 y 20 de junio de 1987). Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial queda desmontada a partir de la sentencia del TC de 3 de julio de 1997, que declaró que el criterio de preferencia del varón sobre la mujer no es contrario a dicho artículo y no supone una discriminación por razón de sexo. (**STS de 23 de septiembre de 2002**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. F. A. reclama a doña P. S. F. el Título de Castilla de Conde de Alcudia, con Grandezza de España, concedido por el Rey de España don Felipe IV en 15 de mayo de 1663 al Almirante don P. F. C. M., alegando que su derecho para poseer, usar y llevar dicho título es mejor y preferente.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta por don J. F. A., frente a lo cual la demandada recurre en apelación. La Audiencia Provincial confirma íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. Por último, doña P. S. F. acude al TS en casación, donde se desestima el recurso. (*S. L. M.*)

7. Colisión entre derecho al honor, deber de información periodística y veracidad.—Sobre la colisión honor, deber de información periodística y la veracidad existe un copioso acervo jurisprudencial (SSTC de 30 de junio de 1988, 14 de septiembre de 1999, 5 de mayo de 2000; SSTS, Sala 1.^a, de 15 de enero, 16 de febrero, 8 de marzo, 23 de marzo, 17 de abril, 24 de septiembre de 1999; 26 de febrero, 4 de marzo, 27 de abril, 27 de junio, 5 de julio de 2000), del que cabe la siguiente síntesis [...] los periodistas tienen el deber moral de informar sobre la verdad, su intención ha de ser esa. Si no es así, la función informativa está viciada. Ahora bien, como no es posible establecer una instancia neutra que diga en cada caso cuál es la verdad objetiva, el imperativo de veracidad alcanza un sentido moral que da valor a la formación, pero que en ningún caso, salvo los establecidos en la Ley, la puede limitar. La Ley sólo la debe limitar cuando el atentado al valor de la veracidad conculque derechos fundamentales, y entonces el afectado podrá acudir a los Tribunales.

Que el presupuesto determinante de la responsabilidad, proviene de la comisión por parte del profesional de la prensa o publicidad, del correspondiente ilícito, esto es, la transgresión a través de su conducta, de la normativa en la que debe subsumirse su ejercicio profesional, cuya consecuencia infractora determina la producción de un daño o perjuicio de un tercero, que será el aludido, el destinatario o el implicado en el ejercicio de ese *facere* profesional de la publicidad. La integración de ese ilícito conlleva (*sic*) a subrayar que el autor del correspondiente ilícito deberá ser un profesional dedicado a este medio, que cuente con la acreditación que le faculta para ese ejercicio, lo que viene recogido desde el antiguo artículo 33 de la Ley de Prensa de 18 de marzo de 1966, en donde se habla de la profesión periodística y de los directores y de que un Estatuto de la Profesión Periodística aprobado por Decreto regulará los requisitos para el ejercicio de la actividad, determinando los principios generales a que deben subsumirse, entre ellos, al de la profesionalidad e inscripción en el correspondiente registro.

En cuanto al *facere* profesional del periodista, el artículo 20 CE, refleja la dualidad de su cometido, esto es, en su número 1 se reconocen y protegen los derechos apartado *a*) a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, y en su letra *d*) de comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, que deberá respetar los límites legales correspondientes; por ello, se puede reiterar, que en virtud de esta regulación, el comportamiento profesional de aquella persona dedicada al ejercicio de la Prensa, se proyectará a través de una doble conducta: por un lado, su derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos e ideas, opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de producción, que es lo que la doctrina clásica suele indicar como ejercicio de su «derecho a la libertad de expresión», y por otro, su derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, esto es, lo que se denomina el «derecho» a la correspondiente «información» a través de cualquier medio y todo esto con las «limitaciones» que se expresarán, pues si bien estos límites están ahí consagrados en el citado artículo 20.4 CE, no obstante, se subrayan, respecto a la propia autoría profesional de la persona que luego pudiera resultar responsable, estas circunstancias:

1.º En razón a que el periodista en el ejercicio de tales derechos, está desempeñando su profesión, generalmente la fuente de subsistencia de sus recursos económicos, distante pues de un quehacer intelectual desplegado más o menos diletantemente, debe templarse cualquier rigor en la aplicación de los preceptos determinantes de la observancia de tales límites y, en su caso, de la verificación de la subsiguiente responsabilidad, por cuanto —se insiste— es muy distinto el ejercicio de un derecho por un objetivo lúdico o de expansión intelectual, a cuando se trata del ejercicio de un marco de estricta obligatoriedad profesional.

2.º Por el contrario, en otra visión del problema, también debe proyectarse otro módulo específico, en la idea de que cualquier desvío por la transgresión de tales límites, ha de observarse con cierto rigor cuando se refiere a la profesión periodística, ya que, por su dedicación habitual a ello, hace que el propio autor sea consciente de antemano, de cuáles son los riesgos en que pueda incurrir si, por una conducta no suficientemente diligente, se transgreden los respectivos límites.

Es claro que el ilícito provendrá, sobre todo, de la vulneración de aquellos límites y cuyas conductas transgresoras serán determinantes del mismo, ya que damnificar el acervo patrimonial de los demás, o no respetar sus respectivos derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen, supone que las respectivas conductas han rebasado no sólo los pertinentes modelos deontológicos, teleológicos y orgánicos de su profesión, sino, incluso, han vulnerado la propia normativa constitucional y las correspondientes previsiones legales; todo lo cual determina que en el desempeño de su *facere*, el autor periodístico, en su caso, habrá incurrido en cualquiera de las causas determinantes de su responsabilidad, sin lugar a dudas, de carácter extracontractual, habida cuenta el artículo 1902 CC.

Como conclusión, cabe decir que, siendo el acervo patrimonial de los demás y sus derechos personalísimos del honor, intimidad y a la propia imagen, los potenciales destinatarios de la eventual agresión, y siguiendo el dictado del propio artículo 20.4 CE, las libertades que se reconocen en dicho

artículo, tanto la libertad del derecho de expresión 1.º a) y, la libertad al derecho de información 1.º d), no pueden rebasar estos confines legales, lo que implica:

1.º En el derecho reconocido en el artículo 20.1.a), esto es, el derecho a la libertad de expresión, es evidente el mismo deberá ejercitarse con la debida asepsia en las palabras o en los módulos de expresión utilizados, esto es, sin que en caso alguno se contengan alusiones que puedan ser injuriosas o vejatorias para nadie; o en palabras recogidas por el propio Tribunal Constitucional, la libertad de expresión, al tratarse de la formulación de opiniones y de creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas. Campo de acción que se amplía aún más en el supuesto de que el ejercicio de las libertades de expresión afecta al ámbito de la libertad ideológica garantizada por el artículo 16.1; en este sentido los pensamiento, ideas, opiniones o juicios de valor a diferencia de lo que ocurre con los hechos, no se prestan por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejerce la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia de su obligación, y por tanto respecto del ejercicio de la libertad de expresión no opera el límite interno de la veracidad.

2.º Por lo que respecta a la libertad de información, el propio Tribunal hace constar que, en cuanto a la comunicación informativa de hechos que sean noticia, que no de opiniones, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz; requisito de veracidad que no significa, no obstante, que quede exenta de toda protección de información errónea o no probada, pues el requisito constitucional de veracidad significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias; o bien, en los términos que se recogen en la STC de 11 de septiembre de 1995, la veracidad de la información no ha de confundirse con la exigencia de concordancia con la realidad incontrovertida de los hechos, sino en una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo.

Alcance del derecho-deber de veracidad en la actuación del periodista: «veracidad verosímil».—La Sala que juzga, finalmente, ha de exponer un dictado doctrinal que, en casos como el enjuiciado, sirve para templar aún más, el controvertido derecho/deber de veracidad que envuelve toda la actuación del periodista en la divulgación o información de hechos como el relatado, en la idea de que se admite, como lugar común en toda la profusa jurisprudencia citada que, ese deber de veracidad en lo publicado, no puede conducir al respeto puntual y absoluto del contenido de esa verdad pura, sin tapujos o inexactitud alguna, sino, que ha de tratarse del cumplimiento de una veracidad razonable o acorde con el despliegue por el profesional de una diligencia atinente a lo publicado y, asimismo, ha de subrayarse que, esa verdad razonable, tiene que ser suficiente cuando por los hechos litigiosos lo publicado, en principio, cumple con la denominada «veracidad verosímil» (según el *DRAE*, «creíble por su apariencia de verdad»), este es, que, del conjunto de la relación o información de los hechos, exista de antemano, una aceptación de que es cierto lo publicado, porque, concurren estos dos supuestos:

1.º Que ante la trascendencia o notoriedad del acontecimiento –caso/constitución Roldán– que concita todos los resortes de la vida comunitaria, cual-

quier circunstancia relativa al mismo, es o denota un notorio interés para la sociedad en general, por aquel acontecimiento y, ello sin duda –sería ocioso insistir en su evidencia– aconteció en el llamado «asunto Roldán» con un sinfín de profusión mediática –procesos civiles y penales y sentencias de los Tribunales del país–. Todo, pues, lo a ello concerniente, integra una noticia periodística indiscutible.

2.º Que, cuando –como se ha constatado– existan tales conexiones entre el actor y la referida «personalidad» de Roldán –reproducir nexos tales como los descritos: desempeño de cargos importantes en empresas adjudicatarias de obras por la Guardia Civil bajo la dirección de Roldán, administrador único de su empresa familiar, recibía dineros por ampliaciones y crecimiento prodigioso de esas empresas, se le relaciona con cuentas corrientes en Suiza junto con Roldán, aparte de otros–, no cabe sino admitir que, aquella exigencia de veracidad razonable, queda cumplida cuando la noticia en cuestión, precisa y cabalmente, se refiere a circunstancias en las que converge aquel acontecimiento.

3.º Y, en especial, lo que resulta más significativo en la tesis que se sustenta es, que no es posible ante sucesos en los que coinciden esos dos presupuestos –su trascendencia general en la comunidad (bien superfluo resultaría demostrar que pocos escándalos como el envolvente del litigio del «caso Roldán», conmocionaron tanto a toda la sociedad española) y relación del interesado o afectado que postula la defensa de su honor con aquel suceso– no es de recibo observar a toda costa por el informador la prescripción de veracidad no ya la absoluta, sino ni siquiera total, por cuanto, aparte de la diligencia al uso en la cobertura informativa de lo publicado, ante la notoriedad de cualquier noticia relativa a aquel suceso y, el interés por su conocimiento ha de doblegarse aquella exhaustiva veracidad, o, cuando menos, explicar que en «algún o algunos de los relatos o puntos “noticiados” no acontezca la puntual exactitud de los datos o hechos referidos». Esto, sin más, es lo que se denomina la «veracidad verosímil», o aceptación de antemano, por el destinatario de la noticia, de que lo relatado es, puede ser, generalmente acaecible o verdadero. (**STS de 12 de junio de 2002; no ha lugar.**)

HECHOS.–El diario *El Mundo* en entrevista realizada a don E. H. afirmó que don J. E. era «testaferro» de don L. R. (conocido protagonista del caso de su mismo nombre), implicándole en el cobro de determinados talones bancarios en concepto de «comisiones» por obras adjudicadas a la *Sociedad Sierra Comendador, S. A.* por el Sr. R. Don E. H. realiza asimismo variadas imputaciones de conductas cuando menos «irregulares» para afirmar finalmente que «E. es el sinvergüenza número 1, con L. R. Don J. E. interpone demanda de protección de su derecho al honor contra el periódico, empresa editora, director y entrevistador. El Juzgado de Primera Instancia accede parcialmente a lo pedido al estimar que la frase reseñada ha producido graves daños morales a don J. E. por los que debe ser indemnizado en cuantía a fijar en el trámite de ejecución de sentencia. Apelan el actor y don E. H. adhiriéndose como apelado el Ministerio Fiscal. La Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso del demandante en la instancia y estima el del entrevistado y el del Ministerio Fiscal revocando parcialmente la sentencia ape-

lada y desestimando íntegramente la demanda interpuesta por don J. E. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación que don J. E. interpuso. (*R. G. S.*)

8. Colisión entre el derecho al honor y el derecho a la información: crítica del ejercicio de funciones públicas municipales.—La jurisprudencia de esta Sala de casación civil, en los conflictos que surgen por el ejercicio de los derechos constitucionales de libertad de expresión e información (art. 20) y la protección al honor de las personas, tiene declarado que la infracción ha de estar suficientemente justificada al integrarse con comunicados de relevancia pública e interés general y la delimitación de la colisión de ambos derechos ha de hacerse caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada uno de ellos (SS de 25 de octubre de 1999 y 20 de noviembre de 1999).

Aquí sucede y en razón a lo que se deja expuesto que ha de estarse a la prevalencia de la información, toda vez que lo difundido tenía relación con la actuación profesional del recurrente, aunque no fuese el verdadero protagonista de las noticias, sino más bien el Alcalde y las referencias que se hacen al mismo lo son en forma tangencial, carentes de intensidad suficiente para ser consideradas como efectivos ataques a su honor, pues lo llevado a cabo fue crítica de la política municipal y esto indudablemente resultaba de interés para los vecinos del municipio, por lo que, en definitiva, se trata de asunto de relevancia público-comunitaria. En este sentido la jurisprudencia civil tiene declarado que el derecho al honor se debilita, o más propiamente ha de entenderse que no alcanza protección, cuando se informa de actividades relacionadas con el cargo público que desempeña el que se considera ofendido y las comunicaciones son de interés general y contribuyen al pluralismo político, pues el ejercicio de una actividad pública lleva consigo la servidumbre de estar sometido al control ciudadano de sus acciones u omisiones (SS de 18 y 24 de mayo de 1990, 2 de diciembre de 1993 y 14 de junio de 1996) lo que es aplicable a los funcionarios municipales.

En el caso de autos, valorando en su conjunto las comunicaciones que se califican de difamatorias, no se presentan como tales por predominar la intensidad crítica que ponen de manifiesto (SS de 26 de febrero de 1992, 29 de febrero, 26 de septiembre y 28 de octubre de 1996).

Veracidad esencial de la información.—Lo que se deja estudiado para rechazar el anterior motivo vale para decretar la improcedencia del presente, pues ha de tenerse en cuenta que resultan ciertos los hechos básicos, es decir, haber cometido el recurrente irregularidades importantes y decisivas en la redacción de las actas municipales y su implicación en la concesión de licencias municipales de edificación. Como dice la S de esta Sala de 26 de abril de 2001, la veracidad de la información no es preciso que sea necesariamente absoluta y sí es preciso que sea veraz en lo esencial, aunque contenga inexactitudes, recogiéndose la tesis de la jurisprudencia norteamericana en el caso *New York v. Sullivan*. La referida sentencia cita la de 4 de enero de 1990 y 29 de marzo de 2001 y las del TC, número 171 y 172/90, de 12 de noviembre de 1990. (**STS de 31 de julio de 2002; no ha lugar.**)

HECHOS.—El secretario accidental del Ayuntamiento de Porto do Son llega al TS ante la desestimación de su demanda de protección al honor por el Juzgado de Primera Instancia y posterior confirmación de la sentencia del Juzgado por la Audiencia Provincial. El agravio del que parte el conflicto presenta una doble vertiente: de una parte, la carta que un concejal dirige a los vecinos del pueblo exponiendo que el Secretario accidental cometió en el desempeño de su función irregularidades en la confección de las actas del pleno municipal al omitir extremos fundamentales; de otra, el comunicado de prensa recogido en el diario *La Voz de Galicia* y emitido por otro concejal que venía a coincidir en sus aspectos fundamentales con la carta dirigida a los vecinos. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

9. Derechos de la personalidad: información periodística parcialmente no veraz: reportaje elaborado y asumido por el periódico.—La noticia indudablemente resultaba de interés público al tratarse una operación policial antiterrorista, pero su literalidad la convierte en noticia veraz sólo parcial; no se trata de inveracidad en lo accesorio, ni tampoco de inexactitudes parciales que no afectan al fondo, sino de inveracidad en lo esencial, pues tal consideración merece publicar la noticia de la detención policial en redada antiterrorista contra ETA, y no sólo haciendo público el nombre de la persona, sino aportando datos de sus actividades como presidente de un Grupo Ecologista conocido, por lo que se produjo de este modo una identidad plena, con el efecto de poder acceder a ella tanto los lectores del periódico como los interesados en conocerla. El requisito constitucional de la veracidad informativa no supone que la noticia tenga que ser un calco de la realidad de los acontecimientos (verdad material u objetiva), pues en este caso no se trata de un reportaje neutral sino de un reportaje elaborado y asumido por el propio periódico. El deber de búsqueda de la verdad de la noticia difundida impone su necesario contraste, que aquí resultaba posible y no se llevó a cabo, y su ausencia no lo puede justificar ni el apresuramiento ni la proximidad de la hora del cierre de la edición cuando se redactó, ni tampoco que la actuación de la Guardia Civil se hubiera realizado en las proximidades del domicilio del recurrente. En estos casos, como dice la STC de 30 junio 1998, el deber de diligencia profesional no justifica atenuación o flexibilización alguna, pues debe ser seguido con todo rigor; así en este caso se elaboró y dio a conocer información inexacta, intensificado con referencia al ataque a su dignidad y honor al alinearlo con presuntos terroristas, cuando no se probó tuviera relación alguna que pudiera propiciar error con algún fundamento, incrementándose el ataque cuando se dice que fue detenido y que su vehículo fue explosionado por la Guardia Civil, nada de lo cual ocurrió. Por ello no ha concurrido seriedad, diligencia ni profesionalidad en la búsqueda de lo que en realidad había pasado, sino más bien ligereza e irresponsabilidad, con el resultado de un ataque a su honor, decisivo y grave, sin haber dado motivo alguno, próximo o remoto para ello. La STS de 4 de julio de 1991 declaró que la atribución sin más de la condición de etarra comporta una intromisión grave en el honor de la persona afectada.

Alcance de la rectificación de la noticia al día siguiente.—La necesaria diligencia profesional exigible ha de medirse en proporción a la trascendencia de la noticia, por lo que el actuar periodístico debió ser lo más cuidadoso y

diligente, y no lo justifica suficientemente la búsqueda tardía de la veracidad de la información, con la rectificación operada, que en este caso resulta insuficiente, ya que no se puede establecer regla matemática de todos los lectores de la noticia inveraz fueran los que leyeron la rectificación y quedaría así aquella en un círculo cerrado; tampoco se puede negar su repercusión exterior, y calado en las gentes, con relevante erosión en el concepto que los demás pueden tener de uno, al instaurarse las inevitables dudas, incertidumbres y sospechas, que siempre quedan y resulta difícil anular por completo.

Quantum indemnizatorio.—No procede modificar el fijado por el Juzgado de Primera Instancia que redujo a la mitad el solicitado en la demanda, por ser ponderado, arreglado a la lógica y buen criterio, debiendo tenerse en cuenta, a estos efectos, la rectificación de la noticia al día siguiente por el periódico. (STS de 5 de julio de 2002; no ha lugar.) (G. G. C.)

10. Requisitos de las sentencias civiles: derecho transitorio: inexigencia de hechos probados en LEC 1881: nuevo artículo 209 LEC 2000.—La exigencia de hechos probados derivada del artículo 248.3 LOPJ y 120.3 CE no encontraba aplicación en el campo civil durante la vigencia de la LEC de 1881 aplicable a la sentencia recurrida, a diferencia de lo dispuesto por el artículo 209 de la LEC 2000 que exige que *en los antecedentes de hecho se consignen con claridad y concisión posibles y en párrafos separados y numerados, las pretensiones de las partes o interesados, los hechos en que los funden, que hubieren sido alegados oportunamente y tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse, las pruebas que se hubieran propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso*. Esta exigencia se debió a la aceptación proclamatoria de una enmienda en el Congreso del Grupo Popular y CIU, por considerar la conveniencia de un apartado de hechos probados que supere la incertidumbre de la legislación anterior. Por lo demás, en el presente caso se ha cumplido dicho requisito.

Incongruencia.—Las sentencias absueltas, como lo son las de instancia en este caso, no pueden ser tachadas de incongruentes. Porque resuelven todas las cuestiones planteadas en el pleito. La valoración conjunta de la prueba nada tiene que ver con la incongruencia. Si la responsabilidad solicitada de la editora y director del periódico dependía de la ilicitud del acto imputado no resulta incongruente la sentencia desestimatoria de apelación.

No hay ataque al honor cuando los hechos son públicos: los hechos descritos en la carta remitida al periódico son totalmente ajenos al ámbito de la privacidad, y, además veraces: inexistencia de ataque al honor.—La carta remitida a un periódico local, por una menor de edad, que fue Reina de la Falla de 1993 relata hechos ajenos totalmente al ámbito de la privacidad, se han producido en público, en el ámbito de la actividad fallera de tanta trascendencia popular y social en la zona levantina y, en especial, en la localidad de B.; los hechos ocurren en público y los protagonistas son todos personajes públicos en el mundo fallero. Además, los hechos son reales, verdaderos, no alegados por una mente fantasiosa y aparecen acreditados en su existencia por la prueba de autos.

Colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor.—Las expresiones vertidas dentro de un contexto de libertad de expresión, de personas públicas y en actividades públicas y con trascendencia popular no pueden motejarse de atentatorias al honor. La protección civil de este último se delimita por las leyes y los usos sociales, y aquí han sido actuaciones referentes

en el ámbito público y no ha existido divulgación de hechos concernientes a una persona y desmerecedores en el concepto público, porque no pueden desligarse de las coordenadas de tiempo y de lugar y de la publicidad de lo acaecido. El TC ha declarado que cuando se produzca una colisión entre la libertad de información y el derecho al honor, aquélla goza de una posición preferente y las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse a la libertad de información deben interpretarse de modo que el contenido fundamental de este derecho no resulte desnaturalizado o relativizado, debiendo prevalecer siempre que la información sea veraz, excluyendo las invenciones, rumores o meras insidias.

Responsabilidad solidaria del Director y de la propiedad del medio periodístico.—En el motivo se ignora o pretende ignorar que la responsabilidad solidaria del Director y de la propiedad del medio periodístico se encuentra determinada y condicionada por la existencia de un hecho ilícito civil, a cuya difusión hubiera colaborado; pero en este caso se declara por todos, —Fiscal, Juzgado, Audiencia y esta Sala—, la falta de ilicitud del hecho en la carta remitida por la menor con ocasión de las fiestas falleras. (STS de 17 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar porque el documento-base estaba constituido por una carta que la Reina de las Fallas de 1993 dirige a un periódico local quejándose del trato recibido durante su reinado y del protagonismo que el Presidente de la Falla seguía otorgando a la Fallera del año anterior, todo lo cual quedó probado en juicio y sirvió para que en ambas instancias se desestimara una demanda por ataque al honor presentado por aquél.

Mayor alcance general posee, a mi juicio, la doctrina sentada a propósito de la declaración de hechos probados en las sentencias civiles, con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC 2000. La escueta declaración del artículo 120.3 CE, las sentencias serán siempre motivadas no parece dejar resquicio a duda alguna sobre su aplicación general a toda clase de resoluciones judiciales que ponen término a un proceso. Han sido reiteradas las declaraciones del TC a propósito del error patente, que se describe como *indebida aplicación de los datos de la realidad condicionantes de la resolución adoptada* (STC de 1 de junio de 1998), mientras que la STC de 31 de mayo de 1999 lo aplica a un *dato fáctico indebidamente declarado como cierto*. La Sala 1.^a del TS con carácter general había ya declarado que la motivación es una exigencia formal de las sentencias, en cuanto deben expresar las razones de hecho y de derecho que los fundamentan; en particular *los aspectos fácticos que sirven de base a los fundamentos jurídicos de la decisión* (SSTS de 10 de abril de 1984, 17 de octubre de 1990, 7 de marzo de 1992 y 20 de octubre de 1995). En un caso-límite se declara de oficio la nulidad de la sentencia de la Audiencia Provincial al no ser posible conocer si la misma ha incurrido o no en los defectos que denuncia el recurso, con la siguiente argumentación: *La exigencia de motivación de toda sentencia no sólo es tema de orden público (en cuanto exigencia expresa de los arts. 248.3 LOPJ y 372-3.^º LEC) sino que incluso tiene rango constitucional, en cuanto el artículo 120.3 CE ordena expresamente que las sentencias serán siempre motivadas, cuyo*

incumplimiento supone también conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Me parece que después de 1978 no cabía *incertidumbre* sobre este extremo en materia civil. (G. G. C.)

11. Derecho al honor: doctrina del «reportaje neutral».—Según la jurisprudencia del TC (STC 232/1993, de 12 de julio) y del TS (SSTS de 16 de diciembre de 1996, 20 y 24 de enero de 1997 y 26 de julio de 2000), el llamado «reportaje neutral», es aquel que parte de una información veraz, esto es: aquella que ha sido comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa. Afirma el TS que la publicación de un reportaje cuyo contenido reproduce el que ha sido suministrado por una agencia informativa, sin adición de juicios de valor sobre los implicados ni alusión a otro tipo de elementos peyorativos, no se puede considerar que vulnera el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. Así pues, la divulgación de un conjunto de datos obtenido de una fuente objetiva, como se presupone es la suministrada por una agencia informativa, sin juicio de valor añadido impide imputar responsabilidad a los autores de este tipo de reportajes y a los respectivos grupos editoriales. (STS de 1 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. D. J. G. C. demanda a doña M.^a C. R. D. y a la entidad *Grupo Editorial Federico Doménech, S. A.* en juicio declarativo de menor cuantía sobre derecho al honor, intimidad y propia imagen.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda formulada. La Audiencia Provincial desestima igualmente el recurso de apelación y confirma la sentencia de instancia. El TS desestima el recurso de casación e impone al recurrente las costas. (S. E. M.)

12. Doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo de las personas jurídicas.—La posibilidad de prescindir de la personalidad jurídica de una sociedad no debe plantearse como regla general sino solamente en determinadas situaciones que han sido enumeradas por la jurisprudencia (SSTS de 25 de diciembre de 1988, 2 de abril de 1990 y 18 de junio de 1991). Entre aquellos casos en que se ha entendido justificada y necesaria la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo jurídico, se encuentran la utilización de la personalidad jurídica de la sociedad para cometer fraude de ley, o un perjuicio a los derechos de terceros. Del mismo modo es pertinente la aplicación de esta doctrina en aquellos casos en que se utiliza la idea del ente social como algo distinto de las personas físicas que lo constituyen para realizar actos torticeros. (STS de 24 de junio de 2002; no ha lugar).

HECHOS.—Una vez embargados determinados bienes muebles por parte de la *Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social*, los cuales habían sido transmitidos a la mercantil actora por parte de la sociedad codemandada, aquella interpuso tercera de dominio contra ésta y contra la *Tesorería General de la Seguridad Social*. Se alegaba por la actora un proceso de ampliación de capital en el que la ejecutada había suscrito una serie de acciones nominativas. En primera instancia se desestima la tercera; y la Audiencia

Provincial desestima asimismo el recurso de apelación presentado por la mercantil actora. Ésta interpone recurso de casación que es igualmente desestimado en su integridad. El TS afirma que la sociedad demandante y la demandada son la misma, dada precisamente la ampliación de capital apuntada y el hecho de que ambas tengan el mismo objeto social e idénticos representantes. (*J. D. S. C.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

13. Error en el objeto.—Ha de recordarse la reiterada doctrina de esta Sala (SS de 9 de abril de 1980, 4 de enero y 27 de mayo de 1982 y 14 de febrero de 1994, entre otras) respecto a que el error en el objeto, al que se refiere el párrafo 1.º del artículo 1266 del CC que se cita como infringido, será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: *a)* ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio, atendida la finalidad de éste; y *b)* que no sea imputable al que lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de trasladarse la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración (SS de 18 de febrero y 3 de marzo de 1994).

Enriquecimiento injusto.—La cuestión relativa al enriquecimiento injusto constituye una cuestión nueva en el presente proceso. De todos modos, ha de aludirse a la doctrina según la cual cuando la pérdida patrimonial que un sujeto haya sufrido se hubiera producido como consecuencia de la celebración de un contrato válido, no puede ser invocada la existencia de un enriquecimiento injusto para la otra parte pues lejos de haberse obtenido una atribución sin justa causa, es evidente que la misma se operó en adecuada correspondencia a las relaciones vinculantes establecidas entre las partes y guardando conformidad con el Derecho objetivo (SS de 1 de abril de 1980, 20 de febrero de 1981 y 19 de diciembre de 1996, entre otras). (**STS de 12 de julio de 2002; no ha lugar.**)

HECHOS.—La empresa *Wallis, S. A.*, adjudicataria de una finca subastada en un procedimiento de ejecución hipotecaria, interpuso demanda en la que solicitó la declaración de nulidad de la subasta y la compraventa judicial otorgada a su favor. Esa empresa adujo que había incurrido en error al haber prestado atención a un dictamen pericial que describía y valoraba la finca como edificada cuando en realidad no lo era. El Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Barcelona dictó sentencia el 25 de abril de 1995 en la que estimó la demanda. Los demandados recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14.ª, dictó sentencia el 14 de diciembre de 1996 en la que estimó el recurso, entre otros motivos,

por haber desatendido la empresa demandante la descripción de la finca expresada en los edictos que anunciaron la subasta, la propia escritura de adjudicación y los asientos del Registro de la Propiedad. Según el tribunal, esa empresa tenía el deber de realizar una comprobación más exhaustiva de las características de la finca subastada, habida cuenta de su habitual participación en ese tipo de subastas. La empresa *Wallis, S. A.*, recurrió en casación. El TS declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

14. Intimidación.—La doctrina de esta Sala viene significando en orden a que la intimidación definida en el apartado dos del artículo 1267 CC, «pueda provocar los efectos previstos en el 1265 del mismo Cuerpo legal y conseguir la invalidación de lo convenido, que es preciso que uno de los contratantes o persona que con él se relacione, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral de tal entidad que por la inminencia del daño que pueda producir y el perjuicio que hubiere de originar, influya sobre su ánimo induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses, es decir que consiste en la amenaza racional y fundada de un mal grave, en atención a las circunstancias personales y ambientales que concurren en el sujeto intimidado y no en un temor leve y que, entre ella y el consentimiento otorgado, medie un nexo eficiente de causalidad» (SS de 27 de febrero de 1964, 15 de diciembre de 1966, 22 de abril de 1991, entre otras). Por consiguiente «se exige fundamentalmente la existencia de amenaza de un mal inminente y grave que influya sobre el ánimo de una persona induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses» (SS de 15 de diciembre de 1966, 21 de marzo de 1970, 26 de noviembre de 1985 y 7 de febrero de 1995); esto es, «un contrato impuesto por la concurrencia de un forzado consentimiento, viciado por coacción moral intimidatoria grave, expresada por las presiones circunstanciales y situación de las partes interesadas» (S de 5 de octubre de 1995).

