

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 90,00 € (más gastos de envío)

Precio del fascículo suelto: 28,00 € (más gastos de envío)

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: (91) 390 20 82 / 44 29 / 21 87

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 LX, FASCÍCULO IV
Octubre-diciembre, 2007

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2008

Catálogo general de publicaciones oficiales
<http://www.060.es>

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

NIPO (BOE): 007-08-039-2
NIPO (M. de Justicia): 051-08-003-9
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

Commodum ex negotiatione

LUIS DíEZ-PICAZO

RESUMEN

Es una regla bien asentada en la tradición de la codificación europea y americana aquella según la cual la extinción por imposibilidad sobrevenida fortuita de la obligación de dar cosa cierta y determinada, atribuye al acreedor los derechos y acciones que el deudor tuviera por razón de la cosa misma, que la sustituyen o representan (commodum representationis). Algún sector doctrinal ha cuestionado si una solución semejante debe preconizarse cuando el deudor de cosa cierta y determinada hace imposible el cumplimiento transmitiendo la cosa a un tercero.

El autor pasa revista a este conjunto de problemas, enlazándolo con el más general relativo a si el deudor que incumple, puede deber –y en qué casos– al acreedor el enriquecimiento que obtiene con el incumplimiento.

I. PLANTEAMIENTO

Ha sido ésta una idea introducida no hace mucho tiempo entre nosotros por F. Pantaleón (*El sistema de responsabilidad contractual*, ADC, 1991, 44.3 y *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, ADC, 1993, 46.4), que tal vez requiera algún comentario. Se significa con ella el enriquecimiento que experimenta el deudor de una cosa cierta y determinada cuando enajena a un tercero la cosa debida y obtiene de este modo un valor superior al cubierto por la obligación. El problema, obviamente, es si el deudor (que incumple su obligación y viola el derecho de crédito) debe la susodicha suma o tiene que ceder la acción para obtenerla o, simplemente, responde en la medida en que se valore el daño sufrido por el acreedor. F. Pantaleón entiende que hay base suficiente, en nuestro Derecho positivo, para dar al interrogante que ha quedado abierto la primera de las respuestas esbozadas y que, por consiguiente, en los casos descritos, el acreedor podrá exigir la cesión de la pretensión a la contraprestación debida por el tercero o la entrega de lo ya satisfecho por éste, reconociendo que puede ser mayor que

aquello que conseguiría como indemnización de daños y perjuicios por la vía de la responsabilidad contractual. Para el autor citado, la respuesta se funda en una interpretación extensiva del artículo 1186 CC, que, según él, ha de considerarse aplicable no sólo al *commodum ex re*, sino también al *commodum ex negotiatione*; en que es el modelo seguido por algunos sectores de la jurisprudencia y la doctrina que considera dominante en Alemania, como Emmerich y Heinrichs (este último, en el Comentario de Palandt) que, interpretando el parágrafo 281, I del BGB, han sostenido esa misma opinión; y en algunos otros argumentos que podemos llamar menores y que luego se examinarán.

En el segundo de los trabajos citados, F. Pantaleón entiende que con el remedio propugnado se facilita al acreedor una «restitución de enriquecimiento» y entiende, además, desde el punto de vista de política jurídica, que el artículo 1186 CC debe conservarse, pese a su ausencia en el Derecho uniforme, porque constituye un cuerpo unitario con el 1095 y configura una especie de *ius ad rem* del acreedor de cosa cierta, estructurado con el cometido de que nuestro Derecho no se diferencie sensiblemente, en las relaciones interpartes, de aquellos ordenamientos en que la propiedad se transmite entre vivos por el mero consentimiento. El autor citado alude también al hecho de que el *commodum ex negotiatione* aparezca en el artículo 1778 CC.