En el caso no nos encontramos ante un mero apremio de una situación determinada, que no debe confundirse con los actos coactivos (S de 16 de julio de 1991), sino que se dan los requisitos exigidos por la jurisprudencia (S de 5 de abril de 1993) a saber: amenaza injusta o ilícita, temor racional y fundado, mal inminente y grave y nexo causal entre la amenaza y el consentimiento prestado. Dejando a un lado las numerosas incidencias que se produjeron antes del pleito (expediente de jurisdicción voluntaria de depósito de mercancía, embargo preventivo, querella penal, etc.), resulta claro que la firma del documento fue condición inexcusable para que pudiese tener lugar la descarga de la mercancía, cuya falta de entrega causaba a la empresa *Agrox, S. A.*, perjuicios considerables de diversa índole (especialmente en relación con los suministros contratados con los clientes), sin que existiera un medio jurídico idóneo para poder obtener tal entrega, pues el buque abandonó las aguas jurisdiccionales españolas por lo que no podía ser objeto de un apremio, en tanto que pretendió hacer valer un derecho de prenda sobre la mercancía sin base jurídica sustantiva, como ya se ha razonado, ni formal, lo que es más grave, porque al no hallarse el barco en el puerto de Valencia en ningún caso podría prosperar la solicitud efectuada en expediente de jurisdicción voluntaria, lo que incluso excluye la hipótesis de obrar en la «creencia» de

ejercicio de un derecho. Se da por lo tanto el matiz antijurídico, aparte la amenaza del mal y el nexo causal. (**STS de 4 de octubre de 2002**; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Compañía Navegaçao Lloyd Brazileiro* concluyó un contrato de fletamiento del buque *Río Grande* con la armadora *Can American Line INC*, mediante una póliza de *time charter*. Haciendo uso de una posibilidad prevista expresamente en la póliza, la fletadora *Can American Line INC* subfletó el buque a favor de *Cedra B. V.*, y se obligó a ponerlo a disposición de ésta a cambio de un precio, con el fin de transportar cemento desde el puerto de Split (Croacia) hasta Valencia. En el subflete *CCedra B. V.* actuaba como vendedora-cargadora y los conocimientos de embarque se emitieron a la orden de la empresa *Agrox, S. A.* Aunque el buque *Río Grande* entró en el puerto de Valencia el día 11 de septiembre de 1992, posteriormente el día 15 levó anclas, se situó en aguas internacionales e instó el depósito y la subasta del cemento transportado para el pago del flete. El capitán mantuvo su negativa a atracar en ese puerto hasta que la empresa *Agrox, S. A.*, firmó un documento el día 25 en el que la misma asumía la obligación de pagar los gastos de escala del buque producidos y, a su vez, se comprometía a no exigir responsabilidad alguna a la armadora disponiente del buque *Can American Line INC*, ni a *Cedra B. V.* Sólo a partir de entonces se empezó a descargar la mercancía transportada. La empresa *Agrox, S. A.*, interpuso demanda judicial contra la *Compañía Navegaçao Lloyd Brazileiro*, naviera-propietaria del buque *Río Grande*, en la que solicitó la declaración de nulidad del compromiso suscrito el día 25 por haber sido suscrito bajo intimidación y dolo, la mora en el cumplimiento del contrato, el reintegro de la cantidad pagada por el transporte e indemnización de los daños y perjuicios producidos. El Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Valencia dictó sentencia el 9 de marzo de 1994, en la que estimó la demanda y, asimismo, desestimó la reconvenCIÓN interpuesta por la demandada con la que reclamaba el pago de los daños y perjuicios por «el embargo del buque en Valencia». La *Compañía Navegaçao Lloyd Brazileiro* recurrió en apelación, por considerar que la demandada la había engañado con la firma del compromiso del día 25 al haber obtenido la mercancía sin pagar el flete, y aduciendo que «una sociedad anónima como *Agrox, S. A.*, que se dedica al comercio internacional y que está asesorada por abogados no puede considerarse intimidada por el ejercicio del derecho de prenda legal para el cobro del flete adeudado a la naviera», entre otros razonamientos. La Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.^a, dictó sentencia el 30 de enero de 1997, en la que desestimó el recurso. Además, ese tribunal declaró como probado que la empresa *Agrox, S. A.*, pagó la mercancía y el flete a la vendedora-cargadora *Cedra B. V.*, y que ésta a su vez abonó el flete a la empresa *Can American Line INC*. La *Compañía Navegaçao Lloyd Brazileiro* recurrió en casación, pero el TS declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

15. Concepto de negocio fiduciario.—El negocio fiduciario ha sido definido jurisprudencialmente como aquel convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión plena del dominio, eficaz *erga omnes*, y otro obligacional, válido *inter partes*, destinado a compelir al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se dé el supuesto obligacional pactado (SS, entre otras, de 9 de diciembre de 1981, 19 de junio de 1997 y 16 de noviembre de 1999) o, como dice la S de 5 de marzo de 2001, «el negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista». Este planteamiento no supone infracción del artículo 1255 del CC, ya que la sentencia no niega, en ningún momento, la facultad de llevar a cabo negocios fiduciarios, lo que sí daría lugar a la invocada infracción, sino que lo que viene a negar es la existencia, respecto de ambos contratos, de un pacto de fiducia.

La prueba en el contrato simulado.—En cuanto al carácter simulado de las compraventas celebradas entre el actor, como vendedor, y el demandado, como comprador, y que se pretende probar mediante la prueba indirecta de las presunciones, ha de tenerse en cuenta que, según tiene reiteradamente declarado esta Sala, la prueba de presunción tiene carácter subsidiario y sólo cabe acudir a ella cuando falta prueba directa sobre los hechos litigiosos. La sentencia recurrida, en su quinto Fundamento de Derecho, declara probado que se han pagado cinco millones cien mil pesetas como resto pendiente de las «propiedades» que el actor vendió al demandado, ello a través de la prueba directa a que expresamente se refiere; resulta así acreditada la existencia de causa de las compraventas impugnadas, por lo que no cabe acudir a la prueba indirecta de la presunciones para acreditar el carácter simulado de aquellos contratos. (STS de 7 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don V. Y. V. y M. L. R. N. compraron en 1979 y en 1981 diversas fincas. Posteriormente, don M. Y. V. interpuso demanda contra don V. Y. V. y M. L. R. N., y solicitó la declaración de nulidad de las compraventas realizadas a favor de los demandados por existir en ellas un pacto de fiducia que le atribuía a él la propiedad. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia, ya que entendió que no existía pacto fiduciario alguno en los contratos de compraventa. El TS desestima el recurso de casación. (R. T. B.)

16. El negocio fiduciario y la simulación relativa.—El negocio fiduciario contiene dos negocios: por un lado, uno que transmite la propiedad, y, por el otro lado, un negocio obligacional, que atribuye una finalidad específica. En la simulación relativa también existen dos negocios: el simulado y el contrato que se disimula. Sin embargo, en la fiducia ambos contratos son válidos porque cumplen los requisitos esenciales para su validez, mientras en la simulación, el contrato simulado siempre es ineficaz mientras el disimulado puede ser válido si la causa es lícita (art. 1276 CC). Tanto en la fiducia como en la simulación relativa, si el Tribunal aprecia su existencia es porque

se entiende que concurre la causa y se aprecia la existencia de un contrato válido.

Carácter subsidiario de la acción revocatoria.—El artículo 1291.3.º CC dispone que son rescindibles los contratos celebrados en fraude de los acreedores cuando estos no puedan cobrar de otro modo lo que se les deba. Sin embargo, como tiene declarado esta Sala, entre otras sentencias, en las de 15 y 17 de febrero de 1986, 16 de febrero y 17 de noviembre de 1987, 25 de enero de 1989 y 7 de noviembre de 1992, no es necesario que la enajenación de los bienes que produce la insolvencia del deudor tenga lugar después de que el acreedor haya promovido el procedimiento correspondiente contra este deudor, sino que puede ser anterior al inicio del proceso. Además, como declara la STS de 31 de diciembre de 1998, no es necesario que la insolvencia sea absoluta, sino que es suficiente con una notable disminución del patrimonio. En el caso examinado por esta Sala, la venta de las fincas produce una disminución del patrimonio que dificulta el cobro del crédito si no se revocan los negocios jurídicos que han producido estas enajenaciones. (**STS de 23 de septiembre de 2002**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. C. C, don J. J. B. y su hermana doña J. J. B. celebraron un contrato de arrendamiento financiero con la empresa *Lico Leasing S. A.*, en 1989. En 1991, don J. C. C. y doña J. J. B. vendieron a don E. C. C. (hermano de don J.) y a su esposa (doña M. D. O. C.) una finca de su propiedad, aunque no elevaron el contrato a escritura pública hasta 1992. Don J., don J. y doña J. entran, poco después, en una crisis financiera que provocó el impago de una determinada cantidad de dinero a *Lico Leasing*. En 1992, una vez inmersos en esta crisis, don J. J. B. y su hermana venden a la esposa del primero, doña M. C. T. P., dos fincas de su propiedad. *Lico Leasing S. A.* demanda a don J. C. C., don J. J. B., doña J. J. B., don E. C. C., doña M. D. O. C. y doña C. T. P. *Lico Leasing S. A.*, solicitó que se declarase que don J., don J. y doña J. le adeudaban una determinada suma de dinero, que se declarase la nulidad por simulación de los contratos de compraventa citados y que, subsidiariamente, estos se declarasen revocados por fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Esta resolución fue recurrida por la actora ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que estimó en parte el recurso y declaró que las transmisiones entre don J., doña J. y doña C. eran compraventas simuladas que encubrían un negocio fiduciario gratuito, que tenía como finalidad defraudar los intereses de sus acreedores. Este tribunal consideró que, dado que el contrato entre don J., doña J., don E. y su esposa se había celebrado con anterioridad a la crisis financiera no tenía esta finalidad defraudadora. Los demandados interpusieron recurso de casación contra la sentencia de apelación, porque consideraban que el negocio celebrado tenía causa y no había existido intención de defraudar. El TS declara que no ha lugar.

NOTA.—Son frecuentes los casos que se plantean ante el TS respecto la distinción entre negocio fiduciario y simulación, sobre todo porque, normalmente, «el instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia» [STS de 22 de febrero de 1995 (RJ 1995\1700)], de modo que normalmente el negocio fiduciario

aparece simulado bajo otro contrato, como parece que sucede en este caso. El TS se ha manifestado repetidamente sobre el concepto de negocio fiduciario y simulación, distinguiendo ambas figuras. Esta sentencia es una manifestación de esta línea seguida por el Tribunal con anterioridad [véanse las recientes SSTS de 8 de febrero de 2002 (RJ 2002\2239) y de 7 de junio de 2002 (RJ 2002\4875)]. Esta línea también ha sido defendida con posterioridad. Por ejemplo, la STS de 13 de febrero de 2003 (RJ 2003\1346) declara que mientras en la simulación hay un negocio ficticio, no real, el negocio fiduciario es un negocio querido por las partes. Sin embargo, también existe alguna sentencia que asemeja simulación relativa y negocio fiduciario [véase, por ejemplo, la STS de 15 de junio de 1999 (RJ 1999\4474)].

A pesar que esta sentencia manifiesta la línea jurisprudencial seguida, con vacilaciones, respecto a la distinción entre negocio fiduciario y simulación, se le puede criticar que, en realidad, en este caso no existe una simulación relativa, sino una simulación absoluta, debido a la falta de pago del precio y a que no esconde ningún contrato con causa lícita y verdadera (véase Carmen Bayod López, «Comentario a la Sentencia de 23 de septiembre de 2002», en *CCJC*, núm. 61, pp. 139 s.). (M. V. V.)

17. Nulidad del contrato.—Si la acción de nulidad contractual ejercitada en la demanda hubiese sido la de nulidad relativa o anulabilidad, podría cuestionarse la carencia de legitimación de los demandantes para ejercitar la acción de impugnabilidad contractual por su condición de terceros. Pero como se trata de una acción fundada en causas de inexistencia, o de nulidad radical, cabe la legitimación cuando se invoque un interés que justifique la pretensión de invalidez (art. 1302 CC). Así se viene manifestando la doctrina de esta Sala en numerosas sentencias (SS de 14 de diciembre de 1993, 19 de mayo de 1998, 8 de junio de 1999, 8 de abril de 2000, 23 de junio de 2001) que, resumiendo todas ellas, dice que «se reconoce por constante y uniforme doctrina de esta Sala (SS de 12 de octubre de 1916, 12 de noviembre de 1920, 11 de enero de 1922, 12 de abril de 1955, 31 de mayo de 1970, entre otras) la legitimación de un tercero para ejercitar la acción de declaración de inexistencia de dicho contrato (por carencia de algunos de los requisitos esenciales que determina el art. 1261 CC) o la de nulidad radical o de pleno derecho del mismo (por ser contrario a las normas imperativas o prohibitivas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención —art. 6.3 CC—) siempre que dicho tercero tenga un interés jurídico en ello o, lo que es lo mismo, se vea perjudicado o afectado en alguna manera por el referido contrato, y es evidente que la falta del expresado interés priva el tercero de legitimación para el ejercicio de las aludidas acciones».

Disponibilidad del objeto. Concesión administrativa de la explotación de minas.—La *causa petendi* queda reducida a la hipotética nulidad por indisponibilidad del objeto (art. 1257 CC) con base en que la facultad de aprovechamiento de las pizarras pertenecía a los demandantes. El artículo 2.1 de la Ley de Minas 22/1973, de 21 de julio, establece que todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos son bienes de dominio público, cuya investigación y aprovechamiento el Estado podrá asumir directamente o ceder en la forma o condiciones que se establecen en la misma y

demás disposiciones vigentes en cada caso. Esa misma Ley clasifica los yacimientos y recursos geológicos en tres Secciones –A, B y C-. El TS (Sala 3.^a) en reiterada jurisprudencia (SS de 7 de diciembre de 1988, 21 de enero y 15 de abril de 1991, 21 de octubre, 16 y 21 de diciembre de 1998, 30 de marzo de 1999, 4 de febrero de 2000, entre otras muchas) incluye la pizarra en la Sección C porque, en síntesis, necesita «algo más que un arranque, quebrantado y calibrado», y «su preparación para el mercado implica una verdadera industria». Por lo tanto, conforme a la Ley de 1973, el aprovechamiento de pizarra está sujeto a un régimen de concesión administrativa y no depende de la titularidad de la finca.

La DT 4.^a, apartado uno, de la Ley de 1973 establece que «los titulares de sustancias de la Sección A), «Rocas», del artículo 2 de la Ley de Minas de 19 de julio de 1944 que vengan explotando recursos minerales clasificados en la Sección C por el artículo 3 de la presente Ley, dispondrán del plazo de dos años, desde su entrada en vigor, para solicitar la concesión de explotación minera en la forma que se establece en la Sección segunda del capítulo IV del título V, sin que se precise la presentación del informe técnico previsto en el párrafo 2.^º del artículo 64». La disposición regula la consolidación de la explotación mediante la obtención de la concesión a favor de los sujetos que tienen derecho al aprovechamiento de los yacimientos como titulares de los derechos mineros (de naturaleza administrativa), pero no concreta cómo se debe acreditar tal cualidad. Aun así, cabe entender que la posesión en concepto de cesionario de la titularidad de esos yacimientos faculta el ejercicio del regulado en la Disposición Transitoria indicada, en tanto por la propiedad del terreno no se acrede la ausencia, nulidad o término de la cuestión en la explotación efectuada por parte del dueño del terreno en cualquiera de las formas acordes a derecho». Esta doctrina se ha reiterado en numerosas Sentencias de la Sala 3.^a (entre ellas, SS de 25 de marzo, 1 de junio y 20 de noviembre de 1995, 21 de octubre, 4 y 12 de noviembre, 16 y 21 de diciembre de 1998 y 30 de marzo de 1999). (STS de 14 de junio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El Conde de Peña Ramiro y los vecinos de los pueblos de Casayo y Lardeira concluyeron un acuerdo el 28 de septiembre de 1891 en virtud del cual el primero se obligó a ceder a los segundos el aprovechamiento de una finca, a cambio de que éstos la conservaran, pagaran una pensión anual y realizaran otras prestaciones. Constatada la existencia de importantes yacimientos de pizarra en la finca, la denominada «Comisión del pueblo de Casayo» cedió temporalmente a terceros los derechos procedentes del mencionado acuerdo a cambio de un precio, mediante distintos contratos de 18 de mayo, 9, 15, 16 y 20 de junio de 1973. Don F. y doña M. —sucesores del Conde de Peña Ramiro— interpusieron demanda judicial contra el alcalde del municipio de Casayo y los cesionarios, en la que solicitaron la nulidad de los contratos de cesión. El Juzgado de Primera Instancia de O Barco de Valdeorras dictó sentencia el 21 de marzo de 1995, en que se desestimó la demanda, entre otros motivos, por falta de legitimación activa. Los demandantes recurrieron en apelación. La Audiencia Provincial de Orense dictó sentencia el 27 de noviembre de 2000, en la que desestimó el recurso por no haberse extinguido aún —según la misma sentencia— un supuesto foro otorgado en el mencionado acuerdo de 28 de septiembre de 1891. Los

demandantes recurrieron en casación. El TS casa la sentencia recurrida por incongruencia, resuelve dentro de los términos en que aparece planteado el debate y admite la legitimación activa de don F. y doña M., pero desestima la demanda por considerar improcedente la nulidad de los contratos de cesión. Además del razonamiento ya expuesto en torno a la concesión administrativa de la explotación de las minas, la sentencia del TS señala que para realizar el juicio de nulidad de los contratos por indisponibilidad de su objeto –esto es, sobre si los cesionarios pudieron recibir o no los derechos cedidos– es necesario un proceso judicial previo en el que se determine el alcance de los derechos otorgados por el Conde de Peña Ramiro a los vecinos de los pueblos de Casayo y Lardeira mediante el acuerdo de 28 de septiembre de 1891. (J. M. B. S.)

18. Concepto de dación en pago.—Esta figura jurídica, conforme a la construcción de la jurisprudencia civil, opera cuando la voluntad negocial de las partes acuerdan llevar a cabo la satisfacción de un débito pendiente, y el acreedor acepte recibir del deudor determinados bienes de su propiedad, cuyo dominio pleno se le transmite para aplicarlo a la extinción total del crédito, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa (SS de 19 de octubre de 1992, 26 de junio de 1993, 2 de diciembre de 1994, 8 de febrero de 1996, entre otras).

Dación en pago sujeta a condición suspensiva.—El referido documento privado de 20 de junio de 1994 no contiene dación en pago, ya que en el mismo se hace constar bien expresamente que las tres máquinas entregadas eran incompletas, no funcionaban ni tenían valor alguno, por lo que debían de ser completadas y reparadas por la deudora antes de la fecha que se fija –15 de julio de 1944 (*sic*)–, y en ese momento era cuando se debía de hacer «una propuesta de pago conforme al valor que entonces tuvieran las mencionadas máquinas para cancelar o pagar en parte la deuda». Resulta contundente la estipulación que contiene el documento referente a que ha de quedar bien entendido entre las partes «que mientras las máquinas no se reparen, y pongan en funcionamiento no se podrá llegar a trato alguno, ni se considera que la entrega de las máquinas en el estado en que ahora están se realiza para pago ni parcial ni total de la deuda». La sentencia establece como hecho probado que la reparación de las máquinas no se llevó a cabo por quien había asumido tal obligación, así como que no se había demostrado que la demandante no hubiera permitido su arreglo y puesta en marcha para su funcionamiento correcto. En atención a lo expuesto hay que concluir que el documento de referencia se presenta como un negocio que arbitra una posible solución de la deuda pendiente, tratándose más bien de una propuesta de dación en pago (dación proyectada) que no se llegó a perfeccionar.

Responsabilidad del administrador de la sociedad por la omisión de la obligación legal de depositar en el Registro las cuentas anuales de la entidad.—La sentencia recurrida establece como hecho probado –firme en casación– que el administrador demandado nunca presentó ni depositó las cuentas anuales de la entidad y correspondientes a los años 1990, 1991, 1992, 1993, 1994 y 1995. De este modo incumplió con la obligación imperativa de formular las cuentas anuales a partir del cierre del ejercicio social y de su necesario e inexcusable depósito en el Registro. Se privó por tanto a la sociedad proveedora de poder conocer el estado económico de la demandada, dada

la publicidad registral que posibilita disponer de estos datos. (STS de 23 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad mercantil *Galipienzo S. L.* promovió demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Tudela contra *Angopiel, S. L.* y su administrador, don F. G. V. para que conjunta y solidariamente pagasen al actor la cantidad de ocho millones de pesetas en concepto de una compra de mercaderías. *Angopiel, S. L.* y don F. G. V. consideraron que la deuda estaba cancelada en virtud de una dación en pago suscrita en documento privado en fecha 20 de junio de 1994. El Juzgado de Primera Instancia de Tudela estimó en parte la demanda presentada por *Galipienzo, S. L.* Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia de Navarra revocó la sentencia de instancia y estimó íntegramente el recurso presentado por *Galipienzo, S. L.*, al considerar que el documento privado suscrito por ambas partes era sólo una propuesta de dación en pago que no llegó a perfeccionarse. Igualmente, declaró la responsabilidad solidaria del administrador de la sociedad, por cuanto que no presentó las cuentas anuales de la entidad y por tanto privó a la sociedad proveedora de poder conocer el estado económico de *Angopiel, S. L.* El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

19. Mora. Principio *in illiquidis non fit mora*.—La mora es la infracción de la obligación cometida por el deudor al retrasar el cumplimiento de la prestación debida, pero con posibilidad de cumplirla posteriormente. En esto se diferencia la mora de la imposibilidad de cumplimiento de la prestación. Sin embargo, en sentido estricto, al no poderse fuera del término pactado cumplir la prestación, se habla por ello de que la mora implica una «imposibilidad parcial», y se parte siempre, para estimar que existe, de la subsistencia de la pretensión para cumplir lo debido. Por consiguiente, en los negocios a plazo fijo la posibilidad de cumplir después la prestación no es suficiente y se da imposibilidad jurídica de cumplirla. En el caso de autos, la mora del Banco recurrente se da desde el requerimiento al pago de lo debido a los demandantes, en virtud del crédito obtenido por las cesiones a su favor, una vez producidas las subrogaciones previstas.

El motivo no puede ser tenido en cuenta, pues el brocado *in illiquidis non fit mora*, aplicable a supuestos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleva a efecto la fijación de la misma a través de la correspondiente resolución judicial, ha sido atenuado, en su aparente automatismo, por la doctrina jurisprudencial que introduce importantes matizaciones en su aplicación, las que en último término se entroncan con la conclusión de que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues a través de la misma lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor, y así la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de la suma, aun cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial (SS de 5 de abril de 1992, 18 de febrero, 21 de marzo y 24 de mayo de

1994, 1 de diciembre de 1997, entre otras). (**STS de 24 de septiembre de 2002**; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 7 de octubre de 1991, la entidad *Banco Meridional, S. A.*, concedió un préstamo con garantía hipotecaria por una cantidad de 445.000.000 de pesetas a la empresa *Aredam, S. A.*, para la construcción de sesenta viviendas. Las partes convinieron en el contrato que la entrega del capital prestado se haría efectiva abonando al prestatario el 70 por 100 del importe de las certificaciones de obra en el momento de su presentación, hasta la cantidad de 292.600.000 pesetas, y que la prestamista abonaría el resto del capital —o sea, la suma de 152.400.000 pesetas— al producirse la subrogación en la hipoteca de los adquirentes de las viviendas. Con fecha 20 de mayo de 1992, la empresa *Aredam, S. A.*, cedió el derecho a cobrar las sucesivas entregas del importe del préstamo a la empresa *Incelaco, S. L.*, como forma de pago del precio estipulado en el contrato de obra que las mismas habían concluido para terminar la construcción de las viviendas. Posteriormente, *Incelaco, S. L.* —y como garantía adicional *Aredam, S. A.* (*sic*)— cedió a favor de las empresas *Porras Millán, S. L.*, *Fumaco, S. L.*, y *Jesús Herrero, S. A.*, el derecho a cobrar las sucesivas entregas del importe del préstamo que fueran realizadas por el *Banco Meridional, S. A.*, como consecuencia de la subrogación en la hipoteca de los adquirentes de las viviendas, hasta el importe de 8.152.385, 16.631.576 y 23.228.466 pesetas, respectivamente. Esa operación devino insuficiente para el cobro del importe de las cesiones, por lo que las cesionarias *Porras Millán, S. L.*, *Fumaco, S. L.*, y *Jesús Herrero, S. A.*, interpusieron demanda contra *Aredam, S. A.*, *Incelaco, S. L.*, y *Banco Meridional, S. A.*, en la que solicitaron que se las condenase solidariamente al pago de esas cantidades. El Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Málaga dictó sentencia el 31 de julio de 1995 en la que estimó parcialmente la demanda, condenó a *Aredam, S. A.*, y *Incelaco, S. L.*, a abonar las cantidades reclamadas y, en cambio, absolió a la entidad *Banco Bilbao Vizcaya, S. A.* —sustituta procesal de *Banco Meridional, S. A.*, por absorción— por falta de litisconsorcio pasivo necesario. A continuación las cesionarias recurrieron en apelación. La Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.^a, estimó el recurso interpuesto mediante sentencia recaída el 19 de febrero de 1997, y condenó a la entidad *Banco Bilbao Vizcaya, S. A.*, a pagar a *Porras Millán, S. L.*, *Fumaco, S. L.*, y *Jesús Herrero, S. A.*, las cantidades adeudadas de 7.756.823, 15.824.586 y 22.101.398 pesetas, respectivamente, y los intereses legales devengados desde el momento en que se realizó su reclamación judicial. La Audiencia señaló que la ausencia de otros cesionarios en el proceso —invocada por la recurrente— no constituía un supuesto de falta de litisconsorcio pasivo necesario, ni un quebrantamiento de las formas del proceso. La entidad *Banco Bilbao Vizcaya, S. A.*, recurre en casación, entre otros motivos, por entender infringida la doctrina jurisprudencial dictada en aplicación del artículo 1100 del CC y del principio *in illiquidis non fit mora*. Según la recurrente, la Audiencia Provincial reduce las cantidades reclamadas en la demanda y, por consiguiente, esas

no devienen líquidas hasta el momento en que ese tribunal dicta sentencia en la que fija las cantidades a pagar efectivamente. El TS desestima el recurso. (*J. M. B. S.*)

20. Facultad resolutoria. Ejercicio extrajudicial.—Es doctrina reiterada del TS que la facultad resolutoria de los contratos puede realizarse en nuestro Ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte. Todo ello, sin perjuicio de que sean los tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, determinando si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada. Para que pueda declararse judicialmente bien hecha la resolución extrajudicial de un contrato se requiere petición expresa de la parte legitimada para ello.

Recurso de casación. Ataque de la prueba de presunciones.—La supresión del antiguo motivo de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, ha conducido a que el único modo para atacar casacionalmente la prueba de presunciones en cuanto al hecho base de la presunción, sea alegar error de derecho en la valoración de la prueba, al amparo del artículo 1692.4 LEC 1881 y con cita de la norma valorativa de la prueba que se considere infringida.

El artículo 1249 CC no puede ser alegado en casación, al no contener el mismo norma alguna de valoración de la prueba.

Recurso de casación. *Presumptio factu*.—El juicio lógico del tribunal *a quo* sólo es censurable en casación cuando notoriamente falte el enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trate de deducir según las reglas del criterio humano.

Contrato de compraventa. Prueba de la falta de precio.—Cuando se prueba que una parte importante del precio se pagó en el momento del otorgamiento de la escritura, la circunstancia de que no resulte probado el pago del resto confesado, no impide declarar la existencia de un precio real y cierto en la compraventa.

Sin embargo, si se trata de precio meramente confesado por el vendedor, no entregado en el momento del otorgamiento de la escritura pública de compraventa, incumbe a quien alega la existencia y realidad del precio, la prueba de la misma.