La opinión de F. Pantaleón fue, en su momento, seguida por X. Basozábal (*Enriquecimiento injustificado: la condictio por intromisión*, Madrid, 1997). Tas discutir si los derechos de crédito poseen o no (como los derechos absolutos) un «contenido de atribución» que permita el juego de la *condictio* por intromisión, el autor citado da, bien es verdad que sólo para algunos casos, una respuesta afirmativa. Para Basozábal, que no trata el tema con extensión, la posibilidad de que el acreedor de cosa cierta y determinada reclame no sólo el *commodum representationis*, sino también el *commodum ex negotiatione*, esto es, la acción para cobrar el precio por el que el deudor haya vendido la cosa debida, surge del hecho de que el Código otorga al acreedor lo que el autor citado llama «el monopolio de las utilidades de la cosa», que son los frutos derivados del goce de la misma, puesto que, en el artículo 1095, el Código concede el derecho a los frutos desde que se constituye la obligación de entrega de la cosa fructífera y también en lo que llama el «precio por disposición».

La tesis contraria ha sido mantenida por A. Carrasco (M. Albaladejo, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. I, p. 668), quien afirma, categóricamente, que «salvo

que una disposición particular determine lo contrario, no existe principio alguno en virtud del cual el deudor deba el beneficio o enriquecimiento que obtiene con el incumplimiento». Como disposiciones particulares que determinan lo contrario, se pueden citar, según Carrasco, el artículo 66 de la Ley de Patentes y el artículo 100 de la Ley de Costas sobre daños al dominio público marítimo.

Desarrollando esta opinión, dice Carrasco que el artículo 1106 CC parte de una consideración implícita: la de que no existe relación de equivalencia o de funcionalidad entre lo que el acreedor pierde como consecuencia del incumplimiento y lo que al deudor le aprovecha o le beneficia el incumplir. Esta última consideración –añade– es ajena a la liquidación del daño. Nuestro régimen de responsabilidad civil no desempeña ninguna función punitiva, sino compensatoria. Ello no quiere decir que el cálculo del beneficio no pueda ser utilizado como variable de la función del daño, unas veces porque la prueba del beneficio obtenido por el deudor es prueba concluyente de igual daño sufrido por el acreedor y, otras veces, porque el mercado impone de hecho esta equivalencia. Así, por ejemplo, si el vendedor incumple su deber de entrega de un bien que tiene una referencia en el mercado, el daño del acreedor se medirá por la diferencia entre el precio contractual y el precio de mercado al día en que debió hacerse la entrega, que, coincide con el beneficio que el deudor pudo obtener vendiendo el bien debido este día en el mercado. La equivalencia, sin embargo, se rompe cuando el perjuicio que se le causa al acreedor con el incumplimiento es menor que el perjuicio que al deudor le supondría el cumplir. Si el deudor está en condiciones de calcular el daño que ha de resarcir, sin duda incumplirá, y su «daño cesante» no es partida que el acreedor pueda liquidar como daño propio. La misma opinión había sido sostenida ya por A. Carrasco en un trabajo anterior, (*Restitución de provechos*, ADC, 1988, p. 151).

Se trata, como el lector observará, de un problema que ha sido, entre nosotros, escasamente debatido y en el que, por ello, conviene profundizar.

II. LOS TEMAS CENTRALES DEL DEBATE

Los temas centrales son, por supuesto, dos. El primero consiste en averiguar si es posible una interpretación extensiva del artículo 1186 CC y si ésta conduce, o puede conducir, a posiciones semejantes a aquellas que defienden los sostenedores de la restitución del *commodum ex negotiatione*. Muy relacionada con ello está la

cuestión respecto a si la doctrina alemana creada en torno al párrafo 285 BGB permite fundar una solución semejante. Hasta aquí, pues, el tema es de interpretación de preceptos legales.

Tras ello, habrá que preguntarse por la corrección de la afirmación de X. Basozabal, que es, en síntesis, que el Derecho de Enriquecimiento y, en especial la llamada *condictio* de intromisión puede aplicarse en los casos de vulneración o violación de derechos de crédito y, en especial, en el caso de incumplimiento de las obligaciones de dar cosa cierta y determinada. Convendrá, asimismo, hacer alguna reflexión sobre la forma como pueden cuadrarse las piezas del rompecabezas. En el caso de violación de derechos absolutos, las acciones de daños y las de restitución de enriquecimientos se pueden conciliar, mas, seguramente, no es tan fácil hacerlo cuando estamos hablando de lesión de derechos de crédito y de incumplimientos contractuales.

III. COMMODUM REPRESENTATIONIS

En el párrafo 669 del *Tratado de las Obligaciones*, se preguntaba Robert Pothier si, una vez disuelta la obligación por la extinción de la cosa debida, ya no subsiste nada de ella respecto de aquello que de la misma pueda quedar o respecto de los derechos y acciones que el deudor tenga en relación con tal cosa. Pothier pensaba, en primer lugar, que si la imposibilidad sobrevenida fortuita es sólo parcial la extinción de la obligación sólo afecta a esta parte y en lo demás, la obligación subsiste por el resto. Del mismo modo, si se hubiese perdido la cosa principal, pero subsistieran las accesorias, la obligación subsiste respecto de éstas últimas (p. ej., la promesa de heredar el caballo con todos sus arreos o la del esclavo con todo su peculio). Mayores dudas le producía la cuestión relativa a si puede el acreedor reclamar aquellas partes de la cosa que puedan representar alguna utilidad. Por ejemplo: muerto el buey que yo os debía, puedo reclamar la piel, de la que se puede extraer utilidad para hacer un odre.

En el párrafo 670 Pothier se planteaba el problema relativo a si las acciones y los derechos que el deudor pudiera conservar en relación con la cosa, continúan siendo suyos tras la extinción de la obligación o si viene obligado a subrogar al acreedor (que ha visto extinguido su crédito) en tales derechos y acciones. Pothier, que da, por supuesto, a esta pregunta una respuesta afirmativa, cita dos posibles casos: las acciones contra el culpable de la destrucción o del extravío y las indemnizaciones por expropiación (p. ej., «si vos fue-

rais deudor mío por un terreno, que después ha sido expropiado para hacer una plaza pública»).

La opinión de Pothier es el antecedente del artículo 1303 del Código Civil francés: «Cuando la cosa perece, queda fuera del comercio o se pierde, sin culpa del deudor, este último está obligado, si restan algunos derechos y acciones de indemnización relacionados con la cosa, a cederlos a su acreedor».

El autor que ha estudiado más detenidamente el artículo 1186 CC ha sido J. Roca Juan (*Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida; Notas al artículo 1186 CC*, Estudios en Homenaje de F. de Castro, II, p. 523). Según Roca Juan, a quien cito literalmente, «cabe aventurar la hipótesis de que en la formación del precepto, que pasó al artículo 1303 del Código de Napoleón, influyó una especie de comunicación de tres principios diferentes, nacidos en áreas distintas: el principio *res perit domino*, el principio *meum est quod ex re mea superest cuius vindicandi jus habeo* (D. 6, 1, 49 y 1) y el principio *secundum naturam est comoda cuiusque re eum sequi quem sequentur incomoda* (D. 50, 17 y 10). Por el primero, las cosas perecen para su dueño; por el segundo, el derecho de propiedad, extinguida la cosa, continúa subsistiendo en aquello que resta; del último se deriva que el *commodum* puede adoptar dos versiones; quien sufre el *periculum* tiene, extinguida la cosa, las accesiones y accesorios que debían serle prestados con la *res debita* (*commodum accessionis*), pero también los derechos y las acciones ocasionados, precisamente, por la pérdida de la *res debita* y que la sustituyen (*commodum repraesentationis*). Terminología y conceptos aceptados plenamente a partir del estudio de F. Mommsem, que lo justifica así: Si un mismo acontecimiento ocasiona, por un lado una imposibilidad total o parcial de la prestación y, por el otro, una ventaja, el derecho a obtener esta ventaja corresponde a aquella de las partes a la que incumbe el *periculum obligationis*; quien soporta tal desventaja, precisamente por esto, debe tener la ventaja. En esta atribución del cómodo representativo al acreedor se funda también la atribución a éste de los derechos y acciones que al deudor correspondían por razón de la cosa pericada. Los otros dos principios aparecen influyendo, según veremos, en el mecanismo técnico de la atribución de las acciones al acreedor y en el criterio de delimitación de supuestos a los que la norma del artículo 1186 no se aplica.»