Artículo 34 LH. Fe pública registral.—La fe pública registral despliega su eficacia protectora a favor del tercer adquirente que, de buena fe, contrató confiado en lo que publica el Registro, aunque este sea inexacto y discordante con la realidad extraregistral. La buena fe cabe entenderla como puro y simple desconocimiento de la inexactitud registral pero también como creencia de titularidad del transmitente (sentido positivo) e ignorancia de inexactitudes o vicios invalidatorios de esa titularidad (sentido negativo).

Artículo 34 LH. Presunción de buena fe.—La presunción *iuris tantum* de buena fe que en este ámbito proclama el artículo 34 LH ha de ser debidamente desvirtuada, con probanzas auténticas y fehacientes. La declaración de existencia o inexistencia de buena fe es una cuestión de hecho y, por tanto, de libre apreciación del juzgador de instancia, pero es un concepto jurídico que se apoya en la valoración de una conducta deducida de unos hechos, cuya valoración jurídica puede ser sometida a revisión casacional.

Artículo 34 LH. Exigencia de adquisición de un título válido.—El juego de la protección registral a favor del adquirente de buena fe sólo cabe dispensarla a favor de quien adquiere por un título válido. (STS de 28 de junio de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El 28 de octubre de 1988 y el 23 de febrero de 1989, M. P. G. C. vende a *Solinca, S. L.*, por contratos privados dos fincas; en dichos contratos se establece una cláusula en la que se concede a la compradora la facultad de resolver el contrato en el término de un año a partir de la fecha del contrato en caso de que no llegara a ser aprobado definitivamente el proyecto de reparcelación y adjudicadas las parcelas.

El 24 de junio de 1994 *Solinca* interpone demanda contra M. P. G. C. solicitando la elevación a escritura pública de los contratos de compraventa.

El 30 de septiembre de 1994 M. P. G. C. vende una de las parcelas anteriormente vendidas a *Solinca* a las entidades *Construcciones Verde Suárez, S. L.*, y *Cabral Ramos, S. L.* No consta la entrega de todo o parte del precio. Las entidades compradoras fundan el 11 de diciembre del mismo año la sociedad *Promoscuan, S. L.*, con la aportación de la finca comprada.

El 26 de octubre de 1994 M. P. G. C. vende la segunda de las parcelas anteriormente vendidas a *Solinca* a *Promociones Peña Suárez, S. L.*, constituida el día anterior. *Incansa* presta sin intereses por tres años una parte del dinero necesario para el pago del precio a través de un cheque a favor de la vendedora.

El precio estipulado en los contratos de 1994 era menor del estipulado en los contratos de 1988 y 1989.

Solinca amplía la demanda a las tres entidades compradoras de los contratos de 1994.

El 22 de marzo de 1995, *Promociones Peña Suárez, S. L.*, transmite a *Fecsa* la parcela adquirida a M. P. G. C. a cambio de determinadas participaciones indivisas en un edificio de cuatro plantas a construir por *Fecsa* en cuatro años a partir de la obtención de la licencia municipal de obras.

Incansa y *Fecsa* tienen el mismo domicilio social, el Administrador único de la primera es Presidente del Consejo de Administración de la segunda y ambas entidades se defienden en el pleito que da lugar a la sentencia reseñada por los mismos abogados. (B. F. G.)

21. Resolución de contrato de permuta.—En el contrato de permuta de cosa actual por cosa futura puede ejercitarse acción resolutoria por parte del contratante que ha cumplido con los deberes contractuales pactados en el contrato, siempre que la otra parte haya incumplido de manera grave y culpable los suyos. Transcurridos los plazos de ejecución establecidos en el acuerdo contractual sin haber comenzado ni siquiera a construir en el suelo cedido; y cumplida por parte del que ejercita la acción resolutoria la exigencia de requerimiento judicial o por acta notarial *ex artículo 1504 CC* (cuya aplicación permite expresamente el art. 1541 CC), por tratarse de bienes inmuebles, no cabe conceder nuevo término para el cumplimiento y procede la acción resolutoria.

En definitiva, se trata de que uno de los contratantes cumple con las obligaciones derivadas del acuerdo mientras que el incumplimiento de la otra parte frustra la propia finalidad del negocio, en este caso consistente en ceder unos terrenos a otro para que este construya, a cambio de que ulteriormente se entreguen determinadas viviendas, locales etcétera, al que cedió tales terrenos.

Cláusula penal moratoria en la permuta.—La aplicación de dicha cláusula no requiere a diferencia de la indemnización de daños y perjuicios, la prueba del daño ocasionado, y solamente tiene lugar la modificación equitativa de la pena por parte del Juez cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, pero no cuando tal incumplimiento es total. En cualquier caso, la potestad correctora a que hace referencia el artículo 1154 CC no es aplicable en casación, tal y como ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones la jurisprudencia (SSTS de 22 de diciembre de 1997 y 14 de diciembre de 1998), sin perjuicio del carácter restrictivo de su aplicación. Lo que en todo caso debe tenerse en cuenta es que el momento a partir del cual debe hacerse efectiva la pena requiere voluntad en el incumplimiento y culpa por parte del contratista, lo que significa que no deben incluirse como mora del deudor aquellos días en que ha existido incumplimiento por causas ajenas al propio contratista. (**STS de 8 de octubre de 2002; ha lugar.**)

HECHOS.—Celebrado un contrato de permuta atípico *do ut des* (denominado así por la jurisprudencia: SSTS de 7 de julio de 1982 y 24 de octubre de 1983), entre un particular y la mercantil *Herson, S. A.*, y cumplidas las obligaciones que le incumben a esta última, aquel no cedió las fincas descritas al otro contratante, razón por la cual se solicita por parte de la mercantil la resolución de dicho contrato por incumplimiento de las obligaciones propias del demandado, la restitución de los terrenos cedidos con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios determinados en virtud de la cláusula penal moratoria incluida en el contrato; si bien, y por su parte, la mercantil debía reintegrar al demandado la cantidad entregada por este la cual podría satisfacerse mediante compensación parcial en la parte correspondiente. Así las cosas, el Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimando parcialmente la demanda y desestimando la reconvención formulada por el demandado. Dicha resolución es confirmada ulteriormente por la Audiencia Provincial. La parte condenada en ambas sentencias interpone recurso de casación que es estimado por el TS. La mercantil también recurre y el demandado reconviene de modo que el recurso se estima en parte, mientras que la reconvención es rechazada íntegramente. (*J. D. S. C.*)

22. Existencia de condición resolutoria.—A pesar de que en el contrato se fijaba una duración del mismo de cinco años, el hecho de que este contrato fuese celebrado por un administrador que había sido nombrado en un acuerdo impugnado, hace que la demandada se cuestione si no se trata de un contrato sometido a condición resolutoria. Si bien es cierto que la demandante conocía la existencia de la impugnación del acuerdo social de nombramiento del administrador, el artículo 122.1 de la LSA establece que la sentencia que estime la acción de impugnación producirá efectos frente a los

accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe, y la jurisprudencia afirma que la buena fe no se pierde por saber que el acuerdo ha sido impugnado. Además, se debe tener presente la jurisprudencia de esta Sala que establece que la existencia de una condición no se presume y se debe probar que la obligación se subordina a un suceso futuro e incierto. Finalmente, las condiciones resolutorias deben aparecer de forma expresa en el contrato. En consecuencia, no se puede limitar la vigencia del contrato al cese del administrador.

Concepto de daño.—La doctrina suele dar un concepto objetivo de daño y declara que es aquel menoscabo que, como consecuencia de un evento determinado, sufre una persona, ya sea en sus bienes vitales naturales, ya sea en su patrimonio. El concepto de daño debe incluir la nota de antijuridicidad, aunque no es necesario aludir a la culpabilidad del responsable. Por tanto, el daño sería todo aquel menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual debe responder otra.

Concepto y fundamento del lucro cesante.—El artículo 1106 del CC dispone que la indemnización de daños y perjuicios comprende tanto la perdida que haya sufrido como las ganancias que haya dejado de obtener. A diferencia del daño emergente, el lucro cesante se delimita por un juicio de probabilidad, es decir, se apoya en la presunción de cómo se habrían desarrollado los acontecimientos si no hubiese tenido lugar el hecho dañoso, por ejemplo, de no haberse resuelto por incumplimiento el contrato. El fundamento de la indemnización del lucro cesante se halla en la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en la que se encontraría si el suceso dañoso no se hubiera producido. El pronóstico de las ganancias dejadas de obtener no se puede dejar a manos del perjudicado, sino que se debe seguir un criterio objetivo. Según la S de esta Sala de 8 de julio de 1996, las ganancias que se pueden reclamar son aquellas en que concurre similitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables y se debe acreditar el nexo causal entre el evento y la pérdida de provecho económico. (STS de 26 de septiembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—*Cinesa y Espectáculos Padró y Cabot, S. L.* celebraron un contrato en virtud del cual Cinesa se obligaba a programar en exclusiva las salas de exhibición cinematográfica *Atlantida*, que pertenecían a *Espectáculos Padró y Cabot*. A cambio de esta programación, Cinesa recibiría un porcentaje de los ingresos en taquilla. La duración de este contrato había de ser de cinco años. En el momento en que se celebró este contrato, en el Registro Mercantil figuraba inscrita una anotación preventiva de demanda de anulación de acuerdo social de nombramiento de administrador. Este administrador era el que había celebrado el contrato con Cinesa. Al cesar este administrador, *Espectáculos Padró y Cabot* finalizó el contrato y dejó de pagar la remuneración de los honorarios devengados por Cinesa. Cinesa interpuso demanda contra *Espectáculos Padró y Cabot, S. L.*, en la que solicitaba la resolución del contrato por incumplimiento y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a la demandada al pago de los honorarios devengados así como los daños y perjuicios ocasionados. La demandada interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que estimó

en parte el recurso y declaró que *Espectáculos Padró y Cabot, S. L.*, sólo debía pagar los honorarios y no había lugar a indemnización por daños. La actora recurrió esta sentencia ante el TS, que declara que ha lugar el recurso porque considera que la entidad recurrente no obtuvo determinadas ganancias como consecuencia del incumplimiento. (M. V. V.)

23. La subsidiariedad de la acción rescisoria y la solidaridad de los deudores.—El artículo 1294 del CC reconoce el carácter subsidiario de la acción rescisoria, de modo que sólo se puede ejercitar cuando no sea posible cobrar de otro modo la deuda. Sin embargo, esta regla quiebra en los casos de solidaridad pasiva, ya que el deudor puede dirigir su acción contra el deudor que considere más conveniente, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 1111, 1137 y 1144 del CC. En estos supuestos, es la solvencia o insolvenza del deudor o fiador contra quien se acciona la que se debe tener en cuenta, sin perjuicio de la acción del fiador solidario de dirigirse contra el deudor principal y con independencia del patrimonio del resto de los deudores. En el caso examinado por esta Sala, los tres demandados en juicio ejecutivo fueron condenados solidariamente al pago de la deuda. Además, la obligación de los fiadores es cambiaria y, como disponen los artículos 35, 49 y 57 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque, los avalistas responden de forma solidaria.

Presunción de enajenación fraudulenta.—El artículo 1297.II CC dispone que se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra quienes se ha dictado sentencia condenatoria o se ha expedido embargo de bienes. Aunque, en el presente caso, los demandados cesan en la indivisión de fincas antes que se iniciase el procedimiento ejecutivo, es cierto que con anterioridad había existido una reclamación de la deuda del acreedor contra los deudores. Además, la doctrina de esta Sala ha señalado en repetidas ocasiones que la existencia de fraude en los contratos onerosos no está limitada a los casos de presunción establecidos en el artículo 1297 CC, sino que puede apreciarse de diferentes modos, según lo que se desprenda de la prueba practicada y sin que sea necesario obtener una previa declaración de insolvenza en juicio, si el acreedor consigue probar la existencia de fraude y que no puede hacer efectivo su crédito en los bienes del deudor demandado. (STS de 24 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa *Mitar, S. A.*, adeudaba una determinada suma de dinero a la sociedad *Technal Ibérica, S. A.* Para pagar esta cantidad, libró unos pagarés a favor de esta última sociedad, pagarés que fueron avalados por don J. T. I. y don A. J. M. S y de los cuales sólo se pagaron los cuatro primeros. A mediados de 1994, don A. J. M. S. cedió a su esposa, doña M. C. V., las mitades indivisas de dos fincas de las que ambos eran copropietarios. Este acto fue inscrito en el Registro de la Propiedad, por lo cual doña M. C. V. aparecía como única propietaria de las fincas. A finales de 1994, *Technal Ibérica, S. A.* promovió juicio ejecutivo contra *Mitar, S. A.*, don J. T. I. y don A. J. M. S. En este procedimiento ejecutivo se embargaron los bienes de los demandados don J. T. I y don A. J. M. S., pero no pudo tener lugar la anotación de embargo de las mitades

indivisas de las fincas de don A. J. M. S., porque estaban inscritas a nombre de su esposa. En 1996, *Technal Ibérica* presentó demanda contra don A. J. M. S. y su esposa, en la que solicitaba que se declarase ineficaz el acto dispositivo realizado por don A. J. M. S. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, que fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Lleida por la actora. La Audiencia estimó el recurso de apelación y contra dicha resolución los demandados interpusieron recurso de casación, ya que consideraron que no se había agotado la vía de apremio y que el acto de adjudicación de fincas no era fraudulento porque se había realizado con anterioridad al juicio ejecutivo. El TS desestima el recurso.

NOTA.—Como manifiesta esta sentencia, el artículo 1294 CC exige, para que prospere la rescisión, que el deudor no tenga suficientes bienes para hacer frente al pago de la deuda. Sin embargo, esta sentencia también pone de manifiesto la doctrina del TS sobre el régimen de la regla de la subsidiariedad en los casos de solidaridad de deudores. Tal y como ya declaró el TS en la S de 3 de octubre de 1995 (RJ 1995/7178), que resolvía un caso de cofianza solidaria, la obligación solidaria que asumen los cofiadores tiene carácter autónomo frente al acreedor, de modo «que le desliga de vincularse a los restantes obligados solidarios, si dirige la acción contra uno sólo de ellos, puesto que el carácter subsidiario de la acción rescisoria, no impone al acreedor la demostración de la insolvencia de los restantes deudores». Esta doctrina ha sido reiterada en las SSTS de 11 de abril de 2001 (RJ 2001/3639) y de 15 de marzo de 2002 (RJ 2002/2841). (M. V. V.)

24. Plazo para la interposición de la tercería de mejor derecho.—Según el artículo 1533 de la LEC, la tercería de mejor derecho se debe interponer antes de que se haya realizado el pago al acreedor ejecutante. La aprobación del remate a favor de la ejecutante no se produce automáticamente, sino que requiere una resolución judicial que la acuerde y mande cumplirla. Será el momento en el que se ejecute esta resolución judicial cuando existirá la adjudicación del bien embargado al ejecutante en el pago de su crédito. Y, en consecuencia, es esta adjudicación la que fija el momento final del plazo de interposición de la tercería.

La doctrina del levantamiento del velo.—Para que prospere este tipo de tercería es necesario que concurran dos acreedores de un mismo deudor. En este supuesto, la *Tesorería General de la Seguridad Social* no ostentaba ningún crédito contra el demandado, sino contra sociedades anónimas, de modo que no coincide el titular del bien embargado con el deudor de la entidad pública. Sin embargo, como ha venido proclamando esta Sala en reiteradas ocasiones, en atención al principio de buena fe y a la equidad, habrá casos en que se debe penetrar en el *substratum* personal de las sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con la finalidad de evitar que se perjudiquen intereses públicos o privados o cuando esta persona jurídica pueda ser utilizada como fraude. En estos casos, se produce un abuso de la personalidad jurídica independiente de la entidad y se incurre en un ejercicio antisocial del derecho. En el caso examinado por esta Sala, se debe aplicar la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo, ya que el auténtico deu-

dor de las cuotas obreras era el demandado, que utilizaba unas empresas ficticias para beneficiarse de la limitación de responsabilidad.

Preferencia de los créditos por cuotas de la Seguridad Social.—Como ha declarado la S de 24 de mayo de 2001 de esta Sala, los créditos por cuotas de la Seguridad Social gozan, sin limitación temporal alguna, de la misma preferencia que los créditos a los que se refiere el artículo 1924.1 CC. En consecuencia, el artículo 1924.3 CC no es aplicable a esta clase de créditos, ya que, como dispone el mismo artículo, sólo es aplicable a créditos sin privilegio especial y los créditos por cuotas obreras gozan de un privilegio especial. Por este motivo, tampoco se aplican a esta clase de créditos las limitaciones temporales que el apartado E) del párrafo segundo del artículo 1924 CC establece. (STS de 10 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Durante los años ochenta, don M. H. M. había creando varias sociedades anónimas, de las cuales era el gestor y dueño. Don M. H. M. no ingresaba en la Seguridad Social las cuotas obreras de los trabajadores de estas empresas. Por este motivo, fue condenado por un delito de apropiación indebida. Además, don M. había avalado a la sociedad *Aldecan, S. A.* por las deudas que ésta tenía con *Caja de Ahorros del Mediterráneo*. El crédito que ostentaba la citada Caja contra don M. constaba en un documento público emitido en 1989. Frente al impago de estas deudas, la citada Caja promovió juicio ejecutivo contra don M. H. M. La *Tesorería General de la Seguridad Social* interpuso tercería de mejor derecho contra la citada Caja y don M., ya que consideraba que era titular de un crédito preferente al de la ejecutante. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la tercería de mejor derecho. Esta solución fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Alicante, que estimó el recurso de apelación. La *Caja de Ahorros del Mediterráneo* interpuso recurso de casación contra esta sentencia, ya que consideraba que ella y la entidad pública no tenían créditos frente el mismo deudor y, además, que, su crédito era preferente al de la Seguridad Social, porque los créditos por cuotas obreras constaban en un documento público de 1992 mientras que su crédito estaba documentado en una fecha anterior. El TS declara, no ha lugar.

NOTA.—El problema que se plantea en esta sentencia es determinar si los créditos por cuotas obreras de la Seguridad Social son o no preferentes a los de la *Caja de Ahorros del Mediterráneo*. El TS considera que el crédito por cuotas obreras de la Seguridad Social es un crédito preferente respecto cualquier otro tipo de crédito y que no se debe acudir al artículo 1924.3 CC, la aplicación del cual supondría que el crédito preferente es el de la citada Caja. Para justificar su decisión, el TS aplica, correctamente, el artículo 29 del Real Decreto 1517/1991, de 11 de octubre, que aprueba el Reglamento General de Recaudación de los recursos del Sistema de Seguridad Social. Según este artículo, los créditos por cuotas de la Seguridad Social gozan, respecto de la totalidad de los mismos, *sin limitación temporal alguna*, de igual preferencia que los créditos a que se refieren el apartado primero del artículo 1924 del CC y la letra D) del apartado primero del artículo 913 del CCO. En conse-

cuencia, este artículo elimina el límite temporal que había existido hasta ese momento.

No obstante, a pesar de que esta sentencia declara que el artículo 22 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, recoge la misma redacción que el artículo 29 del Real Decreto 1517/1991, esto no es cierto, ya que el artículo 22 del citado Real Decreto Legislativo excluye la mención «sin limitación temporal alguna». La misma redacción dada por este artículo 22 aparece en el artículo 30.1 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los recursos del Sistema de Seguridad Social. En consecuencia, a partir del Real Decreto Legislativo 1/1994 se ha vuelto a la misma redacción que, a partir de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado, se daba al artículo 15 de la Ley 40/1980, de 5 de julio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social. Y, por tanto, sólo gozan de preferencia los créditos por cuotas de la Seguridad Social referentes a la última anualidad vencida y no pagada. (M. V. V.)

25. Clases de novación.—Dice la S de 23 de mayo de 2000 que «en el Derecho español se reconoce tanto la novación extintiva como la meramente modificativa o impropia y el deslinde o separación entre ellos debe hacerse tomando en cuenta la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación. En todo caso, mientras el vínculo originario subsista, existirá tan sólo la novación modificativa o impropia, como han recogido las SS de 26 de mayo de 1981, 22 de diciembre de 1982, 16 de febrero de 1983 y 26 de julio de 1987, entre otras. Lo cierto es que los acuerdos habidos entre las partes supusieron una modificación o alteración del sistema establecido en el contrato inicial sobre la forma de efectuarse el pago del precio de la obra; ya se califiquen tales pactos como novación extintiva o modificativa, fruto, en todo caso, de un acuerdo transaccional entre las partes para solucionar las cuestiones pendientes relativas al pago de la obra ejecutada, tales pactos son vinculantes para las partes.

Interpretación de los contratos.—Dice la S de 21 de abril de 1993 que «la interpretación de los contratos y demás actos jurídicos aunque haya de partir de la expresión contenida en las palabras pronunciadas o escritas, no puede detenerse en el sentido riguroso o gramatical de las mismas y ha de indagar fundamentalmente la intención de las partes y el espíritu y finalidad que hayan poseído el negocio, infiriéndose de las circunstancias concurrentes y de la total conducta de los interesados, como así viene a sancionarlo el artículo 1282 CC, lo cual no excluye —como ha acreditado entre otras la sentencia de 8 de abril de 1931— los actos anteriores ni las demás circunstancias que puedan contribuir a la acertada investigación de la voluntad de los otorgantes. La S de 8 de julio de 1996 manifiesta que «es doctrina de esta Sala (SS de 11 de octubre de 1989 y 16 de julio de 1992, entre otras muchas) la de que cuando de lo alegado y probado en el proceso surjan dudas fundadas acerca de la verdadera intención de los contratantes, el órgano judicial no puede detenerse en la mera literalidad de los términos del contrato, por claros que estos pudieran parecer, sino que tiene el deber de indagar lo verdaderamente querido o intención evidente de los contratantes, acudiendo para ello a

los demás medios exegéticos que le brinda el ordenamiento jurídico, uno de los cuales es atender a los actos coetáneos y posteriores de los contratantes, conforme establece el artículo 1282 del CC. (STS de 26 de junio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad mercantil *Construcciones Poley, S. L.* formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Sevilla contra *Jardín Residencial La Alameda S. L.* en reclamación de diecisiete millones de pesetas, importe de la última certificación de obras ejecutadas en cumplimiento del contrato de obra suscrito entre ambas sociedades en 30 de junio de 1991. La sociedad *Jardín Residencial La Alameda, S. L.* contestó a la demanda oponiéndose a la misma y formuló demanda reconvencional en la que solicitaba a *Construcciones Poley, S. L.* la cantidad de cuarenta y siete millones de pesetas, en atención a los pactos que las partes celebraron el 4 de agosto de 1992 y que, a su entender, modificaban el sistema establecido en el contrato inicial sobre la forma de efectuarse el pago del precio de la obra. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de *Construcciones Poley, S. L.* al mismo tiempo que estimó parcialmente la reconvenCIÓN formulada por *Jardín Residencial La Alameda, S. L.* Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, fue desestimado por la Audiencia de Sevilla. El TS declara haber lugar al recurso de casación al entender que se ha producido una novación del contrato. Asumiendo la instancia, declara la desestimación de la demanda formulada por *Construcciones Poley, S. L.* contra *Jardín Residencial La Alameda, S. L.*, así como la estimación parcial de la demanda reconvencional formulada por esta última sociedad. (A. S. C.)

26. Requisitos de la novación extintiva (art. 1204 del CC).—Es esencial y característica de la novación la sustitución de una relación obligatoria por otra, hecha con el designio de extinguir o modificar la primera, es decir, que a los efectos de ese sustancial cambio obligacional es requisito esencial, para que la novación sea extintiva, la intención de los contratantes, o *animus novandi*, de dar por extinguido el contrato primitivo entre ellos existente, decisión esta que han declarar expresamente los contratantes como condición indispensable para que la novación se produzca a menos que la obligación antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles entre sí, conforme tiene establecido la jurisprudencia de este Tribunal que la novación nunca se presume y debe constar expresamente, exigiendo su concepto la creación de una relación obligatoria nueva, tan dispar y distante de la que altera que sea con ella incompatible, pues la novación entraña la sustitución o cambio de un convenio obligacional por otro, lo que presupone la subsistencia de una obligación reemplazada por otra debiendo aparecer de los términos del acto, con toda claridad, la voluntad de llevar a cabo la extinción de la primitiva obligación, aunque no siempre sea preciso esta constancia expresa, ya que el citado artículo 1204 del CC admite, al lado de la manifestación expresa de la voluntad de novar, la que cabe deducir de las incompatibilidades entre las convenciones, pues las simples modificaciones accidentales que sin alterar la esencia de una obligación preexistente se introduzcan en ella no producen el efecto de extinguir por novación. La escritura pública de 20 de junio

de 1994 contiene un acuerdo entre las partes intervenientes por el que se entregan a la acreedora determinados bienes inmuebles en pago de parte de la deuda reconocida, y así lo declaran las partes, «adjudicación en pago de deuda». La cesión en pago de los inmuebles descritos en la escritura pública de 1994 extingue, en la cuantía en ella establecida, la obligación existente, pero no crea una nueva que la sustituya, sino que esa extinción se produce por la satisfacción actual del interés del acreedor. (**STS de 27 de septiembre de 2002**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. G. F. prestó en escritura de 3 de junio de 1992 aval solidario a favor de *Aravaca Somosaguas, S. A.* Posteriormente *Aravaca Somosaguas, S. A.*, junto contra otras entidades, ante la imposibilidad de hacer frente a la deudas acumuladas con *Sefri Ingenieros, S. A.* adjudicaron a ésta, en escritura de 20 de julio de 1994, la fincas que en ella se detallan, cancelando parte de las deudas. Dado que *Aravaca Somosaguas, S. A.*, no había pagado la totalidad de la cantidad adeudada a *Sefri Ingenieros, S. A.*, esta última interpuso demanda contra el avalista J. L. G. F. en reclamación de la cantidad pendiente. El Juzgado de Primera Instancia condenó a J. L. G. F. al pago de la cantidad que se le reclamaba. El demandado interpuso recurso de apelación, y alegó la novación extintiva de la obligación afianzada por él en la escritura de adjudicación en pago de deuda de fecha 20 de julio de 1994. La Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto por el demandado. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por el demandado. (*R. T. B.*)

27. Diferenciación entre cesión del contrato y novación.—La cesión de contrato es una figura jurídica atípica que se construye al amparo de lo dispuesto en el artículo 1255 CC; siendo necesario para su validez no sólo el consentimiento del cedente y del cessionario sino además el del contratante cedido (SSTS de 26 de noviembre de 1982, 20 de marzo de 1985 y 21 de diciembre de 2000). Tal consentimiento puede ser expreso, esto es, cuando se pone de manifiesto a través de actos concluyentes por la parte cedida; o tácito que tiene lugar cuando, verbigracia, la transmisión se ha hecho pública y notoria en diversos medios de comunicación sin que haya existido oposición a ella por la parte cedida, o cuando existan determinados contactos entre el Presidente del Consejo de Administración de la parte cedida con la cedente o cessionaria, que impliquen el necesario conocimiento de la transmisión por parte de aquella.

Asimismo, la cesión del contrato excluye la novación y constituye la transmisión de todos los derechos y obligaciones (entendida de forma unitaria) derivadas de la relación contractual al cessionario; sin que ello implique la sustitución de un contrato por otro, que daría lugar a la novación. En este último caso, y precisamente por tratarse de una subrogación en la posición del cedente, se exige en todo caso el consentimiento del acreedor (art. 1205 CC), el cual debe constar además de una manera expresa, cierta y positiva según reiterada jurisprudencia (SSTS de 4 de febrero de 1993 y 19 de septiembre de 1998, entre otras). (**STS de 7 de octubre de 2002**; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil actora presenta demanda para que se declare resuelto el contrato celebrado entre aquella y las codemandadas; e inconsentida la cesión de dicho contrato a favor de *Uniprex, S. A.* Por su parte, las mercantiles codemandadas formulan reconvenCIÓN, de manera que en primera instancia se declara válida y eficaz la novación de una de las codemandadas a favor de *Uniprex S. A.*, si bien se resuelve el contrato por incumplimiento de la propia actora; estimándose además las reconvenciones respectivas en el sentido de condenar a la actora reconvenida al pago de una cantidad adeudada más el resarcimiento de daños y el abono de intereses del artículo 1124 CC. En grado de apelación la sentencia de instancia es confirmada a excepción de las costas de una de las reconvenciones. La actora reconvenida presenta recurso de casación, en el que alega indefensión en relación al artículo 5.4 de la LOPJ; infracción de los artículos 1203, 1204 y 1205, párrafos 1.^º y 2.^º; 1281, párrafo 1 CC con relación a la interpretación de los contratos; 1214, 1256 y 1124 CC.

NOTA.—Repárese en que el artículo 1214 CC ha sido derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (J. D. S. C.)

28. Compraventa de finca urbana con edificaciones: error en la apreciación de prueba pericial.—No cabe denunciar error en la valoración de la prueba pericial en relación con una apreciación fáctica que nada tiene que ver con la pericia; además no se observa contradicción entre lo afirmado en la resolución recurrida y las apreciaciones del informe pericial.

Interpretación del contrato: doctrina general.—La interpretación contractual constituye materia atribuida a la función soberana de la Sala de instancia sin que proceda someterla a revisión, salvo que las conclusiones sentadas sean ilegales, inverosímiles, o contradigan las reglas del raciocinio lógico, por lo que, de no darse este criterio desorbitado, deben mantenerse las apreciaciones efectuadas, incluso en aquellos supuestos en que pueda caber alguna duda acerca de su exactitud rigurosa, pues lo que se verifica en casación, al no ser una tercera instancia, no es la oportunidad del mejor criterio ilegalidad, irracionalidad o clara equivocación del sustentado en la resolución recurrida.

Interpretación de la palabra «legalización» contenida en el contrato.—Esta Sala comparte totalmente el criterio del juzgador de instancia, pues no resulta sostenible el aserto del recurrente de que aquel término se refiere a la obtención de los permisos y licencias urbanísticas, lo que implica necesariamente la previa ejecución de las obras que se reclama; en este caso, el comprador tenía perfecto conocimiento del estado del inmueble cuando lo adquirió, y no resulta lógico el silencio del documento habida cuenta de la envergadura de las obras reclamadas (cuya cuantía alcanza casi una tercera parte de la deuda principal); por otra parte, no era necesaria en ese tiempo la obtención del certificado de final de obra como requisito indispensable para conseguir la cédula de habitabilidad; la solicitud de esta debía realizarla el propietario, el inquilino o el precarista, y el comprador llevó a cabo diversas obras en ambas edificaciones. Abunda en tal interpretación el contenido de la cláusula 4.^a del contrato que literalmente indica que «en la finca vendida existen dos edificaciones, una de las cuales aparece inscrita en el Registro de la Propiedad. Los gastos ocasionados por la legalización de las propiedades serán satisfechas por mitades»; con lo que evidentemente se pone en relación

la legalización con la inscripción en el Registro y no con otros extremos, y, por otro lado, el vendedor se obliga a entregar la cosa pactada en el estado en que se encuentra cuando se celebró, y que era perfectamente conocido por el comprador.

Integración del contrato: buena fe.—La buena fe a que se refiere el artículo 1258 CC es un concepto objetivo, de comportamiento honrado, justo y leal (SSTS de 26 de octubre de 1995, 6 de marzo de 1999, 30 de junio y 25 de julio de 2000), que opera en relación íntima con una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o el contrato (STS de 22 de septiembre de 1997), supone una exigencia de comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena (SSTS de 16 de noviembre de 1979, 29 de febrero y 2 de octubre de 2000), de cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por los valores de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida (SSTS de 26 de enero de 1980, 21 de septiembre de 1987 y 28 de febrero de 2000). En el campo contractual, integra el contenido del negocio en el sentido de que las partes quedan obligadas no sólo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales, de tal modo que impone comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos (por todas, STS de 26 de octubre de 1995).

Venta de vivienda y venta de finca con edificaciones.—La STS de 16 de diciembre de 1996 ha establecido que el vendedor responde no sólo de la entrega de la casa, sino también de efectuarla con utilidad para su destino; es decir con la condición de habitabilidad; pero esta sentencia se refería a la venta de una vivienda y su doctrina no es aplicable cuando se enajena una finca con edificaciones cuyas condiciones y circunstancias eran perfectamente conocidas por el adquirente, por lo cual no se ha infringido el artículo 1258 CC y la doctrina jurisprudencial dictada en su aplicación, porque el vendedor ha dado al contrato cumplida y adecuada efectividad en relación con el fin concreto propuesto (SSTS de 6 de marzo de 1999 y 30 de junio de 2000), sin que en modo alguno quepa desorbitar el alcance de lo estipulado, que podría romper el justo equilibrio de las prestaciones en juego. (**STS de 12 de julio de 2002; no ha lugar.**)

NOTA.—En documento privado se pacta la compraventa de una finca urbana en la que hay varias edificaciones, al parecer en no buen estado de conservación e, incluso, de instalación (carecen de servicios de agua, alcantarillado y luz), conviniéndose en el precio de veinte millones de pesetas del que se abonan cinco millones, y se aplaza el resto en el plazo máximo de un año, a contar del día en que los vendedores hayan *realizado* las construcciones existentes en la finca. La defectuosa técnica redaccional del documento se subsana, pues ambas partes están de acuerdo en el proceso en que aquel término significa *legalizado*. Las discrepancias surgen al interpretar este último; los vendedores pretenden que se trata de la inscripción de la finca en el Registro de la Propiedad, mientras que los compradores quieren que se incluyan, además, la obtención de la cédula de habitabilidad y demás trámites para llevar a cabo la legalización administrativa de la finca. Los vendedores reclaman la diferencia de

precio aplazado una vez que han cumplido el trámite registral y obtienen sentencia favorable en ambas instancias. El TS rechaza el recurso de casación interpuesto por el comprador (Pte.: Corbal Fernández).

La sentencia establece un tratamiento jurídico diferenciado entre la venta de una vivienda y la de una finca urbana en la que hay construcciones. El artículo 1468, párrafo 1.º, CC ordena que el vendedor entregue la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato; ello significa el estado cuantitativo, cualitativo, físico y jurídico de la cosa al tiempo de la venta (cfr. lo que digo en *Comentarios Albaladejo*, vol. XIX, 2.ª ed. pp. 229 s.). La sentencia extractada subraya que no resulta aplicable la doctrina del STS de 16 de diciembre de 1996, referida a una vivienda cuyas condiciones de habitabilidad son expresamente requeridas en la sentencia. En el presente caso el comprador conocía perfectamente las condiciones que reunía la finca urbana con las edificaciones que adquiría y el estado en que se encontraban, y no cabe exagerar el alcance de lo pactado *que podía desorbitar el justo equilibrio de las prestaciones en juego*. Aunque ello no se dice expresamente, se sobreentiende que el demandado compra para derribar, aunque luego parece cambiar de intención. Ese *justo equilibrio de las prestaciones* ¿no evoca el justo precio? Parece que la sentencia se sitúa en el plano de la equidad y de la justicia del caso concreto. (G. G. C.)

29. Sustitución fideicomisaria en el contrato de donación.—El Código civil sólo regula la sustitución fideicomisaria en la herencia o el legado dispuesto en sucesión testada. Sin embargo, cabe establecerse en el contrato de donación regulado en el Código civil no sólo porque así lo permite el principio de autonomía de la voluntad, sino también porque a ella se refiere con terminología impropia el artículo 641 CC.

Prohibición de discriminación del hijo adoptivo.—Dicha prohibición se deriva de dos preceptos constitucionales: el artículo 14 CE, que consagra el principio de igualdad ante la ley, no permitiendo discriminación por razón de nacimiento, y el artículo 39 que declara la protección integral de los hijos, iguales, estos ante la ley, con independencia de su filiación. El Código civil refleja asimismo dicho principio en el artículo 108.II al establecer que «la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos».

Recurso de casación. Revisión de la interpretación del contrato realizada por el Tribunal de instancia. Requisitos.—La interpretación del contrato es función del Tribunal de instancia, siendo revisable en casación sólo cuando aquella sea absurda, ilógica o contraria a Derecho. (STS de 28 de junio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El 8 de noviembre de 1965, los cónyuges M. P. J. y P. P. B. donan a su hijo adoptivo R. P. P. varias fincas de propiedad ganancial de los donantes por escritura pública. En la donación se establece que a la muerte del donatario las fincas pasarán a sus descendientes legítimos; si fallece sin dejar descendencia, a sus padres,

donantes; si estos le han premuerto, pasará la mitad a un grupo de sobrinos y la otra mitad a otro grupo de sobrinos.

Los donantes premurieron al donatario, quien fallece dejando un hijo adoptivo. Uno de los sobrinos formula demanda contra el hijo adoptivo. (B. F. G.)

30. Falta de transmisión de la propiedad en el contrato de leasing.—El contrato de arrendamiento financiero, o *leasing*, a diferencia de lo que ocurre en la compraventa de bienes muebles a plazos, no transfiere la propiedad de los bienes objeto del contrato, sino solamente la posesión de los mismos, conservando la propiedad la entidad arrendadora. Nos encontramos ante un contrato de arrendamiento financiero o *leasing*, en el que como en cualquier contrato de arrendamiento, el arrendatario no adquiere la propiedad de la cosa arrendada, sino solamente el derecho de uso y posesión de la misma, conservando el arrendador el dominio del bien, no considerando incluidos los llamados arrendamientos financieros, en los supuestos de la venta de bienes muebles a plazos, según dispone el artículo 21 del Real Decreto-Ley 15/1977, de 25 de febrero.

No hay infracción a la doctrina jurisprudencial que se cita, en concreto, la de esta Sala, de 28 de mayo de 1990, pues aunque es cierto que en la misma se apreció la existencia bajo apariencia de un contrato de arrendamiento financiero, o *leasing*, se encubría en realidad una compraventa de un bien mueble a plazo, en el que el vendedor no se había reservado el dominio hasta que concluyera el pago del precio, obedeció a un supuesto puntual, en el que para el pago de las cuotas se habían librado letras de cambio, letras que seguidamente fueron negociadas, incluso la que cubría el precio de la opción, supuesto que no es el caso de autos, en los que, como se analiza en la sentencia recurrida, se cumplen todos los requisitos del contrato de *leasing*, tanto personales como reales y formales, para calificar el contrato de arrendamiento financiero, sin que a estos efectos la nimiedad del valor de la cuota residual sea obstáculo para tal calificación, como se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia de esta Sala, de la que son muestras las SS de 3 de noviembre de 2000 y la de 12 de marzo de 2001. (STS de 7 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—*Fiat Leasing, S. A.* entregó a través de un contrato de arrendamiento financiero dos camiones a *Transportes Frigoríficos Mendivil, S. A.* Más tarde estos camiones fueron embargados ante el impago de las correspondientes cuotas de la Seguridad Social por *Transportes Frigoríficos Mendivil, S. A.*, *Fiat Leasing, S. A.*, interpuso tercera de dominio contra la *Tesorería de la Seguridad Social* y contra *Transportes Frigoríficos Mendivil, S. A.* y solicitó que se alzase el embargo trabado sobre los camiones citados por ser de su propiedad. La sentencia de instancia alzó el embargo por no ser los camiones propiedad de *Transportes Frigoríficos Mendivil, S. A.* La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de la instancia. El TS desestimó el recurso de casación. (R. T. B.)

31. Arrendamiento financiero (*leasing*). Garantía adicional de recompra por el proveedor para el caso de resolución por impago del arrendatario.—Consiste en el afianzamiento por el proveedor de las obliga-

ciones del arrendatario para el supuesto de que este deje de pagar un determinado número de cuotas y el arrendador opte por la resolución del contrato. Declarada la resolución por impago de las cuotas por parte del arrendatario, el proveedor se compromete a abonar todas las rentas vencidas y no pagadas, así como a optar entre abonar de una sola vez todas las rentas pendientes, más el valor residual, o bien asumir el pago de las rentas pendientes en la forma prevista en el contrato de arrendamiento. La empresa de arrendamiento, a cambio, está obligada a cederle el material objeto de contrato.

Plazo de vigencia de la garantía adicional de recompra por el proveedor para el caso de resolución por impago del arrendatario.—La garantía de recompra prestada por el proveedor está en vigor hasta la fecha prefijada para el pago de la última cuota del arrendamiento pero no más allá, pues los derechos del proveedor sobre el material se ven mermados correlativamente a la tardanza del arrendador en requerir dicha garantía. Este límite de vigencia tiene su razón de ser en el hecho de que el transcurso del tiempo hace que se deprecie la máquina objeto del contrato.

Arrendamiento financiero. Régimen jurídico.—Aunque el contrato de arrendamiento financiero es un contrato complejo y atípico, distinto del arrendamiento común (STS de 28 de junio y de 2 de diciembre de 1999), la jurisprudencia no deja de reconocer su componente arrendatario a la hora de resolver determinadas cuestiones, como por ejemplo la del plazo de prescripción de la acción para exigir el pago de las cuotas (STS de 24 de mayo de 1997). (STS de 22 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—*BBV Leasing, S. A.*, concierta con *A.T.C.* un contrato de arrendamiento financiero de una pala cargadora. En las condiciones generales del contrato se dispone que el impago de cualquiera de las cuotas faculta a la entidad financiera para optar entre exigir el cumplimiento o resolver el contrato. En el momento de celebración del contrato de *leasing*, la entidad vendedora de la pala, *Auto-Industria de Cartagena, S. L.*, afianza las obligaciones del arrendatario para el supuesto de que este deje de pagar tres o más cuotas y el arrendador opte por la resolución del contrato, en cuyo caso, aquélla se compromete a abonar todas las rentas vencidas y no pagadas, así como a optar entre abonar de una sola vez todas las rentas pendientes más el valor residual o bien asumir el pago de las rentas pendientes en la forma prevista en el contrato de arrendamiento. Incumplido el contrato por el arrendatario, *BBV Leasing, S. A.* optó por exigir su cumplimiento al arrendatario. Con posterioridad presenta demanda contra *Auto-Industria de Cartagena* exigiendo el importe de todas las cuotas impagadas más el valor residual del bien.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación presentado por *BBV, S. A.*, y confirma la sentencia de primera instancia que desestima la demanda. *BBV, S. A.* presenta recurso de casación cuyos motivos se centran principalmente en la interpretación de la garantía prestada por *Auto-Industria de Cartagena*. (L. S. M. P.)

32. Condiciones para la aplicación de la prórroga forzosa de arrendamientos urbanos: artículo 57 LAU de 1964.—Resulta claro, porque así lo establece el propio artículo citado como vulnerado por la sentencia recurrida

por su aplicación indebida, que los contratos de arrendamientos de viviendas o locales de comercio que se celebren durante la vigencia del mismo –los dos arrendamientos están en ese supuesto temporal– tendrán la duración que libremente pacten las partes, volviendo así al régimen natural de los arrendamientos que han sido concebidos como contratos de duración limitada, de acuerdo al tiempo establecido por voluntad pactada de las partes, o en otro caso el de un año señalado por el Código Civil. A lo que no es óbice, a que si las partes así lo acuerdan, puedan someterse al régimen de prórroga forzosa establecido en el artículo 57 LAU de 1964, pero resulta patente que para que tal ocurra es precisa la existencia de un pacto o acuerdo de sometimiento a la prórroga forzosa, como expresan claramente todas las sentencias de esta Sala que cita la parte recurrente para fundamentar el recurso, porque en caso contrario hay que estar a la norma general, la de la vigencia del arrendamiento por el tiempo establecido en el contrato o sus prórrogas convencionales, en vez del sometimiento, una vez vencido el plazo, a las prórrogas forzosas impuestas al arrendador por el artículo 57 de la antigua LAU. Es indudable que para que tal ocurra es precisa la existencia de un pacto al efecto, que en general debe existir en el contrato de forma explícita, y por lo tanto en la cláusula que señala la duración del mismo ha de expresarse si la prórroga es forzosa, la impuesta en el artículo 57 LAU, ya que de no existir tal acuerdo las prórrogas no pueden ser otras que las de la tácita reconducción del artículo 1566 del CC. Ahora bien, la existencia del acuerdo del sometimiento del arrendador a la prórroga forzosa, en otros casos, puede caber deducirla implícitamente (no tácitamente) de los propios términos del contrato sin estar establecida en una cláusula específica, pero tal deducción ha de ser clara y terminante para entender que existe ese acuerdo. (STS de 13 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—*Supermercados Cruz Mayor, S. A.*, como arrendadora, y *Castillo 40, S. A.*, y *Comercial A Tope, S. A.*, como arrendatarias, conciernen sendos contratos de arrendamiento por el plazo de un año, prorrogable por anualidades sucesivas. Los arrendamientos, ambos de fecha 1 de enero de 1988, se perfeccionaron bajo el régimen establecido por el artículo 9 del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre «Medidas de Política Económica», que suprimió la prorroga forzosa para el arrendador. Los arrendamientos se prorrogaron hasta el 1 de enero de 1994, fecha en la que *Supermercados Cruz Mayor, S. A.*, por requerimiento notarial realizado con tres meses de antelación a la conclusión de la última prórroga, insta su resolución. Las arrendatarias se oponen alegando, entre otras razones, que la arrendadora carece de la facultad de resolver el contrato por transcurso del tiempo pactado porque al contratar había renunciado a la supresión de la prorroga forzosa establecida en el artículo 9 del Real Decreto-Ley de 1985, en relación con el artículo 57 LAU de 1964. Las sentencias de conformidad accedieron a la demanda de resolución contractual. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por las arrendatarias. (R. G. S.)

33. Responsabilidad de los arquitectos técnicos.—Los arquitectos técnicos no tienen facultad en orden a la realización del proyecto de obra o

su modificación; sin embargo, como se dice en la S de 5 de octubre de 1990, «como técnico que es debe conocer las normas tecnológicas de la edificación, advertir al arquitecto de su incumplimiento y vigilar que la realidad constructiva se ajuste a su *lex artis* que en modo alguna le es ajena. Por lo que es claro que siendo su trabajo, el ordenar y el dirigir la ejecución material de las obras, cabe deducir la responsabilidad de los hoy recurrentes, cuando los defectos se refieren a vicios de la construcción por ellos ordenadas y dirigidas, que no se atuvieron a las normas de buena construcción, de cuya observancia, eran los primeros encargados, y por consiguiente, responsables de las consecuencias que tales faltas acarrearían al resultado final de las obras».

Responsabilidad solidaria de los intervenientes en un contrato de obra.—Aun siendo evidente que el artículo 1591 del CC, establece responsabilidades individuales a cada uno de los agentes que intervienen en la construcción, según los vicios que ocasionen la ruina del edificio, sean debidos a vicio del suelo o de dirección, en cuyo caso responderá el arquitecto, en cambio si la falta se debiere a vicios de la construcción responderá el constructor, pero en la práctica suele ocurrir, que la ruina se deba a diversas causas que conducen al resultado final de la ruina, y que hace imposible la individualización de la responsabilidad de cada uno de los participantes en la actividad constructiva, la jurisprudencia de esta Sala se ha decantado por la responsabilidad solidaria de todos los intervenientes en la construcción, que es la que ofrece mayores garantías de que queden a cubierto los intereses de los perjudicados. (STS de 27 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don W. R. C., como Presidente de la Comunidad de Propietarios del Edificio Arapiles de Cáceres interpuso demanda contra las empresas que lo habían construido *Urvicasa y Presa, S. A.*, la arquitecta I. Z. C., y los aparejadores J. C. C. C. y D. M. G. El Presidente de la Comunidad reclamó una indemnización por los defectos de construcción que presentaban los elementos comunes del edificio. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a todos los demandados al pago de 10.013.276 pesetas. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de la instancia y condenó solidariamente a todos los demandados y a los aparejadores a responder como uno sólo. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por los aparejadores.

NOTA.—La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en su artículo 17.3, ha introducido la responsabilidad solidaria de todos los agentes que han intervenido en la realización de la obra en los supuestos en que no se puede determinar el grado de intervención de cada agente en la producción del daño. (R. T. B.)

34. El contrato de obra a precio alzado y el aumento de la obra.—La línea jurisprudencial de esta Sala establece que cuando hay un incremento de obra por ampliación de construcción, el contratista tiene derecho a un mayor precio, siempre que tenga el consentimiento del comitente, y aunque se haya fijado un precio alzado por la realización de esta obra. El consentimiento del comitente puede revestir cualquier forma, de modo que no es necesario que

se realice por escrito sino que también vale la autorización verbal o tácita de las modificaciones en la obra. El consentimiento tácito del comitente se deberá probar y valdrá el hecho de haberse realizado el exceso de obra sin la oposición del propietario. Además, se debe tener presente que el artículo 1593 CC no contiene una norma de derecho necesario sino una regla interpretativa de la voluntad tácita de las partes, de modo que sólo complementa a esta voluntad a la que corresponde fijar el precio por las obras. El pago de las certificaciones correspondientes se puede considerar una aceptación tácita del aumento de las obras y del precio. (STS de 4 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. C. celebró un contrato con la asociación *Obra Hogar Santa Zita* en virtud del cual debía realizar unas obras en un edificio de su propiedad a cambio de un precio alzado. Durante el transcurso de estas obras hubo modificaciones en el plan de construcción, que condujeron a un aumento de ésta y de su precio. Expedidas las certificaciones oportunas, aunque algunas de éstas no tenían el visado del aparejador, la asociación abonaba su importe sin formular oposición. Para los trabajos de fontanería de las obras, se contrató a don A. P. D. Una vez realizadas las obras, aparecieron defectos en el inmueble. Don A. P. D. interpuso demanda contra don J. M. C. y *Obra Hogar Santa Zita*, en la que solicitaba el pago de la cantidad que se le adeudaba por los trabajos de fontanería. A este proceso se acumuló la demanda que don J. M. C. había presentado contra la asociación, en la que solicitaba el pago de la suma adeudada por la realización de las obras. La asociación formuló reconvenCIÓN a la demanda presentada por el contratista y solicitó que se le condenase al pago de los daños causados por el cumplimiento defectuoso de las obras. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda formulada por don A. P. D. y la reconvenCIÓN formulada por *Obra Hogar Santa Zita*, pero desestimó la demanda presentada por don J. M. C. contra esta asociación. Esta sentencia fue recurrida por don J. M. C. ante la Audiencia Provincial de Segovia, que estimó parcialmente el recurso de apelación y declaró que *Obra Hogar Santa Zita* debía abonar al contratista la suma reclamada por la realización de las obras. Esta asociación interpone recurso de casación ante el TS, que declara no ha lugar porque considera que la asociación consintió al aumento de las obras. (M. V. V.)

35. Requisitos para que la promotora pueda ejercer acción de repetición frente a la contratista.—No es suficiente con el hecho de que se haya producido una condena de la promotora por defectos de la construcción para que automáticamente se reparta la misma sobre la entidad subcontratada por aquélla, siendo imprescindible que se acredite con claridad que fue negligente la actuación de quien de hecho llevó a cabo la ejecución material, la causante de los perjuicios que hubieron de ser indemnizados. La responsabilidad solidaria de quienes participan en el hecho constructivo, cuando no sea posible determinar la proporción en que cada uno de ellos ha intervenido en la causación del daño, atiende únicamente al aspecto externo, es decir, a la relación entre aquellos y el perjudicado, por lo que al ejercitarse la acción de regreso por el que ha indemnizado, puede ser discutida la determinación de la

responsabilidad que a cada uno de los agentes efectivamente corresponde, incumbiendo la carga de la prueba a quien formula dicha pretensión de reintegro. (STS de 11 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Los adquirentes de unas vivendas demandaron a la promotora *Edificaciones Pinilla y Cía, S. A.*, por los defectos que se hallaban en aquéllas. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la promotora al pago de 304.310 pesetas a cada uno de los demandantes. Posteriormente la promotora demandó a la empresa *Gaersa, S. A.*, a la que había encomendado la ejecución de las citadas vivendas, con el fin de que ésta reintegrara las cantidades que ella se había visto obligada a desembolsar. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a *Gaersa, S. A.*, al pago de 1.979.250 pesetas. La Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por la demandada y absolvió a *Gaersa, S. A.* El TS desestima el recurso interpuesto por la promotora. (R. T. B.)

36. Contrato de vitalicio: concepto y figuras similares.—El contrato objeto del debate es el denominado de vitalicio, respecto al que, en S de 23 de mayo de 1965, esta Sala ha declarado que no es una modalidad de renta vitalicia, regulada en los artículos 1802 y 1805 del CC, sino un contrato autónomo, innominado y atípico, susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones incorporadas al mismo en cuanto no sean contrarias a la ley, la moral y el orden público —art. 1255 del CC—, y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones.

Se trata de un contrato conocido en otros países, así: el arrendamiento «à nourriture» (de manutención), que tiene lugar en zonas rústicas de Francia entre padres ancianos y sus hijos, sometido al Derecho común y no a las normas relativas a la renta vitalicia; el derecho de «*Altenteil*» («parte de viejo») en el Derecho alemán, concerniente al conjunto de prestaciones debidas al viejo labrador que se retira y cede su hacienda agrícola a otro, quien se obliga a concederle habitación, manutención y dinero para los gastos corrientes, el cual, según la doctrina científica germana, no cabe calificarlo como renta vitalicia; la «zádruga» en Yugoslavia, por la que una comunidad acoge con todos sus derechos de miembro a los ancianos sin hijos o que no pueden administrar sus bienes, cuyo patrimonio será explotado por la familia hospitalaria, y que será cedido a ésta durante la vida de aquél o a título de legado después de su muerte; el contrato «*d'entretien viager*», por el que una persona se obliga a transferir determinados bienes a otra y ésta a proporcionarle manutención y asistencia durante toda su vida, que, en el Código civil de obligaciones de Suiza, se distingue también de la renta vitalicia.

Otras similitudes se encuentran en la «*dación personal*», institución consuetudinaria del Alto Aragón, mencionada en el artículo 33 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (Ley 15/1967, de 8 de abril, modificada por Ley 31/1985, de 21 de mayo, y por Ley 4/1995, de 29 de marzo), por la que un célibe o viudo sin hijos u otros descendientes se asocia con todos sus bienes a una casa o familia, y se obliga a trabajar en la medida de sus aptitudes en beneficio de la misma, y la instituye heredero universal al fin de sus días a

cambio de ser mantenido y asistido, sano y enfermo, con lo necesario, así como vestido y calzado según su clase, y de que, a su fallecimiento, se coste en el entierro, funeral, misas y sufragios de costumbre en la parroquia; en la «*pensión alimenticia*» de Cataluña —ajena a los censales, violarios y vitalicios regulados en su Derecho escrito—, en virtud de cuyo contrato una persona se obliga a prestar alimentos en su domicilio en compensación de la cesión de bienes, generalmente inmuebles, que le hace el alimentado, por durante la vida de éste, con la particularidad de que si surgen desavenencias y viene la separación, los alimentos se sustituyen por una pensión en efectivo; y, claramente, en el artículo 95 de la Ley 4/1995, de Derecho Civil de Galicia, el cual dispone que por el contrato de vitalicio una o varias personas se obligan, respecto de otra u otras, a prestar alimentos con la extensión, amplitud y términos que convengan a cambio de la cesión o entrega de bienes por el alimentista, y que, en todo caso, la prestación alimenticia comprenderá el sustento, la habitación, la vestimenta y la asistencia médica del alimentista, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, ajustados a las circunstancias de las partes, con la precisión, en su artículo 99, que el alimentista podrá rescindir el contrato en los siguientes casos: *a) conducta gravemente injuriosa o vejatoria del obligado a prestar alimentos; b) incumplimiento total o parcial de la prestación alimenticia, siempre que no sea imputable a su perceptor; c) cuando el cessionario no cuidase o no atendiese en lo necesario al cedente, según la posición social o económica de las partes y en todo cuanto haga posible el capital cedido, en la procura del mantenimiento de su calidad de vida.*

Cesión de bienes a cambio de alimentos a satisfacer en casa de los cessionarios. Condición resolutoria tácita. Incumplimiento de la perceptora de los alimentos. Sustitución de la prestación alimentaria en casa de los cessionarios por otra dineraria por razón de la falta de entendimiento entre éstos y la cedente.—Aunque el contrato de que se trata, de naturaleza sinalagmática, está sometido a condición resolutoria tácita, no se advierte aquí un incumplimiento de la prestación imputable a los obligados a satisfacerla, que mantiene su voluntad de observar las prestaciones a su cargo; por el contrario, es la actora, quién, sin duda, vulnera el desarrollo de la convivencia alimenticia pactada al mantener una conducta obstativa a la efectividad de la misma, por lo que decae la petición subsidiaria del escrito inicial, concerniente a la resolución del contrato.

En estas circunstancias, no cabe la permanencia del sistema alimenticio convenido en los estrictos términos pactados, pues no se puede obligar a quien no quiere en una relación como la que nos ocupa, donde, por encima de lo establecido, de ámbito económico o patrimonial, incide el necesario ajuste de dos o más personas en carácter, costumbres o aficiones para lograr la convivencia, es decir, en lo que se denomina congeniar, por lo que procede acercarse a la petición principal de la demanda, consistente en el abono de una cantidad para cubrir las necesidades de la actora, que, aunque no está recogida en el contrato, constituye la respuesta a la problemática, mediante la aplicación analógica del artículo 149 del CC. (STS de 9 de julio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El matrimonio S. T. y el matrimonio T. P. pactaron un contrato de vitalicio. Por medio de éste los primeros cedían a los segundos, que lo adquirían para la sociedad conyugal, una finca y una edificación. Los cessionarios se obligaban, a cambio, a cuidar y

asistir a los cedentes hasta el fallecimiento de éstos y a prestarles alimentos en la extensión del artículo 142 del CC actuando el incumplimiento de éstas obligaciones como condición resolutoria. Fallecido el señor S., continuó su esposa la convivencia con los cessionarios hasta cumplirse el aniversario de la muerte de su marido, momento en el que viaja a Madrid para visitar a sus hermanos sin que después retornara. Los cessionarios pasan entonces a entregarle una cantidad mensual. Descontenta con ésta, la cedente promueve acto de conciliación para reclamar una suma más elevada y subsidiariamente la rescisión del contrato por entender cumplida la condición resolutoria acordada. Los cessionarios alegan la imposibilidad de cumplir las obligaciones pactadas ante la negativa de la conciliante a permitirles las prestaciones concertadas señalando al tiempo que las cantidades entregadas cada mes no son obligaciones derivadas del acuerdo sino compensación voluntaria en la medida de sus posibilidades. La cedente acude a la vía judicial reiterando sus peticiones. El Juzgado acogió la reclamación subsidiaria y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia. Interponen recurso de casación los cessionarios y el TS lo estima. (R. G. S.)