Hasta aquí, las palabras de J. Roca. Una interpretación estricta del artículo 1186 fue sostenida por A. Carrasco (ADC, 1988, I, p. 143). El artículo 1186 contiene —dice Carrasco— una regla subrogatoria que obliga al deudor de cosa cierta a restituir el cómodo repre-

sentativo cuando aquella prestación se pierde. A pesar de que el precepto se refiere a la cesión de acciones al acreedor, el origen doctrinal de esta norma obliga a pensar que el cómodo restituible es cualquier enriquecimiento que al deudor le queda de la cosa, de acuerdo, según nos advierte Roca Juan, a una traslación operada en Pothier del principio *meus est quod ex re mea superest* al correlativo *meus est quod ex re mihi debita superest*.

Esta norma –continúa diciendo Carrasco– no puede ser aplicable en Derecho español al incumplidor culposo o doloso, dado que se parte del supuesto de que la obligación se ha «extinguido» por la pérdida de la cosa, y esto sólo ocurre conforme al artículo 1182 cuando se ha perdido por caso fortuito antes de estar el deudor en mora. Solución lógica, ya que aquí el acreedor corre el correlativo riesgo de que la cosa no quede ni se obtenga nada; riesgo del que está libre cuando por la pérdida no se extingue, sino que perpetúa la obligación conservando la concurrente pretensión al «precio» y al daño. El artículo 1186 sólo es explicable por un principio de traslación de riesgos al acreedor, de manera tal que –dice Carrasco–, de admitirse que en el caso de pérdida fortuita, le queda abierta al acreedor la vía del artículo 1124 si se trata de una obligación recíproca, es muy dudosa la aplicación del artículo 1186.

De acuerdo a lo dicho, si el vendedor, que aún no ha entregado la cosa, la vende por segunda vez a un mejor precio, el comprador sólo tendrá derecho al precio pagado y a los daños, no al mayor precio de venta del contratante incumplidor. Distinto es el caso en el BGB, donde el § 281-2º permite al acreedor elegir entre la restitución del cómodo representativo y la indemnización de daños contractuales, imputando en su caso el valor de aquél al montante de la indemnización debida, y este cómodo no es meramente representativo, entendiendo la doctrina que se extiende también al *commodo ex negotiatione*.

En términos generales, puede afirmarse que el aludido anteriormente es el criterio que parece generalizado en nuestra doctrina y que no se encuentra, al menos claramente, contradicho por los más modernos comentaristas. En el comentario del artículo 1186 CC (Ministerio de Justicia, Comentario del Código Civil, II, 263), Badosa advierte que el artículo contempla el hecho de que la pérdida fortuita de la cosa genere derechos («acciones») en favor del deudor «contra terceros», lo que supone que contempla el caso de las obligaciones de dar cosas que sean de titularidad del deudor y, que por tanto, tales acciones nacen a su favor y nacen no sólo por el hecho de ser deudor, sino como titular de derechos reales.

Por otra parte, el artículo 1186 CC exige una conexión entre el nacimiento de las acciones y la pérdida de la cosa, lo que se describe con el término «por razón de», que queda referido a la cosa perdida y que hay que entender, por consiguiente, dirigido a la propia pérdida. A juicio de Badosa, la expresión «por razón de» es típica de un efecto jurídico respecto de un supuesto de hecho, pero además se trata de un efecto jurídico no consumado.

Badosa, no obstante, establece algún enlace entre la regla del artículo 1186 CC y el principio general del enriquecimiento injusto aunque no extrae de ello posteriores conclusiones. Para Badosa el artículo 1186 CC se funda en el principio general de prohibición del enriquecimiento injusto. El precepto considera que el deudor se enriquece, al recibir por razón de la pérdida de la cosa, determinadas atribuciones como pueden ser el precio de un seguro o la expropiación forzosa y hay, también enriquecimiento porque la pérdida de la cosa le libera de la obligación que sobre él pesaba. Finalmente, para Badosa se da la injusticia del enriquecimiento porque el mismo hecho que provoca el perjuicio de la extinción de la obligación para el acreedor enriquece al deudor, de manera que lo que el precepto pretendería según ello sería equilibrar tal situación.