37. Trascendencia y efectos de la transacción.—Lo cierto es que, según declara la jurisprudencia, toda transacción provoca el nacimiento de nuevos vínculos u obligaciones, en sustitución de los extinguidos, o la modificación de éstos, de suerte que, sea judicial o extrajudicial, «tiene carácter novatorio y produce el efecto de la sustitución de una relación jurídica puesta en litigio por otra cierta e incontrovertida» (STS de 29 de julio de 1998, con cita de otras muchas), declarando a su vez la S de 29 de noviembre de 1991 que será la transacción la que «regule las reclamaciones futuras ínsitas en la materia transigida, bien integren la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquéllas o la creación de otras distintas» y la de 30 de octubre de 1989 que «en toda transacción deben entenderse resueltas y terminadas cuantas cuestiones tengan relación directa con el objeto transigido, en tanto no exista excepción expresa (S de 11 de noviembre de 1904), y si tiende a evitar la prosecución de un pleito o a poner término al ya comenzado, como dice la S de 30 de marzo de 1950, no garantiza el evento de que uno de los contratantes la incumpla y haga precisa la intervención judicial para vencer la voluntad rebelde y procurar que la transacción rinda su finalidad esencial de dirimir divergencias en la forma convenida por los propios contratantes».

Necesidad de tradición para la transmisión de la propiedad.—En el sistema jurídico de nuestro Código civil la compraventa no transmite por sí sola al comprador la propiedad de la cosa vendida, siendo necesaria para que se produzca tal efecto la tradición o entrega de la cosa vendida, poniéndola en poder y posesión del comprador, o el otorgamiento de escritura pública como equivalente a la entrega cuando de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario (arts. 609, 1095, 1461 y 1462 CC). En consecuencia la venta mediante documento privado no transmite por sí sola la propiedad al comprador (SSTS de 20 de febrero de 1995, 14 de junio de 1997, 3 de diciembre de 1999 y 13 de marzo de 2002, entre otras muchas).

Para la suspensión del pago del precio de la cosa adquirida se requiere la posesión de la misma.—La facultad de suspender el pago del precio que el artículo 1502 CC reconoce al comprador exige que éste se encuentre en posesión o haya adquirido el dominio de la cosa, pues sin dicho requisito «no cabe concebir que pueda ser perturbado en la referida posesión, así como tampoco en el dominio, que aún no ha adquirido, al no haber mediado la entrega o *traditio*» (SSTS 24 de octubre de 1995 y 10 de julio de 2000). (STS de 10 de julio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad mercantil Volconsa compró una finca de terreno edificable a doña C. M. M. C. y doña M. M., doña M. L. y doña M. C. G. M., viuda e hijas del último titular de la finca, en documento privado en fecha 27 de diciembre de 1991. En dicho contrato se fijaron las condiciones del pago y la obligación de elevar el documento privado a escritura pública cuando se hubiere satisfecho el pago de un tercio del precio total de la venta. Posteriormente Volconsa presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ávila contra la viuda e hijas del último titular del inmueble, reclamando la propiedad de la finca. Las demandadas opusieron la excepción de litispendencia y el Juzgado la estimó mediante auto que fue recurrido en apelación. Encontrándose pendiente el recurso de apelación, las partes suscribieron un nuevo contrato en fecha 18 de marzo de 1994 en el cual se puntualizaba que la única propietaria de la finca era la viuda del anterior titular y se acordaba la transacción del procedimiento judicial incoado por Volconsa, al mismo tiempo que se modificaban determinadas cláusulas del anterior contrato. Posteriormente a estos acuerdos, la Audiencia rechazó la excepción de litispendencia y estimó el recurso de apelación, ordenando la continuación del proceso. Las codemandadas contestaron a la demanda aportando el segundo convenio y alegando que la actora no había llegado nunca a adquirir la propiedad de la finca por no haber mediado la tradición. El Juzgado de Primera Instancia reconoció la importancia del segundo contrato y desestimó la demanda de Volconsa. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Ávila apreció falta de litisconsorcio pasivo y absolvió en la instancia, sin especial pronunciamiento en costas. Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el TS asumió las funciones de instancia y desestimó íntegramente la demanda interpuesta por Volconsa contra la parte vendedora de la finca, en atención a la importancia del segundo convenio suscrito por las partes. (A. S. C.)

38. Concepto y régimen de la aparcería industrial.—El artículo 1579 CC configura la aparcería como un híbrido entre el contrato de arrendamiento y el de sociedad. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia le atribuyen substantividad propia, de modo que se le pueden aplicar normas propias de otro tipo de contratos. El contrato de aparcería se distingue del de arrendamiento en lo referente a las prestaciones, mientras del de sociedad se distingue porque no existe un patrimonio separado de los sujetos. Máxima importancia reviste el contenido que las partes hayan atribuido a este contrato, es decir, a sus cláusulas, conforme a los dispuesto en el artículo 1255 CC.

Es también opinión aceptada la que considera que el artículo 1579 CC, en su inciso segundo, no dispone un orden de prelación de las fuentes normativas, sino una simple enumeración que obliga a conceder prioridad a los pactos libremente establecidos por las partes, que en algunos casos acentuarán los elementos arrendaticios y, en otros, los societarios. (STS de 8 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa *Energía Eléctrica de Extremadura, S. L.*, y la sociedad *Eléctrica del Oeste, S. A.*, celebraron un contrato de aparcería industrial, en virtud del cual *Energía Eléctrica de Extremadura* explotaba las instalaciones de la otra empresa. En este contrato constaba una cláusula que establecía que la aparcería se podía prorrogar anualmente si ninguna de las partes manifestaba con anterioridad su deseo de rescindirlo. La sociedad *Eléctrica del Oeste* rescindió el contrato el 1995, habiendo anunciado la rescisión en tiempo oportuno. *Energía Eléctrica de Extremadura* interpuso demanda contra la arrendadora, en la que solicitaba que se declarase que el contrato aún estaba en vigor, ya que éste no podía finalizar hasta que se hubiese realizado la liquidación de mejoras e inversiones hechas por ella. *Eléctrica del Oeste* formuló reconvenCIÓN contra esta demanda y solicitaba que se declarase que el contrato había estado vigente hasta enero de 1996 y que *Energía Eléctrica de Extremadura* detentaba el negocio de forma ilícita. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda pero estimó parcialmente la reconvenCIÓN. La demandante interpuso recurso de apelación contra esta sentencia, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Cáceres. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no ha lugar. (M. V. V.)

39. Fianza. Novación.—El artículo 1205 CC exige el consentimiento del acreedor para la novación modificativa consistente «en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo» (asunción de deuda), que no puede presumirse (SS de 5 y 20 de mayo de 1997), pues ha de constar inequívocamente la voluntad de novar (SS de 17 de febrero de 1987 y 6 de noviembre de 1998) y, en definitiva, la asunción de deuda requiere siempre aquel consentimiento (SS de 9 de marzo de 2000 y 21 de marzo de 2002).

Efectos extintivos de la prórroga del plazo del cumplimiento de la obligación garantizada.—Según doctrina jurisprudencial (SS de 7 de abril de 1975 y 8 de octubre de 1986), la prórroga extintiva de la fianza requiere que el plazo se haya prorrogado voluntariamente y de forma expresa por el acreedor, y hay que entenderla referida exclusivamente al supuesto de que se conceda sin contemplación y previsión de ella al tiempo de constituir la fianza (S de 8 de mayo de 1984), así como que es exigible un convenio explícito con señalamiento de nuevo plazo y fecha determinada para el pago (S de 29 de octubre de 1991), circunstancias todas que no concurren en el caso. (STS de 12 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don P. interpuso demanda contra su deudor *Pacanan, S. A.*, y distintos fiadores solidarios, en la que solicitó que se les condenase a pagar el importe de un préstamo otorgado con fecha

1 de enero de 1983, más los intereses correspondientes. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ponferrada dictó sentencia el 16 de mayo de 1996 en la que estimó la demanda. Algunos demandados recurrieron entonces en apelación, pero la Audiencia Provincial de León, Sección 1.^a, desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia mediante sentencia de 4 de diciembre de 1996. Finalmente, los mismos apelantes recurrieron en casación, entre otros motivos, por entender que se había producido una novación, al haber transmitido uno de los fiadores sus acciones de la empresa *Pacanan, S. A.*, a terceros que, de ese modo, habrían asumido el pago de la cantidad reclamada. Sin embargo, el TS declara no haber lugar al recurso porque el demandante don P. no consintió en ningún momento esa transmisión. (J. M. B. S.)

40. Culpa extracontractual: responsabilidad de Ayuntamiento reclamada por aseguradora: derecho transitorio: jurisdicción civil competente.—Las SSTS de esta Sala de 3 de marzo y 9 de junio de 1996 admitieron que, a partir de la publicación de la Ley 30/1992, se instauró el sistema de unidad jurisdiccional a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa; no obstante, por razones de seguridad jurídica y para los asuntos iniciados antes del cambio legislativo, ha de respetarse el criterio competencial precedente, a fin de la necesaria tutela judicial efectiva. En el presente caso, al haber ocurrido el siniestro del que se responsabiliza al Ayuntamiento, antes de entrar en vigor la nueva Ley, y haberse presentado la demanda el 22 de febrero de 1993, cuando la Ley entró en vigor el 27 de febrero de dicho año, ha de estarse a la legislación que resultó derogada, es decir, los artículos 40 y 41 de la Ley de 1957; todo ello según la doctrina declarada por la STS de 14 de diciembre de 2001, que cita las de 22 de diciembre de 1999, 22 y 29 de junio de 2000 y 3 de julio de 2001. Se invoca equivocadamente la DT 2.^a de la Ley de 1992 que se regula exclusivamente el régimen transitorio de los procedimientos administrativos, pero no los civiles.

Responsabilidad del Ayuntamiento por derrumbe de nave industrial: acción ejercida por compañía de seguros al amparo del artículo 43 de la Ley de 1980.—La jurisprudencia de esta Sala resulta constante al declarar en los supuestos de responsabilidad aquiliana que la competencia es de la jurisdicción civil, cuando la reclamación por daños causados en bienes de particulares, éstos ninguna relación administrativa han tenido con la entidad municipal encargada de evitarlos, por lo que merece la consideración que pueda corresponder a cualquier persona jurídica privada (STS de 14 de mayo de 1992, que cita las de 30 de abril, 31 de octubre y 23 de noviembre de 1991, entre otras). Lo mismo sucede cuando se trata de obras municipales realizadas con la omisión de la necesaria diligencia que su ejecución requería a fin de que el servicio afectado pudiera tener lugar en condiciones de preservar la seguridad pública y evitar la causación de daños a los que confían en que su funcionamiento deba de ser correcto, daños de índole estrictamente civil que instauran la responsabilidad que preven los artículos 1902 y 1903 CC.

Devolución de los autos a la Audiencia provincial.—Tanto por las previsiones del artículo 1715 LEC como por el imperativo respeto al principio constitucional de tutela judicial efectiva, no se puede eliminar ni prescindir del trámite de segunda instancia, que hace exigible el correspondiente pronunciamiento en cuanto a la cuestión debatida en el pleito y con su resultado

poder decidir las partes si formalizan o no recurso de casación, por lo que han de remitirse las actuaciones a la Audiencia Provincial de su procedencia para que se pronuncie y resuelva el objeto del debate (STS de 17 de junio de 2002; *ha lugar*). (G. G. C.)

41. Culpa extracontractual: accidente de menor en centro público: responsabilidad de la Administración: competencia de la jurisdicción civil: derecho transitorio.—Hasta la entrada en vigor de la Ley de 13 de julio de 1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, la determinación de la jurisdicción competente, para los casos en los que se puede enclavar la que determina la presente contienda judicial, se movía en una verdadera frontera evanescente, sobre la que no se ponía de acuerdo la doctrina científica, e incluso la doctrina emanada de la jurisprudencia de esta Sala. Sin embargo, desde la vigencia de la referida Ley el problema está absolutamente resuelto a favor de la soberanía de la jurisdicción contencioso-administrativa, dado que el artículo 2.e) de la misma es tajante en dicha atribución.

Doctrina jurisprudencial del «peregrinaje de jurisdicciones»: demanda después de la entrada en vigor de la Ley de 1992.—Dado que los hechos ocurrieron bajo la vigencia de la Ley de 1992, la cual parece basar su actuación exclusivamente en el área del acto administrativo, por lo que habrá de recurrirse, y dada la situación en que se encuentra la presente litis a la doctrina de la exclusión del *peregrinaje de jurisdicciones*, seguida casi unánimemente por esta Sala, y en este sentido hay que traer a colación la STS de 18 de febrero de 1997, cuando dice: «Esta Sala toma asímismo, paralelamente, en consideración la doctrina que ha consolidado respecto de la evitación de la expresivamente denominada *peregrinación de jurisdicciones*, principio procesal que, no obstante, la relativa frecuencia en cuanto a su invocación, todavía no ha terminado de explicitarse con todas las razones que lo justifican, ni en toda su trascendencia explicativa. Esta doctrina, puesta ya de relieve en SSTS de 5 de julio de 1983, 1 de julio de 1986 y 28 de marzo de 1990, entre otras muchas ha recibido algunas críticas doctrinales por su carácter aparentemente *justiciero*, aunque sus argumentos implícitos revelan, por el contrario, un adecuado sentido del valor justicia ínsito en nuestra Constitución (art. 1.2), según una hermenéutica del ordenamiento jurídico de naturaleza sistemática que ha de apurar las vías interpretativas de las leyes, para encontrar soluciones que hagan prevalecer los preceptos constitucionales.» Destaca en este orden la citada S de 5 de julio de 1983, tras señalar en concreto, con referencia al *peregrinaje de jurisdicción*, la trascendencia relativa del orden jurisdiccional que conozca después de la judicialización de la jurisdicción contencioso-administrativa, que la dudosa cuestión competencial ha de bascular del lado de la jurisdicción civil, matriz de las especializadas, y, de suyo, atractiva, ofreciendo así una solución razonable.

Prescripción de la acción: *dies a quo*.—La doctrina jurisprudencial de esta Sala determina de manera reiterada que, en los supuestos de lesiones que dejan secuelas físicas susceptibles de curación o mejora, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil, no puede empezar a contarse desde la fecha del informe de sanidad o alta, en el que se consignen o expresen secuelas, sino que ha de esperarse hasta conocerse el alcance o efecto definitivo de éstas (por todas, STS de 3 de septiembre de 1996). En el presente caso, hasta que se pudo realizar la implantación de la prótesis definitiva, dada

la evolución física de la víctima, no pudo iniciarse el *dies a quo* para el inicio del plazo prescriptivo. (STS de 18 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Si se comparan las afirmaciones de esta S (Pte. Sierra Gil de la Cuesta) y las contenidas en STS de 17 de junio de 2002 (Pte. Villagómez Rodil) cuyo extracto se publica en este *ADC*, sobre caso similar de responsabilidad de la Administración (en la última, de un Ayuntamiento), hay declaraciones poco coincidentes e, incluso, contradictorias. Se afirma en esta última (FD 1.º) que, a partir de la publicación de la Ley de 1992 se instauró el sistema de unidad jurisdiccional a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que parece una categórica aserción. En cambio, en la S extractada se dice (FD 1.º) que hasta la entrada en vigor de la Ley de 13 de julio de 1998, la determinación de la jurisdicción competente se movía en una *frontera evanescente*, y se invoca a continuación la conocida doctrina procesal de impedir el peregrinaje de jurisdicciones para un caso en que la demanda se presenta después de entrar en vigor la Ley de 1992, aunque los hechos *ocurrieron hace más de diez años* (frase imprecisa que parece aludir a un momento anterior al 27 de febrero de 1993, fecha de entrada en vigor de la Ley de 1992). En la S de 17 de junio, tanto los hechos como la presentación de la demanda ocurrieron antes de la entrada en vigor de la Ley aludida. El resultado, sin embargo, es el mismo, aunque las circunstancias temporales con influjo en el derecho transitorio, sean diversas. Por lo demás, no hay datos que identifiquen la naturaleza y circunstancias del accidente sufrido por la hija del actor, que se indemniza con una suma superior a diez millones de pts, y por el cual se condena al Ministerio de Educación y Ciencia, a la profesora responsable, así como a las correspondientes entidades aseguradoras, y se absuelve al director del centro. (G. G. C.)

42. Responsabilidad civil derivada de delito: acción civil desestimada en proceso penal por inexistencia de hecho: cosa juzgada en proceso civil ulterior: responsabilidad subsidiaria de la empresa de vigilancia.—Se trataba de un delito de asesinato cometido por un vigilante jurado al servicio de una empresa de seguridad, con contrato de trabajo en prácticas; la Sala 2.ª del TS al resolver definitivamente la cuestión penal declaró que la única relación existente entre el procesado y la entidad para la que trabajaba fue la entrega de una pistola; los hechos ocurren fuera de horas de servicio, ni se desarrollan en el espacio que debía vigilar, ni el problema origen del delito guarda relación directa o indirecta con el servicio, pues se trata de un problema conyugal, en total desconexión con la relación de dependencia que el autor mantenía con la empresa; por todo ello la sentencia penal condenatoria declaró por sentencia firme que no existió el hecho de que la acción civil hubiera podido nacer.

Doctrina general.—Debe señalarse como principio que el ejercicio de la acción civil *ex delicto* en el proceso penal, es decir, cuando no se ha excluido su ejercicio ni se ha reservado para el orden jurisdiccional civil, implica que las cuestiones civiles sean resueltas en el ámbito penal, de manera que la resolución que recaiga debe producir, por regla general, efecto de cosa juzga-

da. Así la STS de 31 de diciembre de 1999 establece que las sentencias penales condenatorias que resuelven la problemática civil tienen carácter vinculante para el orden jurisdiccional civil, no sólo en cuanto a los hechos que declaran probados, sino también respecto de las decisiones en materia de responsabilidades civiles; doctrina del efecto vinculante aplicable incluso en los casos en que se pretende plantear en el proceso civil la existencia de hipotéticos errores, imprecisiones, descuidos o defectos en la fijación de las consecuencias civiles en el proceso penal (SSTS de 25 de marzo de 1976, 2 de noviembre de 1987, 9 de febrero de 1988, 28 de mayo de 1991, 21 de mayo y 12 de julio de 1993, 24 de octubre y 9 de diciembre de 1998). (**STS de 2 de julio de 2002; no ha lugar.**) (G.G.C.)

43. Responsabilidad civil derivada de delito: excepciones a la cosa juzgada de la sentencia penal condenatoria: daño sobrevenido: secuelas de traumatismo craneal por accidente automovilístico.—Constituye doctrina legal sin contradicciones que cabe excepcionalmente la posibilidad de pedir por vía civil, una indemnización complementaria cuando concurren supuestos o hechos que no se tuvieron, ni pudieron tenerse en cuenta en la sentencia del otro orden jurisdiccional (así SSTS de 27 de enero de 1981, 13 de mayo de 1985, 9 de febrero de 1988). Se hace referencia con ello a la indemnización de resultados no previstos cuando, tras la sentencia condenatoria, son descubiertas consecuencias dañosas del ilícito punible acaecidas en tiempo posterior al proceso penal y por ello no las pudo tener en cuenta el Tribunal de dicho orden; así sucede cuando el curso cronológico de las lesiones muestra la aparición de un daño más grave, o incluso se produce la muerte (STS de 11 de mayo de 1995); o nuevas lesiones o agravación del daño anteriormente apreciado (SSTS de 9 de febrero y 20 de abril de 1988); nuevas consecuencias ulteriores del hecho delictivo (STS de 4 de noviembre de 1991); hechos sobrevenidos nuevos y distintos (STS de 24 de octubre de 1988). Pretender negar la innegable realidad de un daño sobrevenido como consecuencia de una actuación ilícita que, cuando fue juzgada presentaba mejores perspectivas, dentro de las posibilidades siempre falibles, de los criterios de valoración que en aquel momento se podían aplicar racionalmente, pero que han sido desbordados por la realidad, y que ante la imposibilidad de replantear el proceso penal, si se negara la viabilidad de la pretensión de resarcimiento por medio del proceso civil, se incumpliría el artículo 24.1 CE, pues se negaría el derecho a obtener la tutela efectiva de unos derechos e intereses legítimos, supuestos por el genérico derecho a resarcir de los males sufridos por conductas ajenas (STS de 9 de febrero de 1988). También se invoca la eficacia temporal de la cosa juzgada (SSTS de 19 de marzo de 1973, 25 de marzo de 1976 y 20 de abril de 1988).

Presunciones.—Esta clase de prueba debe ser explícitamente empleada por el juzgador para que sus resultados puedan ser combatidos en casación, no pudiendo confundirse con los *facta concludentia*, ni con las máximas de experiencia, deducciones o inferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital, obtenidas de circunstancias determinantes de conclusiones razonables de un orden normal de convivencia, ya que la auténtica prueba de presunciones permite que del hecho o hechos base puedan obtenerse varios hechos consecuencia, correspondiendo al juzgador en cada caso determinar cual es el adecuado al supuesto histórico que se examina (STS de 10 de junio de 1997).

Intereses.—No proceden intereses moratorios del artículo 1108 CC ya que el supuesto fundamental del pleito no es la cuantía determinada o no de la deuda, sino la procedencia de la indemnización a causa de la existencia de un daño sobrevenido, lo que ha hecho necesario el pronunciamiento judicial. Tampoco caben los del artículo 921 LEC por ser de oficio en el momento del cumplimiento de la sentencia. (**STS de 24 de septiembre de 2002**; no ha lugar.)

NOTA.—Los hechos resultan claramente determinados: el 2 de agosto de 1981 se produce el accidente de circulación que dio origen al proceso penal concluído por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar de 6 de diciembre de 1983 que condenó a una indemnización de 200.000 pesetas por las lesiones consistentes en un politraumatismo que precisaron cien días de asistencia con impedimento laboral en el mismo tiempo. En 1994 se le diagnostican determinadas secuelas derivadas del traumatismo craneal que sufrió en el accidente, y que originan una declaración de invalidez laboral permanente. Desestimada la demanda que solicitaba un complemento de indemnización, la Audiencia Provincial le concedió diez millones pesetas que la sentencia extractada ha ratificado al rechazar el recurso de casación. Adviértase que en el recurso se invocaba la STS de 2 de julio de 2002, extractada en este fascículo del *ADC*, siendo en ambos casos el mismo Pte. (Almagro Nosete). En realidad, no hay contradicción sino complementariedad entre la doctrina de ambas sentencias; la regla general se aplica en la sentencia de 2 de julio, y la excepción en la aquí extractada de 24 de septiembre. (G. G. C.)

44. Culpas extracontractual. Lesiones en accidente de trabajo: la explotación de una cantera es actividad de riesgo: inversión de la carga de la prueba.—La explotación de una cantera produce innegables riesgos y, en dicho escenario, los accidentes son frecuentes, entre los que se encuentran los derivados de la contingencia del desprendimiento de piedras; por ello se aplica la teoría del riesgo y la inversión de la carga de la prueba. En el caso aparece una clara situación de peligro manifestada por los datos fácticos acreditados: un bloque de mármol cae al vacío desde una zona superior del frente de la cantera donde el operario accidentado realizaba sus tareas, a quien golpea y ocasiona lesiones, principalmente en el tobillo izquierdo con la secuela irreversible de seguir desempeñando las funciones de peón de cantera. Con ocasión del evento la demandada no ha demostrado una actuación acompañada de la diligencia debida a tenor de las circunstancias del lugar, no siendo suficiente que cumpliera las prescripciones reglamentarias para exonerarla de responsabilidad, toda vez que las garantías de esa naturaleza para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido un resultado positivo, y revelan la ineeficacia del fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado; el demandado no ha probado que, ante una situación de riesgo acreditado, hubiera extremado su actividad de adopción de todas las precauciones, singularmente mediante los oportunos controles de comprobación del estado de la parte delantera de la cantera y de las zonas de donde se extraían o había extraído piedras o bloques de mármol con la ejecución de las correspondien-

tes medidas de seguridad con objeto de impedir desprendimientos o reducir su efecto perjudicial, para evitar así aquellas circunstancias a su alcance que llegaran a transformar el peligro potencial en daño efectivo.

Quantum indemnizatorio.—Asumidas por esta Sala las funciones de instancia procede estimar parcialmente la demanda fijando la indemnización de perjuicios que la demanda desglosa en los conceptos de pérdida de ingresos entre la fecha de la declaración de incapacidad permanente total y la edad de jubilación, y el daño moral referente a las limitaciones de su vida cotidiana, y tras ponderar en su conjunto las circunstancias del evento y su resultado, se fija en 42.700 euros con 85 céntimos. (STS de 24 de septiembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—De haberse invocado la cuestión de competencia de la jurisdicción laboral, parece que el presente era un caso claro para estimarla, pues en la sentencia extractada la condena se basa en la omisión por el empleador de las adecuadas medidas de seguridad en una actividad de riesgo, como lo constituye la explotación de una cantera (la STS de 8 de octubre de 2001, extractada en *ADC*, 2002, pp. 1966 ss. hace una gráfica descripción de la situación a que había llegado la contradicción de la jurisprudencia de la Sala 1.^a, razonándose la postura que se quiere adoptar en el futuro. Véanse en similares casos recientes las SSTS de 5 de mayo y 13 de diciembre de 2001, y 21 de febrero y 4 de marzo de 2002, cuyo denominador común está constituido por la violación de la normativa sobre seguridad en el trabajo, y en las que se proclama unánimemente la competencia civil: *ADC*, 2003 pp. 363-371, con referencias a jurisprudencia anterior). Hay, sin embargo, en la STS aquí extractada una notable reducción del *petitum* que figura en la demanda, pues solicitándose, por diversos conceptos, en torno a cuarenta y tres millones de pesetas, se condena sólo a unos siete millones, aunque ahora expresados en euros. La demanda fue desestimada en ambas instancias, al parecer por considerar prescrita la acción ejercitada. El accidente ocurre el 27 de enero de 1992. (G. G. C.)

45. Culpa extracontractual: responsabilidad de comunidad de propietarios por caída en portal de minusválida que trabaja en la vivienda: falta de prueba: no cabe responsabilidad objetiva: valor del informe del Gobierno Vasco.—La comunidad de propietarios no tiene por qué soportar una responsabilidad objetiva debiendo responder sistemáticamente de cualquier siniestro o lesión que se produzca en sus dependencias, sino que deben analizarse a la luz de la prueba practicada, las circunstancias concretas que constituyen los elementos de imputación de responsabilidad. Y la tendencia objetivadora que se apunta en la jurisprudencia, sólo resulta aplicable cuando el daño acaece en el marco de una actividad generadora de riesgo para la indemnidad de terceros, actividad que, desde luego, no se da sin más en una comunidad de vecinos. No existe ninguna prueba de que la causa de la caída de la demandante fuese la inexistencia de la alfombra, ni que el mármol se hallara deslizante, ni que se utilizara cera para su limpieza durante la realización de obras cercanas que podían afectar al estado de conservación del suelo del portal y de la alfombra que con anterioridad cubría. Esta apreciación no puede ser combatida con el informe del Gabinete de Seguridad e Higiene, del

Departamento de Trabajo y Seguridad del Gobierno Vasco, elaborado sin consulta ni audición de la comunidad, que no establece una causa cierta de la caída, pues la conclusión de aquél no es taxativa, utilizando una inconcreta terminología, aparte de que el informe afectaba a las posibles responsabilidades en que pudo incurrir la empleada de la accidentada y no la comunidad de propietarios. (STS de 6 de junio 2002; no ha lugar.)

NOTA.—La sentencia extractada (Pte. Auger Liñán) no ha podido sustraerse a la escasamente útil *praxis jurisprudencial* de insertar una síntesis, más o menos afortunada, de la tendencia tuitiva a favor de las víctimas y de la *vigorosa conmoción* que en los postulados clásicos sobre culpa extracontractual se han experimentado por las tendencias objetivadoras. Tal discurso sólo sirve para marcar la frontera que no se puede traspasar: el establecimiento de la responsabilidad puramente objetiva que acertadamente se niega existir en el caso. Al desestimarse el recurso de casación se confirman las sentencias de instancia que denegaron de plano toda indemnización a la mujer poliomielítica de treinta y cuatro años de edad que sufre una fractura al resbalar en el portal de la oficina donde trabaja, ocurriendo ello en ausencia de toda clase de testigos. Hay que convenir con la sentencia que, de suyo, no puede calificarse de actividad de riesgo la que se desempeña en el portal de acceso a una vivienda (probablemente provista de portero automático y de ascensor). Aunque no se menciona la existencia de un servicio de portería, es evidente que el mantenimiento en buen estado del portal y escaleras compete a la comunidad de propietarios. Si la minusválida accidentada fuera una de las copropietarias de viviendas el planteamiento podría haber sido otro; al menos hubiera podido lograr una habilitación para que el acceso fuera más seguro para su minusvalía (por ejemplo, instalación de barandilla), o quizás la contratación de una póliza de seguros que cubriera ese riesgo. ¿Fue acertada la dirección letrada al dirigir la demanda exclusivamente contra la comunidad, y no contra la empresa a cuyo servicio trabajaba? No hay datos suficientes para emitir una opinión. (G. G. C.)

46. Culpa extracontractual: daños por demolición de finca colindante: responsabilidad de la empresa de derribo.—El desplome del muro se produjo como consecuencia de las obras de demolición llevadas a cabo en determinado edificio sin haberse adoptado posteriormente las medidas de seguridad necesarias para evitar la caída, sin que haya base alguna para sostener (ni siquiera con probabilidad cualificada), pues no son suficientes las meras conjeturas, deducciones o posibilidades, que sin aquellas obras se habría igualmente producido el desplome. La demolición se efectuó sin proyecto alguno ni dirección técnica, y dicha demolición influyó en la inseguridad del muro de forma muy relevante al suprimir el apoyo lateral y la cubierta; se era plenamente consciente del grave peligro que afectaba a la pared, tanto porque se instó la declaración de ruina de una casa colindante e incluso se formuló recurso contencioso-administrativo contra la resolución denegatoria, como porque era notorio el estado en que se encontraba, habida cuenta el hueco y grieta apreciables a simple vista; no se adoptó medida alguna pese al

requerimiento del Ayuntamiento ya que había mecanismos legales sencillos, dejándose el muro a la intemperie durante un largo período de tiempo dando lugar al incremento de su deterioro por el efecto de los agentes atmosféricos. Este conjunto de causas fueron las que, de modo activo, determinante y decisivo dieron lugar al desplome. La conducta expresada constituye la causa eficiente del resultado, y ello tanto desde la óptica cuantitativa como cualitativa. Tal conducta es reprochable a la empresa que encargó, y por cuenta de quien se hizo la demolición, y quien, en definitiva, estaba obligada a adoptar las medidas precautorias oportunas y no lo hizo, omitiendo la diligencia que le era exigible, tanto más habida cuenta el sector del tráfico en que se produjo el acontecimiento, dado que se trata de una empresa constructora que quiere edificar en el lugar.

Obligaciones legales de los propietarios medianeros: responsabilidad preferente de la empresa de derribo.—Es verdad que el artículo 575 CC impone a todos los propietarios de la pared medianera, entre los que figuraba la víctima, la obligación de contribuir a las obras de reparación de aquélla en proporción a su derecho, pero en el presente caso la iniciativa corresponde a la empresa encargada del derribo, la cual tenía que hacerse cargo de la situación asumiendo y soportando la posición de garante, añadiéndose que con su inactividad durante tanto tiempo incidió en una clara agravación del riesgo. La obligación legal que recaía sobre la otra medianera no es suficiente para deducir una concurrencia causal en cuanto al evento del caso, porque no todas las *condiciones* que integran el nexo físico forman parte del reproche objetivo, pues no cabe confundir lo que incide o facilita, con lo que produce o determina; por otra parte el resultado mortal del caso está objetivamente *fuera del ámbito de protección de la norma* contenida en el artículo 575 CC por lo que no cabe extender su operatividad jurídica a resultados que son ajenos a su previsión normativa. La sentencia recurrida ha atribuido a la conducta de la otra propietaria de la pared medianera una eficacia causal indebida, porque no puede considerarse causa concurrente, en el sentido de preparar, condicionar o completar la causa eficiente única de la empresa de derribo.

Doctrina jurisprudencial sobre la diligencia exigible a las empresas de derribo.—La solución adoptada es conforme a la doctrina de esta Sala en temas similares: así en SS de 19 de diciembre de 1987, 9 y 10 de marzo de 1989, 30 de septiembre de 1992, sobre daños derivados de demoliciones o derribos de edificios contiguos; 24 de febrero y 25 de junio de 1986 y 10 de diciembre de 1992, dimanante de excavaciones o cimentaciones en fincas colindantes; y 2 de febrero de 1989 y 7 de junio de 1994, a causa de obras de reparación en inmuebles adyacentes. Se destaca la necesidad de adoptar en las demoliciones y excavaciones las medidas precautorias oportunas a fin de evitar los daños para los inmuebles vecinos, debiendo responderse cuando, de haberse tomado, el derrumbamiento no se habría producido (STS de 26 de diciembre de 1995), porque como con carácter general dijo la STS de 25 de septiembre de 1996, la diligencia exigible comprende la previsión necesaria para evitar que los riesgos potenciales se conviertan en accidente real, en cuya previsión han de tenerse en cuenta las degradaciones derivadas de la incidencia de los agentes atmosféricos (SSTS de 25 de septiembre de 1986 y 28 de febrero de 1991).

Quantum indemnizatorio: reducción cuantitativa de los gastos de reconstrucción.—La Sala acepta el criterio de la instancia de reducir la indemnización en atención a razones de equidad y de evitar un enriquecimiento

injusto, con lo que se consigue un efecto similar al compensatorio tomado en cuenta por la doctrina de esta Sala cuando concurren determinadas circunstancias de la finca dañada, como la vetustez del edificio (STS de 21 de octubre de 1987), defectos constructivos (STS de 9 de marzo de 1991), u otros aspectos similares que la desmerecen. (STS de 22 de julio de 2002; *ha lugar*.)

NOTA.—Sentencia y argumentación plenamente de aprobar (Pte. Corbal Fernández), de evidente actualidad por tratarse de una de las cuestiones *calientes* en el tema de la culpa extracontractual, y, así-mismo, notable doctrinalmente por sortear las dificultades derivadas de la obligación legal, imperativa y *propter legem de reparar* la pared medianera que el artículo 575, impone a los copropietarios de la misma (mientras que el art. 395 —en que aquél se inspira—, habla sólo de la obligación de *conservación* de la cosa común). Concurre además la luctuosa circunstancia de que al derrumbarse la pared se ocasiona la muerte de una de las copropietarias de aquélla. La empresa encargada de la demolición realizó una tarea incompleta, pues derribó un edificio intermedio pero dejó en malas condiciones de seguridad una pared medianera cuya titularidad le correspondía a ella misma y a la persona que muere al derrumbarse aquélla. Me parece bien vista en la sentencia extractada la distinta significación de las aludidas obligaciones, una derivada de la medianería, especialmente en casos de derribos por empresas urbanizadoras, y otra la contemplada, —cabe decir—, estáticamente en el artículo 575 CC. Es lógico pensar que aquella pared medianera hubiera soportado muchos más años la carga de la colindante, pero el derribo es un factor desencadenante del riesgo de ruina inminente, al que resulta causalmente ajena la conducta omisiva de la medianera víctima del derrumbe, subsecuente a la demolición. Lo que no obsta a que se tenga en cuenta aquella circunstancia a la hora de fijar la indemnización total, para moderarla. La sentencia de la Audiencia Provincial al estimar concurrencia de culpas había reducido a la mitad la indemnización por muerte, la cual se duplica por el TS. En el ajustado comentario que al artículo 575 CC dedica el Prof. Alonso Pérez (*Comentarios Ministerio Justicia*, I, pp. 1467 ss.) no se prevé la situación de desplome o ruina *dinámica* aquí contemplada. (G. G. C.)

47. Culpa extracontractual: muerte por electrocución al conectar la toma de corriente con la instalación de su tienda de campaña: concurso de culpas: responsabilidad de la empresa explotadora del camping, del encargado del mantenimiento, de la propia víctima y de terceros desconocidos: solidaridad impropia: alcance.—La sentencia de instancia cifra en el 50 por 100 la cuantía de la responsabilidad de los terceros desconocidos que manipularon el interruptor diferencial, pretendiendo la parte recurrente que esa cuantía debe recaer sobre los condenados en calidad de deudores solidarios. Pero ni siquiera en el caso de solidaridad propia cabe extender la acción de reclamación contra alguno o algunos de los deudores solidarios, en perjuicio de los *demás* cuando éstos no sean conocidos, ni susceptibles de identificación, ni determinados, porque entonces falta la determinación de los obligados al cumplimiento. A mayor abundamiento cuando se trata de la soli-

daridad impropia o tácita, derivada de la naturaleza de la obligación de indemnizar los daños extracontractuales, establecida por criterios doctrinales y jurisprudenciales, sin que sea posible la fijación individualizada de la participación de cada una en la causación del daño. Es esta una solidaridad que cabe llamar *procesal* pues se origina en la propia sentencia condenatoria, pues no existía con anterioridad, y por ello se agota en la sentencia de manera que no es posible hacer proyecciones o extrapolaciones de la solidaridad fuera de otros sujetos que no hayan sido demandados y condenados. Además, entraña en vigor la nueva LEC tampoco a las obligaciones solidarias propias podría explicarse la extensión de la cosa juzgada conforme a los *vínculos de solidaridad* que preceptuaba el derogado artículo 1252 CC en su párrafo 3.º, que ha sido sustituido por el nuevo artículo 222 de LEC 2000.

Quantum indemnitorio.—La cuantía indemnizatoria se ha establecido tomando en consideración todas las circunstancias concurrentes en el caso, acorde con los parámetros exigidos en el artículo 1104, párrafo I CC por lo cual no es revisable en casación según notoria y reiterada jurisprudencia.

Acumulación de causas.—El accidente en el camping con resultado de muerte fue resultado de una acumulación de causas; así la empresa propietaria del camping debió evitar que los cuadros de la energía eléctrica fueran objeto de manejo por personas ajenas a la sociedad encargada del mantenimiento de la instalación, cuya culpa *in vigilando* ocasiona la responsabilidad de su aseguradora, y lo propio puede decirse de la carencia de la instalación del suministro eléctrico adecuado, para servir a todas las tiendas del camping, lo que generalizó la costumbre de hacer *puentes* por parte de los usuarios; la culpa de la empresa de mantenimiento se deriva de los propios hechos, y sus omisiones se estiman de igual influencia en la producción del evento dañoso; y en cuanto a la conducta de la víctima se dice que tuvo una actuación *al menos no todo lo exquisito que la electricidad requiere*, siendo muy posible, aunque no se ha probado totalmente que la víctima estuviera mojada al manipular un cable para dar luz a su tienda. (STS de 17 de junio de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Varios aspectos llaman la atención en esta S: 1.º Lo relativo a la noción y efectos de la llamada *solidaridad imperfecta* (que el Pte. Almagro Nosete denomina *procesal*) derivada de la participación en un hecho dañoso, cuando no es posible determinar la responsabilidad causal de cada deudor y hay terceros responsables desconocidos. 2.º La eficacia derogatoria civil de la LEC 2000. Y 3.º La declaración sobre la culpa de la víctima.

Es cierto que el artículo 1140 CC dice que la solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo, pero no parece posible incluir aquí el caso de terceros desconocidos responsables; cabría decir que la indeterminación del sujeto pasivo representa un límite al concepto de solidaridad. No parece que la demanda interpuesta por la viuda, en su nombre y en el de sus hijos menores, lo haya sido contra personas desconocidas, sino que se trata de una afirmación de las sentencias de instancia que acoge la de casación. Siendo el sujeto obligado indeterminado, e incierto por definición ¿era procedente que la sentencia de instancia llegara a cuantificar en el 50 por 100 el alcance de su responsabilidad? ¿y si en el proceso ulterior se declara que tales terceros no eran, efectivamente, responsables o lo eran en proporción menor?

Obsérvese que la actual sentencia no produce cosa juzgada respecto de esos terceros desconocidos ¿por qué tomar en consideración una hipotética responsabilidad que no ha sido sujeta a debate?

Si la llamada cosa juzgada es materia procesal no parece inadecuado que una nueva ley procesal, en aras de la *pureza legislativa* la regule *ex novo* en su artículo 222, incluso de forma diferente al párrafo III del artículo 1252 CC. Otra cosa sería que aquélla modificara, además, *par ricochet*, la estricta legislación civil, como puede ser el régimen de la solidaridad pasiva, y, en particular, el artículo 1141, párrafo II CC.

Por lo demás, una vez vez dictada esta sentencia firme, si en el futuro se descubriera la identidad de quienes manipularon el diferencial eléctrico de la instalación, parece indudable que podrían reclamarles un indemnización equivalente a la ahora concedida por la sentencia confirmada, cuya cuantía, por cierto, resulta notablemente menor de la solicitada (de un total de treinta millones de antiguas pesetas se otorgan sólo poco más de ocho por la compensación de culpas).

Por otra parte, la descripción de la conducta culposa de la víctima no resulta demasiado convincente. Decir que aquélla actuó *no todo lo exquisito que la electricidad requiere* no deja de constituir un eufemismo que no se sabe qué quiere encubrir, si una *culpa levísima* o, realmente, que no hay tal culpa y por ello no se usa el término, sino, únicamente un proceder torpe o inadecuado; hablar de la circunstancia de ser *muy posible aunque no se ha probado totalmente* que al ocurrir el accidente la víctima tenía el cuerpo mojado, es irrelevante a efectos de probar su culpabilidad. Parece que el Tribunal no tiene muy clara la responsabilidad de la víctima, que, sin embargo, declara en la sentencia.

Al leer la sentencia se obtiene la impresión fundada de un funcionamiento irregular y chapucero de la organización del camping, que está llamando a gritos la actuación eficaz de los competentes organismos inspectores. Tampoco es ejemplar que ocurrido el accidente en 1984 se dicte sentencia en el 2002 otorgando además modestas indemnizaciones. (G. G. C.)

48. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: medicina voluntaria (vasectomía): secuelas: incumplimiento del deber de información.—En el presente caso se infringió el deber de información médica, de tal modo que el consentimiento obtenido para la operación no estaba debidamente informado por lo que el paciente no pudo ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria que tiene su fundamento en la dignidad de la persona. Los apartados 5 y 6 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, establecen el derecho del usuario de los servicios públicos, y el apartado 15, de los privados, a que se le dé en términos comprensibles información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, y a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico en su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito para la realización de cualquier intervención (excepto los casos que menciona que aquí no se dan). Resulta evidente que en el caso presente la información proporcionada no fue la oportuna y razonable en relación con la

intervención y el usuario, pues no se le pusieron de relieve eventuales riesgos, previsibles, e incluso frecuentes, para poder ser valorados por el mismo, y con base en tal conocimiento prestar su asentimiento o conformidad o desistir de la operación; y ello era tanto más relevante si se tiene en cuenta que se trataba de una intervención quirúrgica que se denomina de medicina voluntaria, en que la libertad de opción por parte del cliente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa.

Riesgo de complicación.—El riesgo de complicación tiene entidad suficiente para considerar seriamente la decisión de no someterse a la operación, sin que sea adecuado hablar de relación de causalidad entre una desinformación negligente y el resultado dañoso producido, sino si la información recibida fue la debida para prestar el consentimiento o conformidad a la operación. Es cierto que el deber de informar no tiene un carácter absoluto y omnicomprensivo, pero obviamente se extiende a complicaciones previsibles y frecuentes que, como en el caso, pueden acarrear el grave daño colateral de pérdida por atrofia de un testículo.

Doctrina jurisprudencial sobre deber de información.—La solución que adopta esta Sala se ajusta a la jurisprudencia ya recaída en la materia, que pone de relieve la importancia de cumplir el deber de información (SSTS, entre otras, de 25 de abril de 1994, 24 de mayo de 1995, 31 de julio de 1996, 11 de febrero, 1 de julio y 2 de octubre de 1997, 16 de octubre y 28 de diciembre 1998, 13 de abril de 1999, 7 de marzo y 26 de septiembre de 2000, 12 de enero y 11 de mayo de 2001), porque para que el consentimiento prestado por el usuario sea eficaz, es preciso que sea uno prestado con conocimiento de causa, y para ello se requiere que se le hubiesen comunicado, entre otros aspectos, los riesgos y complicaciones que podían surgir durante o *a posteriori* de la operación. Tal deber de informar es aplicable tanto si existe un vínculo contractual como si se actúa en el campo extracontractual, debiendo advertirse que en la demanda se ejercitaron ambas.

Prescripción de la acción: *dies a quo*.—La expresión del artículo 1968.2 CC *desde que lo supo el obligado* no cabe interpretarlo en el sentido del día en que cesó la asistencia médica del alegante, sino cuando se conoce el resultado lesivo definitivo, con o sin secuela.

Responsabilidad solidaria del médico y del Centro sanitario.—La responsabilidad por infracción del deber de informar incumbe por igual al médico y al Centro Sanitario (SSTS de 16 de octubre de 1998, 7 de marzo de 2000, 12 de enero y 27 de abril de 2001), aparte de que, en cualquier caso, el centro Hospitalario resultaría responsable por culpa *in vigilando*. (STS de 2 de junio de 2002; ha lugar.)

NOTA.—La demanda había sido rechazada en ambas instancias, pero el recurso de casación es estimado con base en la doctrina extractada, que es de aprobar (Pte.: Corbal Fernández). Se acepta también la cuantía pedida en la demanda (de siete millones de pesetas) con base en los conceptos de incapacidad temporal, molestias y dolores, y secuela, en sus perspectivas física y de daño moral, por considerarla ponderada. Adviértase que la demanda no se basa en el hecho de haber procreado un hijo pese a la vasectomía, sino en las secuelas colaterales acompañadas de falta de información; lo que puede producirse obviamente en cualquier tipo de intervención quirúrgica. Últimamente sobre el deber de información médica: SSTS

de 13 de abril y 7 de marzo de 1999, extractadas en *ADC* 2001, respectivamente pp. 483 y 1309). (G. G. C.)

49. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: negligencia del tocólogo en la asistencia al parto: fallecimiento de neonato nacido con graves secuelas.—La situación del médico tocólogo en la clínica era la de *guardia localizable*, pero ello cede cuando existe una paciente que informa, tanto a la comadrona como al profesional, que era primípara y que su ginecólogo le había comunicado que presentaba estrechez de cuello uterino y que estaba cumplida; dicha paciente había sido monitorizada el día de ingreso en dos ocasiones a las 9,40 y a las 20 horas. Pero no se le volvió a colocar el monitor hasta las 16 horas del día siguiente porque era el único existente en el centro y estaba siendo utilizado por una mujer secundípara. El tocólogo abandona el centro cuando se había presentado el parto e ignora el resultado de la monitorización. Al día siguiente la comadrona comprueba alarmada, y por primera vez, bradicardia y desaceleraciones y sufrimiento fetal y aunque ordena avisar urgentemente al médico de guardia, y éste se presenta inmediatamente, se encuentra ya con una situación irreversible, en el último período expulsivo de la parturienta, padeciendo el niño una bradicardia severa que, previa reanimación por anestesista y pediatra, fue enviado al Hospital Materno-Infantil de Málaga, falleciendo unos tres meses más tarde, pese a los cuidados prestados. Como el tocólogo se marcha a su casa pese a existir en el centro dos mujeres de parto, ello proclama que no ha prestado a su paciente los cuidados precisos y en su justo momento; de haber estado presente, podía haberse evitado el fatal desenlace. La matrona o comadrona está destinada para actuar en partos normales, que no era el supuesto; si el tocólogo monitoriza a la gestante y detecta el sufrimiento fetal, puede llamar al anestesista y realizar una cesárea que no puede efectuar la matrona, o, incluso, otras técnicas que su título exige conocer y practicar. Su responsabilidad arranca de descargarla, o pretenderlo, en la comadrona y deriva de su falta de presencia y controles. El acontecimiento no fue imprevisible; una cosa es que su guardia sea *localizable* y otra muy distinta que abandone el centro existiendo un parto con riesgo; el sufrimiento fetal era claramente previsible, y más en una primípara y de tales características fisiológicas, y tratándose de un especialista no pueden ocultársele, ni desconocer tales riesgos.

Responsabilidad de la matrona o comadrona.—El Real Decreto-Ley de 8 de enero de 1999 establece que son funciones de estos auxiliares sanitarios *asistir a los partos y puerperios normales de conformidad con las instrucciones que hayan recibido de los especialistas, así como efectuar las prácticas de educación maternal que se establezcan con carácter ambulatorio y excepcionalmente a domicilio, así como la profilaxis del parto*. En este caso, el sufrimiento fetal pudo haberse detectado con mayor prontitud y la intervención toco-ginecológica haberse producido en un momento anterior y más beneficioso para el recién nacido; cuando reputó la comadrona que era preciso avisar al médico era demasiado tarde, y no debe olvidarse que detectado el supuesto, cualquiera que sea su causa, se debe proceder inmediatamente a salvaguardar la vida del feto; la comadrona aceleró el parto e incluso ordenó la instauración de un *goteo occitónico*, lo que no consta fuera acordado por el médico en el curso de un parto que ya no era normal, ni tampoco juzgando que lo fuera. No resulta correcto que asista a un parto que no sea capaz de terminar y que concluyó el médico. Debe ser el médico el que adop-

te las medidas ante un sufrimiento fetal; no cabe duda que una atención más directa a la evolución del parto, a lo largo de las horas previas en que hizo aparición el sufrimiento fetal, podía haber evitado el fatal resultado, o, al menos, detectarlo con más prontitud. La responsabilidad de esta ATS, matrona o comadrona, ha quedado acreditada porque el daño está probado, la muerte del nacido y las causas de la muerte. Se trata de la muerte del primogénito y recién nacido, sin que exista una razón que la explique, sino por la conjunción de un complejo de factores o elementos concurrentes que vienen a complicar un parto que, aunque normal en principio, se apuntaba como problemático y que lo complicaron hasta el punto de herir de muerte al feto durante esa última etapa que la llevaba a la vida, pero que nació tan lesionado y afectado por los traumatismos de su alumbramiento, que falleció poco tiempo después de abandonar el claustro materno.

Responsabilidad de la clínica.—Se le condena por tener un solo monitor y una deficiente organización a nivel de medios técnicos y humanos; se reprocha culpabilísticamente a la clínica por ausencia de un médico de guardia durante la evolución de un parto, cuando debía encontrarse en el centro, al menos un facultativo para hacer frente a un caso de urgencia como el de autos y la existencia de un único monitor que se pretende desvirtuar alegando que era totalmente suficiente, lo que desmienten los hechos.

Relación de causalidad: doctrina general sobre la responsabilidad médica.—La relación de causalidad se debe a un complejo de factores en que colaboraron necesariamente en el fatal desenlace las conductas de las tres partes demandadas; por otra parte la falta de eficacia operativa para atajar contingencias es negligencia, incapacidad para evitar o disminuir el resultado lesivo en la paciente, como destacó la STS de 15 de octubre de 1996; la causa eficiente es aquella que, aun concurriendo con otras, prepara, condiciona o completa la acción de la causa última (SSTS de 18 de febrero de 1985, 23 de enero de 1986, 8 de julio de 1991 y 11 de febrero de 1992). La doctrina juríspudencial ha repetido con insistencia que si bien el artículo 1902 CC descansa en un básico principio culpabilístico, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende, no sólo los cuidados y prevenciones reglamentarios, sino además todos aquéllos que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de culpa en el agente, así como la aplicación de prudentes pautas de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirse en fundamento único de la obligación de resarcir. La STS de 2 de diciembre de 1996 hace una importante declaración sobre la carga de la prueba, por la posición ventajosa en que se encuentran los facultativos frente a las víctimas o perjudicados y donde, por otra parte, el resultado acaecido aparece desproporcionado (SSTS de 29 de junio y 9 de diciembre de 1999). Por otra parte, la doctrina de esta sentencia no supone contradicción, ni siquiera aparente con la mantenida en STS de 27 de mayo de 2002, por tratarse de un supuesto totalmente diferente; allí se trataba de un parto eutóxico en su inicio, que luego se complicó de forma imprevista por encajamiento de los hombros del feto, pero que la Matrona resolvio con técnica adecuada, de modo que su actuación se ajustó a la *lex artis ad hoc*. (STS de 31 de julio de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Pte.: Martínez-Pereda Rodríguez) por el minucioso análisis de la responsabilidad extracontractual en que han incurrido, tanto el médico tocólogo de guardia, como la

comadrona y el centro médico en un parto que resultó de riesgo para el neonato, ocasionándose la muerte del recién nacido al poco tiempo. Parece que la negligencia del médico resulta determinante pues conocedor del ingreso en el centro de una parturienta con problemas, se marcha a su casa; coadyuva la comadrona por omisión y cierta complicidad por acción y omisión con la conducta del tocólogo. Indiscutible resulta la responsabilidad de la clínica por tener sólo disponible un monitor único. De modo incidental parecen innecesarias las afirmaciones contenidas en el FD 5.º que dan a entender ciertas actuaciones de connivencia entre ginecólogos y matronas que han podido dar origen, incluso, a actuaciones penales o administrativas, y en otros supuestos. Ello, en mi opinión, no puede generalizarse ni pesar o influir decisivamente en el ánimo de los juzgadores. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

50. Acción reivindicatoria: requiere que coincidan los linderos de la finca reclamada con los de la finca poseída por los demandados.—La acción reivindicatoria no puede estimarse cuando el demandante no acredite suficientemente que el bien reivindicado se corresponde e identifica exactamente con el descrito en el título que le legitima como propietario. La falta de coincidencia puede evidenciarse por la diferente superficie, u otras *desconexiones fácticas*. Tratándose de elementos fácticos, difícilmente pueden revisarse en casación.

Acción reivindicatoria: requiere prueba de que se tiene mejor título para poseer que los demandados.—El demandado puede impedir el éxito de la acción reivindicatoria probando que tiene mejor derecho a poseer que el demandante (en el caso, probando la usucapión de la finca). La reivindicación puede considerarse tardía e impropias cuando, junto a otros argumentos, cabe decir que los mismos hechos de la demanda recogen circunstancias significativas de que la finca ha podido ser usucapida, tales como el reconocimiento de que la finca viene siendo ocupada por los demandados sin justo título y con mala fe desde hace cerca de treinta años.

Acción reivindicatoria: requiere que se acredite la posesión de los demandados.—Es requisito para estimar la acción reivindicatoria que los demandados sean los poseedores de la cosa reivindicada. No cabe, por tanto, negar que los demandados hayan acreditado haber poseido en ningún momento la cosa (a fin de rechazar la pretendida usucapión de éstos) y, a la vez, estimar la acción reivindicatoria. (STS de 10 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La Gerencia Municipal de Urbanismo del Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid promovió demanda contra varios particulares, ejercitando, entre otras, una acción declarativa del dominio de una finca, una acción reivindicatoria de la posesión de la misma, y una acción de rectificación de lo inscrito en el Registro de la Propiedad. Por su parte, los demandados alegaron que ellos eran los verdaderos propietarios y legítimos poseedores pues adquirieron la finca por usucapión (al parecer, usucapión extraordinaria). En primera ins-

tancia se estimó la demanda, pero la Audiencia, revocando la anterior, estimó el recurso y absolvío a los demandados. En casación, no hubo lugar. (*C. J. D.*)

51. Artículo 16.4 LPH: plazo para impugnar los acuerdos de la Junta.—El plazo de treinta días recogido en dicho precepto es de caducidad.

Prescripción y caducidad. Diferencias.—La prescripción descansa en la presunción de abandono de su titular, es estimable sólo a instancia de parte y susceptible de interrupción.

La caducidad, sin embargo, encuentra su fundamento en la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico, opera por el mero transcurso del tiempo y no es susceptible de interrupción.

Recurso de casación. Planteamiento de una cuestión nueva.—El planteamiento de una cuestión nueva es repudiable en casación pues las cuestiones nuevas afectan al derecho de defensa porque se han debido introducir en el proceso en su momento, conforme a los principios de eventualidad y preclusión. Su admisión iría, además, en contra de los principios de audiencia bilateral y de congruencia.

Doctrina de los actos propios.—El principio general de derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios constituye un límite de un derecho subjetivo o de una facultad, que tiene su fundamento en el principio de buena fe y de la exigencia de observancia de una conducta coherente dentro del tráfico jurídico.

Para su apreciación es necesario que concurran los requisitos o presupuestos que exige la doctrina: *a) que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídica afectante a su autor; y b) que exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente.*

Abuso de derecho. Requisitos.—Los elementos esenciales para apreciar abuso de derecho son los siguientes: *a) uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva u objetiva. Su apreciación exige que la base fáctica ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo).*

El abuso del derecho no puede invocarse cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio del derecho está garantizada por precepto legal. (**STS de 2 de julio de 2002;** no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de un local comercial postulan la declaración de nulidad del acuerdo de la Junta General celebrada el 28 de abril de 1992 así como de la Junta General Extraordinaria de 23 de noviembre de 1992. La demanda fue interpuesta el 11 de mayo de 1993, pues dichos acuerdos fueron conocidos el 2 de abril de 1993.

En concreto, los acuerdos impugnados eran los siguientes: en primer lugar, aquel por el que se estableció el corte de suministro para todos los locales a partir de 1 de enero de 1993, lo cual requería llevar a cabo una alteración de elementos comunes. En la deman-

da se aducía como causa de nulidad de dicho acuerdo la necesidad de la unanimidad de todos los propietarios para el mismo, mientras que en el recurso de casación, interpuesto por los demandantes, se aducía como causa de nulidad que la obra resultante del acuerdo debía ser costeada por todos los propietarios.

En segundo lugar, el acuerdo de tapiar todas las salidas de humos ilegales entre las que se incluía la salida de humos que los demandantes venían utilizando desde hace veinte años sin oposición del resto de los copropietarios. (B. F. G.)

52. Legitimación activa de las entidades de gestión.—Según el artículo 135 LPI de 1987, las entidades de gestión, una vez que están constituidas, tienen legitimación para hacer valer los derechos confiados a su gestión en toda clase de procedimientos judiciales y administrativos. En esta labor se incluyen aquellos derechos cuya gestión constituye el objeto de su actividad, conforme a los Estatutos que las rigen y no conforme a los concretos derechos individuales, en virtud de contratos con los titulares. Así, la SGAE posee legitimación activa para defender en juicio los derechos a los que se extiende su actividad.

La STS de 18 de diciembre de 2001 reconoce la legitimación de la SGAE, exigiendo únicamente la aportación de dos documentos: la autorización administrativa que habilite la gestión y los Estatutos debidamente aprobados. Esta decisión la apoya el TS en los artículos 24 CE y 7 LOPJ, al referirse a intereses legítimos y colectivos.

El derecho de comunicación pública en el ámbito hotelero.—En la S de 17 de enero de 2002, el TC declara inconstitucional el artículo 357 LECr, considerando las habitaciones de los hoteles como domicilios a efectos constitucionales, ya que conforman ámbitos donde los huéspedes desarrollan su privacidad. El artículo 20.1 LPI declara que no se considerará el acto de comunicación como público cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo (se trata de dos requisitos cumulativos). Indudablemente las habitaciones de los hoteles reúnen esta condición, pues en dichas dependencias desarrollan las personas actividades inherentes a su intimidad y personalidad, como si se tratase de sus propios domicilios, al corresponder a espacios exclusivos y excluyentes para los demás. No hay comunicación pública cuando en la habitación de un hotel se contempla la televisión o se escucha la radio utilizando aparatos instalados en la misma para el disfrute del cliente. Por tanto, los actos de difusión en dichos espacios de contenidos protegidos por la propiedad intelectual, no constituyen actos de comunicación pública, sino actos de recepción. (STS de 24 de septiembre de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El establecimiento hotelero *Taurito Princess* viene comunicando públicamente dentro de sus dependencias obras musicales gestionadas por las entidades demandantes, la SGAE y la AGEDI. Éstas pretenden el cese inmediato de dichas comunicaciones hasta que no se obtengan las debidas autorizaciones, así como una indemnización en concepto de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta por las demandantes. Dicha decisión es recurrida por el establecimiento hotelero en apelación, donde la Audiencia Provincial dicta sentencia estimando el recurso y desestimando la demanda de la SGAE y la AGEDI. Finalmente, éstas acuden a la casación y el TS declara haber lugar en parte al recurso, confirmando la sentencia de primera instancia pero excluyendo la indemnización de daños y perjuicios por las comunicaciones públicas.

NOTA.—La LPI de 1987 ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, modificado posteriormente por la Ley 5/1998, de 6 de marzo. Actualmente, en lo referente a la comunicación pública hay que acudir al artículo 20 y al artículo 150 para la legitimación activa de las entidades de gestión. (S. L. M.)

53. Interpretación de los contratos.—En relación con el artículo 1281.1.º CC, el TS ha dicho que debe prevalecer la interpretación realizada por el Juez de instancia aun cuando existan dudas sobre su bondad o sobre su exactitud rigurosa.

La función social de la propiedad.—Conforme a una asentada jurisprudencia del TC y del TS (SSTC de 26 de octubre de 1995 y de 20 de marzo de 1997; y SSTS de 15 de diciembre de 1992 y de 29 de enero de 1999) la función social configura el régimen de la propiedad privada (art. 33.1 CE). Esta función social permite establecer en el ámbito civil una serie de límites y limitaciones. Los límites, que son de origen legal (art. 33.2 CE), se consideran como elementos que ayudan a determinar y concretar el contenido y la esencia del propio derecho; no restringen ninguna facultad del derecho a que se refieren y no precisan de acto constitutivo. Los límites fundamentales al derecho de propiedad son: la función social, la buena fe, el no abuso de derecho... En cambio, las limitaciones, sin llegar a restringir las facultades, sí delimitan el contenido del derecho en determinadas circunstancias y para determinadas personas; tres notas las cualifican: son de carácter obligatorio, obedecen a la idea de «necesidad» y sí necesitan de un acto constitutivo concreto (pudiendo ser convencional). Las limitaciones legales están establecidas fundamentalmente en el ámbito de las relaciones de vecindad (éstas se caracterizan por la nota de la reciprocidad). Dentro de las limitaciones se encuadrarán las servidumbres forzosas.

Distintas a los límites y a las limitaciones están las cargas y gravámenes, que se establecen con la naturaleza de restricciones a las facultades de los derechos, fundamentalmente beneficiando a un titular de un derecho en perjuicio de otro. Las servidumbres voluntarias pertenecen al campo de la autonomía privada y no son «límites» ni limitaciones legales, sino gravámenes sobre fincas a favor de otras fincas (servidumbres reales, art. 530 CC) o de personas (personales, art. 531 CC). Su fundamento no es la necesidad, como en el caso de las limitaciones legales, sino la utilidad, en el sentido de beneficio o comodidad. El artículo 594 CC establece un amplio margen de actuación para la autonomía privada en materia de servidumbres, pero no pueden ser contrarias a las leyes ni al orden público. Pueden convenirse para alcanzar soluciones similares a las forzosas en sede de relaciones de vecindad, pero quedan fuera del ámbito de la construcción legal y obedecen a la autonomía

de voluntad de los interesados (SSTS de 3 de noviembre de 2000, de 9 de marzo de 2001, entre otras).

Cuando nos encontramos ante un supuesto perteneciente al derecho voluntario de vecindad y que no está sujeto a ninguna restricción derivada del derecho necesario del planeamiento urbanístico, los afectados pueden establecer los gravámenes prediales en atención a sus intereses.

Requisitos para la constitución de servidumbres voluntarias.—Para la constitución de las servidumbres voluntarias, es preciso la voluntad inequívoca de los otorgantes en tal sentido en el contrato de compraventa del inmueble gravado, ya que en caso de duda operará la presunción de libertad del fundo. Además, el TS ha entendido en numerosas ocasiones que no es necesaria la inscripción de la servidumbre para que sea eficaz frente a terceros, siempre que sea ostensible y no quepa duda de su existencia; su apariencia exterior ya le atribuye publicidad.

Régimen jurídico de la servidumbre *altius non tollendi*.—La servidumbre *altius non tollendi*, que constituye un límite al *ius edificando*, está sujeta en primer lugar al título de constitución y subsidiariamente al régimen de las servidumbres voluntarias (STS de 9 de marzo de 2001).

Elementos configuradores de los *iura in re aliena*.—Los elementos de los *iura en re aliena* son tres: *a*) un gravamen que consista en una abstención o prohibición en beneficio de otros predios; *b*) la utilidad que supone para todos los interesados; *c*) la permanencia.

Transmisión de la servidumbre.—La servidumbre supone un gravamen real que se transmite con la finca gravada (art. 534 CC), es decir, limita la libertad contractual de los otorgantes y de los «sucesores a título universal» (herederos). Tiene una eficacia *erga omnes*. (STS de 19 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Alconde, S. A.*, adquiere a la entidad mercantil *Compañía Hotelera Bikini, S. A.*, que a su vez había sido comprada de don A. S. M., una porción de terreno con el objeto de construir bloques de apartamentos. La Asociación de propietarios y vecinos de Portals Nous y Bendinat interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia con el objeto de que la entidad *Alconde, S. A.*, se sujete a las condiciones y pactos establecidos en la primera inscripción de la finca matriz, según las cuales únicamente puede construirse un edificio destinado a casa-vivienda. Según la perspectiva de la demandada, esos pactos constituyen una mera obligación personal de quienes los establecieron, sin trascendencia real, y no le vinculan. El objeto del pleito consiste en dilucidar el carácter obligatorio, frente a posteriores compradores, de las condiciones particulares de la Urbanización de Bendinat, impuestas por los primeros urbanizadores, don R. B. F. y don J. M. L., a los primeros compradores, don L. R. M. y doña M. L. D. P. L. B., y entre las que se encuentra una servidumbre *altius non tollendi*.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda interpuesta por la Asociación de propietarios y vecinos de Portals Nous y Bendinat, decisión frente a la cual se recurre en apelación. La Audiencia Provincial estima el recurso y estima íntegramente la demanda. El TS, en casación, declara no haber lugar al recurso promovido por la entidad mercantil *Alconde, S. A.* (S.L.M.)

54. Formas de organización de la servidumbre de acueducto.—La servidumbre de acueducto es aquella servidumbre forzosa, continua y aparente, por la cual todo el que quiera servirse del agua para una finca suya o evacuar los sobrantes tiene derecho a hacerla pasar por los predios intermedios, previa la correspondiente indemnización. Puede ser de carácter forzoso (art. 557 CC), pero el TS también admite que se origine por prescripción y por convenio entre las partes (STS de 26 de junio de 1981), pues en estos casos existe un efectivo acto jurídico creador. En todo caso se requiere la ocupación efectiva de la parte correspondiente de la finca por la que se pretende que pasen las aguas (art. 558.2.º CC).

Extensión de la servidumbre.—El artículo 560 CC permite al titular del predio sirviente cerrar y cercar el acueducto, así como edificar sobre el mismo pero siempre que el mismo no sufra ningún perjuicio. Sin embargo, ese mismo precepto también le impone el deber legal de no impedir que se realicen las labores de limpias necesarias y reparaciones que el mantenimiento del acueducto exija, lo que lleva implícito el derecho de paso por sus márgenes para el exclusivo servicio del mismo, presentándose como derecho inherente al del aprovechamiento con las aguas (SSTS de 18 de enero y 28 de noviembre de 1995, y de 7 de diciembre de 1979). Señala el TS que la instalación de un muro y valla protectora en el predio sirviente no dificulta las labores de mantenimiento de la acequia, ya que permiten el paso por la misma y también su acceso por la margen contraria. (STS de 10 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La Heredad de Los Corralillos de Agüimes tiene constituida desde hace mucho tiempo, como predio dominante, una servidumbre de acueducto que discurre por el inmueble de los demandados y, en consecuencia, un derecho de paso libre para la limpia y reparaciones necesarias del riego en ambos márgenes del tramo de acequia. Los demandados establecieron una valla junto al margen izquierdo de la acequia de la Heredad demandante, por lo que la parte actora solicita el retranqueo de la valla a costa y cargo exclusivos de doña M. R. L. M. y don J. R. H., para dejar libre el paso sobre dicho tramo.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimando la demanda de la Heredad de Los Corralillos, frente a lo cual recurren los demandados M. R. L. M. y J. R. H. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Es por esto por lo que la parte actora interpone recurso de casación, que es desestimado en atención al artículo 560 CC. (S. L. M.)

55. Concepto de cesión de crédito.—La cesión de crédito, como sustitución de la persona del acreedor por otra respecto al mismo crédito, supone un cambio de acreedor quedando el nuevo con el mismo derecho que el anterior, permaneciendo incólume la relación obligatoria, como han destacado las SS de esta Sala de 15 de noviembre de 1990 y 22 de febrero de 1994. Cuya cesión es admitida, con carácter general, por el artículo 1112 del CC y está regulada, con carácter particular, en los artículos 1526 y siguientes del mismo cuerpo legal, como negocio jurídico, sea o no contrato de compraventa.

Concepto de prenda sobre derechos.—La prenda de derechos es el derecho real de prenda que no recae sobre una cosa, sino sobre un derecho y al acreedor pignoraticio se le transmite, no la posesión de la cosa, sino el poder en que el derecho consiste, que le permite realizarlo. En el caso de prenda sobre derecho de crédito se producen los mismos efectos que la posesión, por la notificación al deudor y por la facultad del acreedor pignoraticio de percibir directamente el crédito que ha sido objeto de aquella prenda.

Concepto de autonomía de la voluntad.—El principio de autonomía de la voluntad es uno de los pilares del Derecho civil y es esencial en el campo del Derecho de obligaciones: el artículo 1255 del CC así lo proclama explícitamente y la jurisprudencia lo ha destacado (así, la S de 19 de septiembre de 1977). En virtud del mismo, los sujetos pueden celebrar o no un negocio jurídico y pueden determinar su contenido.

Cabe la prenda sobre derechos de crédito.—Cabe la prenda sobre derechos de crédito y así lo ha reconocido reiteradamente esta Sala en SS de 19 de abril y 7 de octubre de 1997, 13 de noviembre de 1999, 25 de junio de 2001. (STS de 26 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, —demandada y recurrida en casación— y *Vocedisc, S. L.*, celebraron contrato de seguro por el que la primera aseguraba a la segunda el riesgo de pérdida por insolvencia de clientes. *Vocedisc, S. A.*, constituye dos derechos de prenda sobre los créditos que pudieran nacer del contrato de seguro en garantía de dos préstamos recibidos de la demandante y recurrente en casación, *Bancaja*. *Bancaja* notifica notarialmente a la aseguradora la constitución del derecho de prenda. Insatisfechos los préstamos garantizados y producida la insolvencia definitiva de un cliente de *Vocedisc, S. A.*, *Bancaja* requiere notarialmente de pago a la aseguradora para reclamarle posteriormente la cantidad asegurada por vía judicial. *Credito y Caución* se opuso pero el Juzgado de Primera Instancia accedió a lo pedido. La Audiencia Provincial, sin embargo, revocó la sentencia por entender que no hubo cesión del crédito «pues no cabe prenda sobre derecho de crédito». El TS declara no haber lugar al recurso de casación no sin antes dejar sentado que «cabe prenda del derecho de crédito, son aceptables los motivos del recurso de casación, y no procede casar cuando se llega a la misma conclusión que la sentencia recurrida, pero por argumentación distinta». (R. G. S.)

DERECHO DE FAMILIA

56. Sociedad de gananciales. Principio de equivalencia o mantenimiento del carácter de los bienes.—Si un bien se aportó al matrimonio como privativo de un cónyuge o se adquirió luego como ganancial, ha de mantenerse dicho carácter al disolverse la sociedad, aun cuando haya experimentado una transformación plusvalorativa o mejora.

Sociedad de gananciales. Principio de equivalencia entre la causa y efecto de la plusvalía.—Si por un proceso de transformación mejorativa (plus-

valía interpuesta) existe diferencia entre el valor del bien en origen al aportarlo o adquirirlo (según sea privativo o común) y el valor final liquidatorio al disolverse la sociedad, el citado principio de equivalencia conduce a que la causa determinante del cambio se corresponda con el efecto económico producido.

De este modo, si el dinero privativo de un cónyuge (causa) determina la mejora de un bien privativo o común (efecto), la parte mejorada corresponde al titular del dinero; y si esa mejora se embebe o incorpora al bien de carácter dispar (esto es, si el dinero privativo mejora un bien común) el titular privativo tendrá derecho al resarcimiento económico.

Sociedad de gananciales. Sistema de reembolsos.—Cuando por razones de política legislativa la norma innova el carácter del bien transformado, configurando un primitivo bien privativo como común pero mejorado, habrá de compensarse al titular particular, en cierto modo expoliado, abonando el valor de dicho bien, o concediendo una expresa acción de reembolso o reintegro del valor satisfecho a costa del caudal propio. Dicho reintegro ha de ser íntegro y no nominalista, pues se actúa bajo el sistema del valor real en el momento en que se produzca el reembolso o la afectación en los resultados liquidatorios de la masa común.

Sociedad de gananciales. Principio de equilibrio patrimonial y juego de la subrogación real.—Cuando aparece un cambio íntegro de un bien por otro, el objeto patrimonial incorporado ha de mantener el carácter del que trae causa de forma directa o indirecta. Y así, la subrogación real se produce, tanto si se aporta un bien privativo y durante el matrimonio se permuta por otro, como si, a título de ejemplo, se adquiere dinero a título gratuito y luego se invierte en la adquisición de un bien, o se vende el privativo y con su importe se adquiere otro.

Sociedad de gananciales. Calificación de un bien como ganancial.—Existen tres medios por los que un bien puede calificarse de ganancial: en primer lugar, a través del trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges (comunidad de esfuerzos); en segundo lugar, en razón al carácter principal de los bienes del matrimonio y a la exigencia de subvenir a las cargas del mismo, que provocan la accesoria de los frutos derivados y su imputación a esas cargas (comunidad en el sostentimiento de la sociedad); en tercer lugar, dentro de las adquisiciones a título oneroso en el amplio juego de la subrogación real, todos aquellos bienes obtenidos o realidades económicas creadas merced a recursos comunes (comunidad en el costo).

Sociedad de gananciales. Responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas contraídas por un cónyuge.—No tiene lugar cuando el acto del que se deriva la deuda excede de la administración ordinaria de los bienes privativos (art. 1365.2 CC).

Sociedad de gananciales. Artículo 1361 CC: presunción *iuris tantum* del carácter ganancial de los bienes existentes en el matrimonio.—Esta presunción alcanza, no sólo a los bienes, sino también a las inversiones de fondos y mejoras en bienes privativos, salvo prueba en contrario.

Acciones de nulidad y de rescisión.—La acción de nulidad persigue la invalidez del acto o contrato, mientras que la de rescisión es a veces compatible con la subsistencia total o parcial del nexo creado y sus consecuencias.

Confusión.—La confusión *ex artículo 1192 CC* supone que el acreedor coincide con el deudor sobre la misma suma debida. (**STS de 26 de septiembre de 2002**; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El 14 de marzo de 1993 fallece don M. T. R., casado con C. S. F. y sin ascendientes ni descendientes. Por testamento abierto, M. T. R. había instituido herederos por partes iguales a sus tres hermanos de vínculo sencillo, M. D., M. P. y A. E. M. R., y había dispuesto dos legados, uno en favor de su esposa y otro en favor de su sobrino.

Como consecuencia del fallecimiento de M. P. M. R. sin sucesión y de la renuncia de M. D. a la herencia de M. T. R., A. E. M. R. queda como único heredero.

Mediante escritura pública de 30 de julio de 1993, rectificada el 15 de septiembre siguiente, los albaceas contadores partidores designados en testamento con las más amplias facultades, entre ellas las de liquidar la sociedad conyugal, llevaron a cabo la protocolización de las operaciones participacionales al fallecimiento del causante.

A. E. M. R. ejercita la acción rescisoria del artículo 1074 CC contra la viuda, C. S. E. En el pleito se discute la liquidación de la sociedad conyugal del causante con adjudicación de bienes al cónyuge supérstite en pago de su haber. En concreto, los actos objeto de discusión son: *a*) la subvención a fondo perdido y el préstamo para la plantación de olivos en fincas privativas del causante, otorgados por el IRIDA; *b*) dos plantaciones de olivos en fincas privativas del causante; *c*) importe por la venta de bienes privativos del causante. (B. F. G.)

57. Sociedad de gananciales. Artículo 1361 CC: presunción *iuris tantum* del carácter ganancial de los bienes existentes en el matrimonio.—Esta presunción constituye un medio de prueba, por lo que opera en las cuestiones de hecho pero no en las cuestiones de derecho. Ello quiere decir que se presume que hubo algún hecho adquisitivo suficiente para la atribución de determinado bien a la sociedad de gananciales pero no que cualquier hecho adquisitivo demostrado tiene como efecto jurídico la atribución del bien al patrimonio ganancial.

Sociedad de gananciales. Artículo 1346.2 CC: carácter privativo de los bienes adquiridos después del matrimonio a título gratuito.—La razón de dicha regla es que en la causa de esta atribución no ha concurrido la conducta participativa del otro cónyuge, sino la exclusiva contemplación de la persona del atribuido en la voluntad del atribuyente.

Sociedad de gananciales. Artículo 1359 CC: carácter ganancial del crédito por el incremento de valor experimentado por los bienes privativos como consecuencia de la inversión en ellos de bienes comunes.—Dicho precepto se refiere a una mejora de gestión que provenga de un constante trabajo, celo o mejor explotación del bien privativo, tanto porque su coste sea común, como porque provenga de la actividad del cónyuge no propietario.

Partición hereditaria. Artículo 1063 CC: obligación de los coherederos de abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios.—El TS critica la expresión legal «deben abonarse recíprocamente en la partición», referida a los coherederos, pues considera que la responsabilidad no es entre los coherederos, sino entre los herederos y la herencia, ya que se tratará en su caso de aportaciones a la masa todavía partible o de valores a deducir de la misma.

En cuanto a los frutos, el precepto parece referirse a todos los frutos del artículo 354 CC, aunque algunos autores parecen limitarlos a los naturales y civiles. Se trata, en cualquier caso, de los frutos percibidos, es decir, de los producidos y devengados desde el día en que se abrió la sucesión, tanto del caudal relicito del causante como de los bienes sujetos a colación (art. 1049 CC).

Partición hereditaria. Artículo 1063 CC: obligación de los coherederos de abonarse recíprocamente en la partición las impensas útiles y necesarias hechas en los bienes hereditarios.—El importe del crédito depende de la existencia o inexistencia de acuerdo entre los herederos; en el primer caso, el crédito comprende el importe íntegro, mientras que en el segundo el crédito lo es sólo por el importe útil.

El gasto debe ser resarcido aun en la hipótesis de que, siendo necesario o debiendo proporcionar utilidad, por caso fortuito no resultase provecho para la herencia. (STS de 25 de julio de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Se trata de la demanda interpuesta por dos herederos contra el resto de los coherederos solicitando la nulidad del cuaderno particional de la herencia de su causante y, subsidiariamente, la rescisión de las operaciones divisorias realizadas por el contador. En concreto, se discute el carácter ganancial de la finca adquirida por sucesión del padre de un cónyuge. (B. F. G.)

58. Filiación: restricciones a la acción de reclamación.—La DA 7.^a de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, determina que cuando el progenitor cuestionado ha muerto al entrar en vigor la citada Ley, las acciones de filiación deberán regirse exclusivamente por la legislación anterior. La doctrina jurisprudencial consolidada (STS de 29 de febrero de 1990, 20 de diciembre de 1991, 28 de diciembre de 1992 y 16 de diciembre de 1994) afirma que la acción de reclamación de filiación le corresponde al hijo durante toda su vida, y por ello el TC ha declarado la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 137 CC en su redacción anterior a la mencionada Ley, ya que no es admisible la restricción del plazo de ejercicio de esta acción que el citado artículo imponía en el supuesto de los denominados hijos ilegítimos o adulterinos.

Garantías procesales: interpretación espiritualizada del artículo 127.2 CC.—Es consolidada la interpretación jurisprudencial (entre otras, SSTS de 3 de diciembre de 1991, 8 y 20 de octubre de 1993, 28 de abril y 28 de mayo de 1994, 3 de septiembre de 1996 y 30 de octubre de 1998) que establece que el párrafo II del artículo 127 CC sólo es un filtro para impedir demandas completamente infundadas. Es necesario hacer una interpretación espiritualizada del artículo, en el sentido de que basta con que en la demanda haya un principio de prueba, para así poder llevar a cabo el control de razonabilidad de la misma. (STS de 13 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía en la que la actora solicita que se reconozca la filiación no matrimonial de sus hijos.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda y declara la paternidad extramatrimonial de don A. M. G., ya fallecido. Tras la interposición del correspondiente recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima, y confirma la senten-

cia de instancia. El TS en casación declara no haber lugar al recurso interpuesto.

NOTA.—Tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el artículo 127 CC ha sido derogado por su DD única. Actualmente las disposiciones relativas a los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad se regulan en los artículos 764 a 768 de la citada Ley. (S. E. M.)

59. Filiación: caducidad de la acción de impugnación de la paternidad.—La jurisprudencia del TS distingue los plazos de caducidad previstos en los artículos 136 y 141 CC para las acciones de impugnación de la paternidad. Afirma el TS que el plazo de caducidad de un año desde el reconocimiento o desde que cesó el vicio del consentimiento, que prevé el artículo 141 CC para la acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación, no es aplicable a los supuestos de presunción legal de paternidad (art. 116 CC). Para estos últimos casos, el artículo 136 CC sólo admite como posibilidad de impugnación de la paternidad el ejercicio de la correspondiente acción en el plazo de un año a partir de la inscripción en el Registro Civil, supeditando el principio de la realidad biológica al de estabilidad familiar. Destacan en este sentido dos sentencias emblemáticas del TS de 20 de junio de 1996 y de 31 de diciembre de 1998, si bien existe una sentencia disconforme que no constituye doctrina (STS de 30 de enero de 1998).

Principio *iura novit curia*.—Según reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 30 de diciembre de 1993, 18 de marzo de 1995 y 4 de julio de 1996), así como del TC (STC de 21 de febrero de 1989 y 20 de julio de 1993), este principio no impide a los Jueces y Tribunales desvincularse de los razonamientos jurídicos presentados por las partes ni tener en cuenta los que resultan de aplicación para resolver el pleito. (STS de 26 de junio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda en juicio de menor cuantía sobre filiación, impugnando la filiación paterna de los demandados.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de impugnación de paternidad formulada, y estima la excepción de caducidad de la acción alegada por el Ministerio Fiscal. Apelada la sentencia por la parte demandante, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación planteado, revoca la sentencia de instancia, y niega por ello la paternidad del demandante. Interpuesto recurso de casación, y tras un nuevo informe del Ministerio Fiscal, el TS declara haber lugar al recurso, y confirma íntegramente la sentencia de instancia. (S. E. M.)

60. Filiación: negativa a la realización de la prueba biológica.—La doctrina constitucional sobre la prueba biológica de paternidad (SSTC 7/1994, de 17 de enero, y 95/1999, de 31 de mayo), al igual que la jurisprudencia del TS, es clara en relación a este problema: las partes tienen la obligación de facilitar la prueba que haya sido acordada por los órganos jurisdiccionales. La negativa a la práctica de la prueba biológica, en aquellos supuestos en los que el resto de elementos probatorios son insuficientes, atenta contra el

derecho a la tutela judicial efectiva de quien ejerce la acción de reclamación de la filiación, provocando una clara indefensión a dicha parte. Por ello, el demandado que se ha negado a suministrar la prueba decisiva para determinar la filiación, será quien sufra la carga de soportar la falta de la misma, de manera que se podrá declarar por esta vía la paternidad correspondiente. (STS de 20 de septiembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Doña P. O. C., en representación de su hijo menor de edad, interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra don M. J. C. solicitando se declare la filiación no matrimonial.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia en la que desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima, y confirma la sentencia de instancia. El TS, tras el informe del Ministerio Fiscal apoyando el recurso de casación, declara haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia, por lo que casa y anula la misma, estimando la demanda y declarando la filiación no matrimonial del menor representado. (S. E. M.)

61. Derecho de comunicación de los abuelos, tíos y primos de la línea materna con los nietos al fallecer la madre: interés de los menores.—La comunicación personal de los abuelos y otros parientes con los menores, que prevé el artículo 160, párrafo II CC es siempre enriquecedora para éstos y no puede, ni debe, limitarse a los pertenecientes a una sola línea, en este supuesto, la paterna, y más cuando se declara probado en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que en este caso la relación de los actores con las niñas no había sufrido un deterioro directo, al morir la madre, sino indirecto por motivos ajenos a su recíproca comunicación, por lo que si se observan las cautelas establecidas en aquélla, ha de resultar beneficiosa para las menores, como lo eran ya antes de morir la madre, y si además se siguen los criterios de progresividad recogidos en los informes periciales del psicólogo, bajo el control del equipo técnico adscrito al Juzgado.

Causa obstativa al régimen de visitas.—Las malas relaciones entre el padre y los parientes de su mujer no deben influir, en principio, en la concesión del régimen de visitas, pues es bien sabido que las relaciones entre los padres cuando se separan, o divorcian, en muchos casos no son buenas, y sin embargo este hecho no puede afectar al régimen de visitas de los hijos. En el presente caso la animadversión se manifiesta especialmente en el padre, que llega a admitir que antes de la muerte de la madre de las menores, despreciaba a la familia de su mujer, y si tenía relación con ellos era para complacer a su esposa, y después de la muerte de ésta detesta al abuelo materno; posición anímica del padre que le hace árbitro de la relación del derecho de comunicación, pues bastaría que siguiera detestando a sus suegros para que éstos no pudieran nunca comunicarse con sus nietos.

Medidas judiciales cautelares en el régimen de visitas.—Sobre la perniciosa influencia que los abuelos maternos puedan ocasionar a las niñas sobre las posibles versiones manipuladas que puedan hacer llegar a éstas sobre la muerte de su madre, que hagan al padre responsable directo de la misma, aun entendiendo que se trata de un temor fundado, se puede obviar este inconveniente estableciendo medios correctores, como con criterio muy ponderado se

hizo en la sentencia de primera instancia, imponiendo la posibilidad de la suspensión o mayor limitación del régimen de visitas, apercibiendo previamente de ello a los actores, de la obligación que contraen de evitar en todo momento ante las niñas cualquier alusión que haga recaer ante el padre la responsabilidad de la muerte de la madre. (STS de 20 de septiembre de 2002; *ha lugar*.)

NOTA.—La doctrina de esta sentencia (Pte.: De Asís Garrote) se une a la recaída anteriormente (SSTS de 7 de abril de 1994, 11 de junio y 17 de septiembre de 1996 y 11 de junio de 1998) con el resultado de consolidar el derecho de visita entre abuelos y nietos (así NAVARRO CASTRO comentando la sentencia extractada en *CCJC*, 62, septiembre-octubre de 2003, pp. 461-469; cfr. también el amplio comentario jurisprudencial de Marta SALANOVA a la STS de 1994, en *ADC* 1996, p. 801 ss). El supuesto de hecho aquí contemplado –igual que en la sentencia de 1994– es uno de los típicos: padre viudo que prohíbe a sus dos hijas menores que se comuniquen con los padres de la madre, tíos y primos por línea materna, aunque acaso podría decirse que el supuesto más frecuente sea el derivado del divorcio de los padres. Tratándose de una figura cuyo desarrollo se confía a la prudente decisión del Juez (en general, vide la completa monografía de RIVERO HERNÁNDEZ, Barcelona, 1997) se comprueba que la *amplitud* con que aquí lo otorga el Juzgado de Primera Instancia es menor del que suele concederse a los padres (un fin de semana cada mes, cinco días durante la Navidad, tres en Semana Santa y quince durante el verano). La demanda se interpone también en nombre de tíos y primos de las menores; la estimación del recurso plantea la duda de si –con base en la sentencia– cualquiera de aquellos parientes podrá pedir *individualmente* ejercer el derecho de visita; razonablemente cabe pensar que tal derecho se otorga unitariamente al conjunto (lo contrario podría vaciar de contenido la patria potestad del padre). La razón que éste opone, estimada por la Audiencia Provincial en su sentencia de segunda instancia, es la enemistad declarada entre aquél y la familia de su fallecida esposa, la cual existía ya antes del óbito y se recrudeció después (hasta el punto de culpar al marido por la muerte de su esposa). Con toda razón responde la sentencia que tal enemistad suele darse también en los casos de divorcio, sin que ello obste a la visita que se ejerza por cualquiera de los excónyuges, y, sobre todo, que las menores son ajenas en principio a aquélla, resultando, por el contrario, beneficiadas por el derecho de comunicación con los abuelos y allegados. El TS razona, sin embargo, si tal enemistad puede configurar la *justa causa* del artículo 160.II CC; con acierto desenmascara la postura del padre que vendría a convertirse en árbitro de tal derecho; por otro lado aprueba, por su prudencia, la cautela aprobada por el JPI al ordenar que intervenga de cerca el Equipo Técnico adscrito al Juzgado, así como la advertencia formal a los parientes de abstenerse de todo comentario ante las niñas deslizando la idea de haber sido el padre el culpable de la muerte de la madre. Ahora bien, desde que se dicta sentencia por el Juzgado de Primera Instancia hasta que se resuelve el recurso de casación transcurren siete años, y las niñas habrán dejado de serlo (¿manipuladas por su progenitor?), por lo

cual su punto de vista deberá ser tenido muy en cuenta para ejercer, en su caso, el derecho de visita, salvo que hayan llegado a la mayoría (pues se ignora la fecha de nacimiento); cabe preguntarse: ¿es plenamente justa y satisfactoria la sentencia ajustada a derecho pero dictada con notable retraso? ¿no habría que reservar un turno especial en la Sala 1.^a, a los asuntos familiares que no admiten dilación y cuyo retraso puede acarrear graves distorsiones a los justiciables (por ejemplo madre biológica que tiene derecho a recuperar a su hijo dado indebidamente en acogimiento o adopción; litigios sobre educación de menores, etc.)? (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

62. Revocación testamentaria tácita.—El TS afirma la posibilidad de que un testamento ológrafo posterior revoque tácitamente un testamento abierto anterior, postura que tiene su base en el artículo 739 CC que establece la admisibilidad de tal tipo de revocación.

También manifiesta el Tribunal que la facultad soberana para interpretar las disposiciones testamentarias le corresponde a la Sala de instancia (STS de 27 de febrero de 1997) y que, por este motivo, para destruir una conclusión judicial presuntiva es necesario demostrar que el Juez o Tribunal, al establecer el nexo o relación causal, ha seguido un camino erróneo, que conduce a una conclusión ilógica y contraria al buen criterio (por todas la STS de 23 de enero de 1935). (STS de 12 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña S. K. formula demanda contra doña H. E. J. K. en juicio declarativo de menor cuantía, solicitando que se declare que el testamento otorgado por su marido don S. H. K. ante Notario, por el que se instituía heredera a su esposa doña H., ha sido revocado por el otorgado posteriormente en Berlín en el que se instituye a la primera heredera universal (al ser su última esposa).

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta y absuelve a la demandada de todos los pedimentos. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia lo estima, revoca la sentencia de instancia y estima íntegramente la demanda interpuesta declarando a la actora como legítima heredera. El TS desestima el recurso de casación y confirma la sentencia dictada por la Audiencia. (S. E. M.)

DERECHO MERCANTIL

63. Las Directivas comunitarias carecen de eficacia directa.—En cuanto a la aplicación de la citada Directiva, sobre coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, dice la S de 24 de julio de 2002: «que una Directiva de la Comunidad Económica Europea no constituye derecho interno estatal, no necesita

de mayores argumentaciones» y así la S del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1994 afirmaba que «es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, a partir de la S de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/85), apartado 48, que una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una Directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en calidad de tal, contra dicha persona», y así lo declara esta Sala en S de 18 de marzo de 1995 según la cual «conviene afirmar que la aplicación de las Directivas a los Estados comunitarios, como reconoce la doctrina, no deja de plantear serios problemas, en posición de generalidad teórica, ya que las Directivas no son de aplicación directa (art. 189 del Tratado de la Comunidad Europea, que aunque contiene el vocablo “obligará”, lo es en forma condicionada). Con ello su entrada en vigor no ocasiona su automática incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros para convertirse en Derecho vigente y de obligado cumplimiento».

Contrato de distribución en exclusiva: cabe indemnización por clientela.—Como señala la sentencia de instancia, las relaciones contractuales que ligaban a actor y demandada integraban, unas, el contenido de un contrato de distribución en exclusiva y, otras, un contrato de agencia. Reconocida a favor del actor indemnización por clientela en cuanto al contrato de agencia, se le deniega respecto al contrato de distribución en exclusiva, afirmando la sentencia recurrida que «ninguna cantidad puede ser otorgada por el concepto de distribución en exclusiva, ya que con ello ningún cliente nuevo se aporta al empresario». De esta parca argumentación no queda claro si la denegación de la indemnización por este concepto se basa en no haberse probado aumento de clientela o aprovechamiento de la misma por el empresario o, por el contrario, en que en el contrato de distribución en exclusiva no procede, en general, indemnización por clientela, aunque ésta parece ser la postura adoptada por la Sala *a quo*.

La S de 22 de marzo de 1988, citada en la de 27 de mayo de 1993, señala la procedencia de la indemnización en los casos de revocabilidad de concesión en exclusiva sin límite temporal por la sola voluntad unilateral de uno de los contratantes cuando «la denuncia unilateral venga seguida de un disfrute por parte del empresario representado de la clientela aportada por el agente, supuestos en los que la doctrina sostiene la existencia de un enriquecimiento por parte del concedente de la exclusiva que habrá de ser compensado al agente». Y la S de 30 de octubre de 2000 afirma que «descartado que haya sido reprobable la actuación de la recurrente con la rescisión del contrato litigioso como causa determinante de la obligación reparatoria a su contraparte —circunstancia que en modo alguno se recoge en las instancias—, y que dicha rescisión no supone el contrato de distribución en exclusiva a que afecta es por tiempo indefinido, incumplimiento contractual por parte de quien decidió aquélla (S de 27 de mayo de 1993), la obligación reparatoria vendrá impuesta no por la extinción de los efectos del contrato sino por lo aportado y dejado en esa esfera de desenvolvimiento por el concesionario como sería la clientela creada o aumentada, y la pérdida que su desaparición lleva para él».

Sentado por la sentencia de primera instancia, sin que esto haya sido rectificado por la de segundo grado, que el actor creó una serie de clientes, antiguos, pequeños empresarios, que tras el cese de las relaciones han seguido comprando directamente a la demandada, es claro que se ha producido un aprovechamiento por el empresario de la clientela creada por el distribuidor en su labor como tal, que debe dar lugar a la pertinente indemnización; en

consecuencia procede la estimación de este motivo tercero del recurso. (STS de 22 de abril de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—En la demanda inicial formulada por don E. A. —reurrente en casación— se solicita la condena de la demandada *Sandeman Coprimar, S. A.*, al pago de determinadas cantidades en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados por la resolución unilateral por *Sandeman Coprimar, S. A.*, de los contratos de distribución en exclusiva y de agencia que, en forma verbal y por duración indefinida, habían concertado las partes. La demanda fue estimada parcialmente concediéndose a la actora indemnización por clientela en la cuantía que procedió. Resuelto el contrato con efecto desde el 14 de marzo de 1992, don E. A. insiste en las instancias y en el recurso de casación en la aplicabilidad directa al caso de la Directiva 86/653/CEE del Consejo y de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia. Ha lugar en parte al recurso de casación, en el extremo relativo a la cuantía de la indemnización, que se incrementa al reconocer el TS que cabe indemnización por clientela en cuanto al contrato de distribución en exclusiva. (R. G. S.)

64. Incumplimiento de la obligación del vendedor en compraventa mercantil.—A diferencia de lo establecido en el artículo 1101 CC, el artículo 329 CCO no exige incumplimiento culpable o doloso de su obligación por el vendedor, sino que basta con que desatienda su prestación de entrega para que se origine el derecho del comprador a ser resarcido de los daños o perjuicios que con tal inobservancia se le hayan causado, sin que sea necesario requerimiento judicial o extrajudicial alguno para que el comprador pueda dirigir su acción en reclamación de los mismos; en efecto, desatendida por el vendedor su obligación de entrega, el artículo 329 CCO faculta al comprador para, a su elección, pedir el cumplimiento del contrato o su resolución, con indemnización, en ambos casos, de los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado, los cuales, en todo caso, deberá acreditar (STS de 19 de septiembre de 1988).

El motivo omite que la sentencia recurrida manifiesta que el artículo 329 CCO no exige la indemnización de daños y perjuicios cuya existencia real no se haya acreditado, que es lo que parece pretender la demandada; la posición adoptada por la resolución de instancia es aceptada por esta Sala, habida cuenta de que, en este caso, falta la correspondiente demostración sobre la materia indicada. (STS de 11 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La compañía *Worthington, S. A.*, solicitó dos pedidos de material metalúrgico a *Fundiciones Metálicas, S. A.*, fijándose fecha de entrega. Tras varios aplazamientos el primer pedido fue servido sin que se pagara la factura. El segundo pedido no llegó a entregarse pues *Worthington, S. A.*, a la vista de los aplazamientos en esta segunda entrega, resolvió el contrato y se aprovisionó dirigiéndose a una empresa distinta. *Fundiciones Metálicas, S. A.*, reclama a *Worthington, S. A.*, el importe del pedido que le sirvió. El Juzgado acoge la demanda y en parte la reconvención opuesta por la demandada, sobre la base de los perjuicios que le había cau-

sado el incumplimiento de la segunda entrega (*Worthington, S. A.*, tenía concertada la reventa del material con el Gobierno iraquí). La sentencia es parcialmente revocada por la Audiencia en el extremo relativo a las costas. No hubo lugar a la casación. (*R. G. S.*)

65. Contrato de suministro de balas de algodón: calificación: aplicación analógica de la normativa mercantil.—Para la resolución del litigio no resulta relevante si el contrato del caso es de suministro o de compraventa porque, aunque se trata de figuras jurídicas distintas, entendiendo la jurisprudencia, en sintonía con el artículo 1559 CC ital. 1942, que el contrato de suministro es aquel por el que una de las partes se obliga a cambio de un precio a realizar a favor de otra *prestaciones periódicas o continuas* cuya función es la satisfacción de necesidades continuas para atender el interés duradero del acreedor (SSTS de 30 de noviembre de 1984, 8 de julio de 1988, 24 de febrero de 1992 y 2 de diciembre de 1996), y a pesar de que el supuesto del caso litigioso se aproxima más a la compraventa con prestación dividida mediante entregas sucesivas *aunque no periódicas y continuas* (en el mismo sentido STS de 3 de mayo de 1978), en cualquier caso, al tratarse el contrato de suministro de una figura atípica, carente de regulación positiva, le son aplicables, aparte de las normas imperativas y de las derivadas del pacto —*lex privata*—, con carácter preferente a las generales de los contratos y de las obligaciones, las del contrato de compraventa (con el que guarda afinidad según SSTS de 9 de mayo de 1959, 30 de noviembre de 1984, 10 de septiembre de 1987, 8 de julio de 1988, 24 de febrero de 1992, 2 de diciembre de 1996 y 7 de febrero de 2002), obviamente en aquellas cuestiones y aspectos en que existe una similitud. Como en el presente caso se da esa situación de semejanza, no se plantea ningún problema con la invocación de los artículos 325 y ss. CCO sin perjuicio del carácter preferente de la normativa recogida en el denominado *Reglamento o Contrato Barcelona* con base en el principio de la autonomía privada.

Mora creditoris.—El vendedor cumplió con la obligación de entregar la cosa vendida mediante la puesta a disposición (art. 339 CCO) y, por consiguiente, existió el incumplimiento del comprador al no hacerse cargo de la misma y pagar su precio. La entidad compradora no cumplió con su deber de colaborar a la realización de la prestación, y la infracción de esta carga —imperativo del propio interés— determina no sólo que se coloque en situación de mora (*mora accipiendo*) dada su condición de acreedor de la prestación, sino incluso en situación de incumplimiento como consecuencia de hacer imposible el cumplimiento por la otra parte.

Defectos del recurso.—No hay ninguna incongruencia, incoherencia, oscuridad o error en la argumentación de la sentencia recurrida. Si la entidad vendedora tiene que entregar en el domicilio de la compradora una mercancía y repetidamente se dirige a ésta para que señale la fecha de envío para llevarlo a cabo con el fin de evitar un *viaje en balde*, sin recibir respuesta alguna, la actuación de la vendedora es correcta y el cumplimiento de la obligación no tiene lugar por causa imputable a la compradora, y no se puede alegar infracción del artículo 339 CCO. Dado que la entidad vendedora intentó cumplir y no pudo hacerlo por causas imputables a la entidad compradora, no puede ésta invocar la *exceptio non adimpleti contractus* para paralizar la acción ejercitada.

Indemnización: prueba de los daños: cuantía: contrato tipo.—Las partes se han sometido a un tipo de contrato de suministro de balas de algodón denominado *Contrato Barcelona* en cuyos artículos 175 y concordantes regula la pérdida de las expectativas de venta o *refacturación*, y ello es prueba previa y suficiente de su existencia, de modo que resulta evidente el derecho indemnizatorio con independencia de su cuantía; esta última se basa en un Informe emitido por el Centro Algodonero Nacional, sin que se haya probado en el pleito error en la valoración de la prueba.

Caducidad pactada en las condiciones generales: interrupción.—Se invocan las condiciones generales del contrato pactadas conforme a las cuales la parte que ejercite el derecho de refacturación debe hacerlo dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en la cual el motivo de la refacturación ha sido conocido; pero se ignora que también disponen aquéllas que constituye un acto interruptivo, en materia de plazos, cualquier tentativa de ambas partes contratantes para llegar a un acuerdo amistoso del litigio. (STS de 13 de junio de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Sobre el contrato de suministro véase últimamente FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *El contrato de suministro. El incumplimiento* (Madrid, 1992). La sentencia extractada acoge la doctrina general (véase RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ, *Elementos*, II-2, Madrid, 1999, pp. 64 ss.). La solución de esta S es plenamente de aprobar. Disuena algo la frase sobre *interrupción de la caducidad pactada* que la sentencia asume sin más en el 6.º FD, aunque evidentemente no se propone profundizar en la naturaleza de la institución invocada que, según doctrina mayoritaria, no es susceptible de interrupción, a diferencia de la prescripción propiamente dicha. (G. G. C.)

66. Interpretación de las cláusulas del contrato para calificarlo como aval a primer requerimiento.—Esta Sala entiende que es un aval a primer requerimiento. En el texto, antes transrito, no se aclara perfectamente, pero ello es debido al Banco recurrente, autor del texto que podría haberlo redactado en forma más clara y no se puede beneficiar de la oscuridad, conforme a la regla *contra proferentem*, que es recogida en el artículo 1288 CC. En el encabezamiento se hace constar que el aval es «en concepto de garantía de cumplimiento del contrato...», lo que aparece como función objetiva, es decir, como causa del contrato. Pero en el texto, se obliga a cumplir el aval «bastando para ello notificación por parte del armador de dicha resolución de contrato notificada al astillero» y fija un plazo brevíssimo, de dos semanas. De lo cual se deduce que la naturaleza es de aval, que se ejecuta bastando la notificación de la resolución del contrato, lo que no es otra cosa que aval a primer requerimiento. Si fuera fianza ordinaria hubiera exigido la comprobación del incumplimiento causante de la resolución.

Concepto de aval a primer requerimiento.—La jurisprudencia ha sido reiterada respecto al aval a primer requerimiento. El concepto es expresado por las SS de 27 de octubre de 1992, 17 de febrero, 30 de marzo y 5 de julio de 2000: es una garantía personal atípica, producto de la autonomía de la voluntad proclamada por el artículo 1255 del CC, que es distinta del contrato de fianza y del contrato de seguro de caución, no es accesoria y el

garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma. El efecto, por tanto, se produce por la reclamación de tal beneficiario, lo que supone que el obligado garantizado no ha cumplido no tan sólo si el garante prueba que sí ha cumplido (inversión de la carga de la prueba) puede evitar el pago. El efecto último es, pues, que el beneficiario tiene un claro derecho a exigir el pago, siendo la obligación del garante independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial, sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía. (**STS de 5 de julio de 2002; no ha lugar.**)

HECHOS.—En fecha 16 de marzo de 1993 se celebró un contrato de obra entre el armador o comitente, *Lamprey Ltd.* que encargó la construcción de una embarcación al astillero o contratista *MEFASA*. En este contrato existía una cláusula de resolución si se incumplían determinadas obligaciones por parte del astillero y además se fijaba la cantidad de ciento doce millones de pesetas en concepto de penalidad. A su vez, el *Banco Exterior de España, S. A.*, avaló a *MEFASA* en concepto de garantía del cumplimiento del contrato suscrito, por importe de quince millones de pesetas, cantidad que debía satisfacer a *Lamprey Ltd.* en caso de incumplimiento del contrato por *MEFASA*, bastando para ello la mera notificación de la resolución del contrato por parte del armador. Entendiendo *Lamprey Ltd.* que el astillero había incumplido determinadas obligaciones del contrato, requirió al Banco para el pago del aval de quince millones, a lo que no accedió la entidad bancaria al considerar que no se trataba de un aval a primer requerimiento, sino de una fianza ordinaria. *Lamprey Ltd.* interpuso demanda contra el *Banco Exterior de España, S. A.*, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Avilés que estimó la excepción dilatoria de falta de legitimación activa planteada por el Banco y sin entrar en el fondo, absolvio a la entidad bancaria. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Oviedo revocó la sentencia de instancia y condenó a la entidad bancaria al pago de quince millones de pesetas al considerar que se trataba de un aval a primer requerimiento. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*A. S. C.*)

DERECHO PROCESAL

67. Jurisdicción competente para conocer de la reclamación de cuotas de pago que exige el Consejo General de Colegios de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados de Enfermería al Colegio Oficial de una provincia.—La sentencia recurrida estimó la excepción de incompetencia y decidió la falta de competencia de la jurisdicción civil para conocer el pleito.

Aquí se trata de la reclamación de cuotas de pago obligatorio que efectúa la parte recurrente, Consejo General de Colegios de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados en Enfermería, al Colegio de Diplomados en Enfermería

de Valencia y no de impago de cuotas debidas por colegiados y reclamación directa a los mismos. Las referidas instituciones tienen consideración de Corporaciones de Derecho Público, de conformidad con el artículo 1 de la Ley de 13 de febrero de 1974 (Ley 2/1974, de Colegios Profesionales), modificada por Ley de 26 de diciembre de 1978 y Ley de 14 de abril de 1997, así como el artículo 1 del Real Decreto 1856/1978, de 29 de junio que aprobó los Estatutos de la Organización Colegial de Ayudantes Técnicos Sanitarios y así lo tiene declarado la doctrina constitucional (SS de 23/1984, 123/1987 –15 de julio–, 26/1988 y 120/2001, y jurisprudencia de esta Sala de 26 de septiembre y 26 de noviembre de 1998, y 13 de diciembre de 2000).

Al decidir qué jurisdicción es la competente para conocer el pleito que nos ocupa, es decir, si la civil –tesis de la recurrente–, o la contencioso-administrativa –que es la decisión que se integra en la sentencia recurrida–, hay que partir de que las cuotas reclamadas por el Consejo General al Colegio Provincial de Valencia, correspondientes a los años 1991 y 1992, habían sido aceptadas en Asambleas Generales, expresivas de la voluntad colegial, que aprobaron los presupuestos de ingresos y gastos para dichas anualidades, lo que conforman actuaciones administrativas, así como también las actividades llevadas a cabo en el ámbito de la gestión pública referente a la demanda y requerimiento de abono de las cuotas impagadas que se reclaman en este pleito (actuación administrativa positiva), ante la posición del Colegio demandado de no proceder a su pago (actuación administrativa de signo negativo). De este modo se cumple el presupuesto que exige el artículo 9, apartados 4 y 6, LOPJ, en concordancia con el artículo 1 de la Ley de 27 de diciembre de 1956 –aplicable–, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, para decretar la competencia del orden contencioso-administrativo, que también encuentra apoyo legal del artículo 8.1 de la referida Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974, que establece que los actos emanados de los Colegios y de Consejos Generales, en cuanto estén sujetos al Derecho administrativo y agotados los recursos corporativos, serán directamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que fue tenido en cuenta en la S de 26 de noviembre de 1998, y la doctrina que sienta ha de tenerse en cuenta en proyección al presente caso, pues aquí, conforme queda estudiado, concurren actos administrativos emanados de órgano colegial o sujetos a la disciplina jurídico-administrativa.

La S de esta Sala de 30 de diciembre de 1986 contempla un supuesto que guarda semejanza con el presente, al tratarse de una reclamación de cuotas de un Consejo Superior a un órgano colectivo integrado, y vino a declarar, al tratarse de corporaciones de Derecho público enfrentadas y darse presupuestos debidamente aprobados, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y no la civil. (STS de 27 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.–El *Consejo General de Colegios de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados de Enfermería* acude al Juzgado de Primera Instancia reclamando las cuotas que el *Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería de Valencia* le adeuda. El Colegio demandado se opone y alega la excepción de incompetencia de jurisdicción que se acoge. La Audiencia Provincial desestima la apelación de la parte actora, quien ve rechazado su recurso de casación ante el TS. (R. G. S.)

68. Exoneración de responsabilidad de la sociedad contratista por la correcta adecuación de su actuar a las condiciones del contrato administrativo.—Hay que partir de la base indiscutida de que las actuaciones que dan origen a la demanda se inician como consecuencia de un contrato administrativo. Y se aprecia en la sentencia impugnada que la sociedad adjudicataria demandada es la autora material de las obras, bajo la dirección e instrucciones de la Administración General del Estado, sin que en la demanda de la recurrente, se haga alusión a hipotética culpa de la sociedad demandada y ha quedado demostrado, a través de la prueba practicada, que *Cubiertas y Mzov, S. A.*, nunca fue requerida o advertida de los hechos en cuestión por la recurrente en vía administrativa ni a través de interpelación extrajudicial. Como expresa la sentencia impugnada no se hace ninguna afirmación de que la contratista se desviase ni un ápice de las indicaciones referidas de la Administración con la que había suscrito un contrato administrativo.

Ánalisis de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.—El artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece principios de la responsabilidad y en su apartado primero declara que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Lleva a cabo una unificación del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme a la interpretación conjunta de los artículos 142 y 143 de la Ley, en conexión con la supresión del párrafo quinto del artículo 1903 CC por Ley 1/1991, de 7 de enero, que excluye los daños extracontractuales del ámbito de la legislación civil. La permanencia de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, que como se ha expuesto no tiene lugar en este supuesto, también ha desaparecido en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio, [artículo 2.ºe]: el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: (...) b) los contratos administrativos (...). e) la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social]. Dicha unificación, como se alega en la oposición al recurso de la sociedad demandada, implica el reconocimiento expreso de la jurisdicción contencioso-administrativa como única jurisdicción competente para conocer de todas las acciones patrimoniales contra la Administración, es decir, tanto las que se deriven de daños causados en el ámbito de las relaciones de derecho público, como las relaciones de derecho privado. (STS de 4 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente* encargó la construcción de la autovía que une Vigo con la frontera portuguesa a la sociedad *Cubiertas y Mzov, S. A.* Dicha autovía cruzaba la línea férrea Monforte-Vigo, y por parte del Jefe de la demarcación de Carreteras del Estado en Galicia se pidió autorización a RENFE para proceder a las oportunas obras, autorización que se obtuvo en fecha 19 de noviembre de 1991. No obstan-

te, las obras de evacuación y limpieza de la vía férrea no se hicieron correctamente y después de los avisos que hizo RENFE a la Administración del Estado (requerimientos que fueron desoídos) se procedió por parte de la entidad ferroviaria a realizar las obras necesarias de reparación. Interpuesta demanda de reclamación de cantidad por los daños derivados de responsabilidad extracontractual por parte de RENFE contra la sociedad *Cubiertas y Mzov, S. A.*, y la Administración General del Estado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Pontevedra, ésta fue desestimada, absolviendo a la sociedad mercantil y dejando imprejuzgada la acción respecto a la Administración por acoger la excepción de incompetencia de jurisdicción. Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia de Pontevedra, ésta confirmó íntegramente la sentencia de instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Cuando se presentó en primera instancia la demanda objeto de esta sentencia no había entrado en vigor la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LRJCA), que obliga a que todas las demandas que se dirijan contra una Administración Pública, independientemente que sea al mismo tiempo codemandada una entidad privada, se sustancien ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, con anterioridad a la mencionada Ley, la jurisprudencia del TS venía entendiendo que, en caso de demanda contra una Administración Pública juntamente con una entidad privada, la jurisdicción competente tenía que ser la civil, en atención a la *vis atractiva* que tradicionalmente ha tenido esta jurisdicción. En ese sentido, entre otras, pueden verse las SSTS de 22 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9487), 18 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10124), y 7 de marzo de 2002 (RJ 2002, 4151). No obstante, la presente sentencia, en un caso sustancialmente parecido al de las sentencias mencionadas, se aparta injustificadamente de esta jurisprudencia, declarando la falta de competencia de la jurisdicción civil, con argumentos que si bien son válidos a partir de hechos acaecidos con posterioridad a la LRJCA, no lo son en el presente caso. (A. S. C.)

69. Contrato de cesión temporal de máquinas recreativas para cobro de deuda pendiente: cuestión prejudicial civil sobre la propiedad de las máquinas: presunción de inocencia.—Se realizó una cesión de máquinas recreativas sin constancia escrita, y el cessionario planteó una cuestión prejudicial alegando que la cesión había sido a título de propiedad; tal cuestión prejudicial fue desestimada en ambas instancias, y en casación plantea la infracción de la presunción de inocencia. Sin perjuicio de que dicha presunción pueda tener un alcance superior al ámbito meramente penal, hay que precisar que tiene un objeto bien concreto que es la norma sancionadora o privativa de derechos. En el orden jurisdiccional civil no se trata de sancionar sino de declarar la propiedad de unas máquinas recreativas, y en ello nada tiene que ver la presunción de inocencia. Así lo ha declarado la doctrina del TC y la de esta Sala en SS de 19 de junio, 8 de julio y 20 de octubre de 1997, las cuales excluyen la aplicación de la presunción en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual y del contrato de seguro de robo, afirmando que al no contener por lo general el Derecho civil normas represivas, puniti-

vas o sancionadoras, el principio de presunción de inocencia es muy raramente aplicable en su ámbito.

Carga de la prueba.—La infracción del artículo 1214 CC sólo puede ser motivo de casación en el caso de que la sentencia recurrida, ante la falta de prueba de un hecho, haga recaer sus consecuencias en la parte que no tenía que sufrirlas; no es éste el caso presente en que la sentencia de instancia razona la calificación de la relación jurídica litigiosa, sin que la parte demandada, recurrente en casación, haya probado el alegado contrato de compraventa, que nunca existió. (STS de 27 de junio de 2002; no ha lugar.) (GGC.)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LVI, 2003

FASCÍCULO IV octubre-diciembre

Págs.

Estudios monográficos

Luis DÍEZ-PICAZO: «Reforma de los Códigos y Derecho Europeo»	1565
Martin EBERS: «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002»	1575
Antonio Manuel MORALES MORENO: «Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: La compraventa»	1609
María Paz GARCÍA RUBIO: «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil»	1653
Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI: «Resolución del contrato sobre el bien en comunidad. Legitimación activa de los comuneros»	1675

Crónica de Legislación y Jurisprudencia Comunitarias

Por Marta REQUEJO ISIDRO	1701
--------------------------------	------

Bibliografía

LIBROS

CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago: «El matrimonio canónico en la jurisprudencia civil», por Gabriel García Cantero	1721
CLEMENTE MEORO, Mario E./CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «Responsabilidad y contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la información y de Comercio Electrónico», por Sebastián López Maza	1722
DÍAZ ROMERO, M. ^a Rosario: «La protección jurídico-civil de la propiedad frente a las inmisiones», por Alma María Rodríguez Gutián	1729
FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz: «Legitimación posesoria y legitimación registral (algunos supuestos de aplicación)», por Carmen Jerez Delgado	1732

LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina: «Testamento vital y voluntad del paciente», por Sebastián López Maza	1738
SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: «Las anotaciones preventivas (en particular la de embargo) en los sistemas registrales alemán y español», por M.ª Aranzazu Calzadilla Medina	1747
VV.AA.: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Leyes de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra», por José Antonio Doral García	1752

REVISTAS EXTRANJERAS

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Eva CANO VILÀ, María Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Josep SOLÉ FELIU, Isabel SIERRA PÉREZ, Belén TRIGO GARCÍA	1767
---	------

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS, AÑO 2002

Por Encarna ROCA TRÍAS, Ramón CASAS VALLÉS, Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Asunción ESTEVE PARDO, Elisabet GRATTI, Carlos MARTÍNEZ LILÁN	1807
---	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Josep Maria BECH SERRAT, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERIO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA	1841
--	------