Las consideraciones que hemos ido haciendo en las líneas anteriores inducen a pensar que es sumamente difícil extraer de la idea de la pertenencia del llamado *commodum* al acreedor cuando la obligación de dar cosa cierta y determinada se ha frustrado por la pérdida de la cosa debida o por la imposibilidad sobrevenida, la regla de que un criterio similar debe seguirse cuando el acreedor ha enajenado la cosa a un tercero y ha obtenido con ello un precio. Quizás habría que decir, abruptamente, que en el estado actual de nuestra legislación ello es imposible. Ante todo, el artículo 1186 CC arranca de la hipótesis de la extinción de una obligación por pérdida de la cosa debida, de manera que las consecuencias jurídicas que extrae no proceden sólo de la pérdida (fortuita) de la cosa debida, sino también del hecho de que la relación obligatoria y, consiguientemente el derecho, de crédito, han quedado extinguidos por esa causa. Puede admitirse que, genéricamente, los criterios englobados por el Código en la rúbrica «De la pérdida de la cosa debida», se pueden aplicar a supuestos que rigurosamente serían de imposibilidad sobrevenida de la prestación. En realidad, esto es lo que dice el artículo 1184 que parece equiparar pérdida y destrucción fortuita de la cosa debida en la obligación de dar cosa cierta y determinada, al supuesto de que la prestación resulte legalmente imposible, aunque es cierto que, después de haber hecho esa distinción y pese a la equiparación, el artículo 1186 limita la hipótesis a

la extinción de la obligación por pérdida de la cosa debida, de manera que no resulta fácil de aplicar a los supuestos genéricos de imposibilidad. Piénsese, además, que la atribución al acreedor de las acciones de las que habla el artículo 1186, requiere que tales acciones tengan su origen, su fundamento o su conexión con la cosa perdida o destruida, puesto que son acciones que el deudor tenía *por razón* de la cosa. Se puede aceptar en este punto la propuesta de F. Badosa y, en general, entender que son acciones o derechos de crédito que el deudor contractual tiene frente a terceros como consecuencia de tener o haber tenido determinados derechos subjetivos respecto de la cosa. No hay, por consiguiente, ninguna base para trasladar a este artículo el supuesto de enajenación de la cosa debida por el deudor. Ante todo, la enajenación no destruye la cosa, ni la cosa se pierde. Con la enajenación, se habrá imposibilitado el posterior cumplimiento, pero no de un modo fortuito que es lo que requieren los artículos 1184 y 1186. No hay, pues base para equiparar pérdida o destrucción con enajenación voluntaria.

Y distinta también es la calificación final: en el primer caso –pérdida de la cosa– la obligación se extingue por la pura lógica obligacional, al desaparecer su objeto; en el segundo, en cambio –enajenación–, se tendrán que poner en marcha los remedios frente al incumplimiento contractual. Y en este punto vuelve a surgir agudamente la pregunta: ¿liga nuestro código con el incumplimiento, aparte los remedios típicos (acciones de cumplimiento, acciones de resolución, y acciones de indemnización de daños y perjuicios, según los artículos 1101 ss. y concordantes) otras acciones distintas. La cuestión central es así si existen términos que permitan compatibilizar las acciones indemnizatorias con las acciones de restitución del valor obtenido, que, en rigor, tienen que ser acciones de enriquecimiento.

Las cosas pueden tener otro color si nos situamos en el antiguo parágrafo 281 BGB. Algunos autores por ejemplo Danckelmann (en Palandt, p. 250) señalaron el parentesco que existe entre la idea central del precepto citado y las pretensiones de enriquecimiento, pues se trata de corregir la desviación patrimonial injustificada que se podría haber creado, aunque una idea parecida, la restitución de lo obtenido, aparece también en los parágrafos 667 y 816. No obstante lo cual, los autores no parecen haber preconizado, con carácter general la aplicación del susodicho precepto fuera de los casos de imposibilidad.

En la actualidad la cuestión se puede plantear en la nueva regulación dada a esta materia tras la llamada Ley de Modernización. En su primitiva redacción, traducida libremente, el parágrafo 281

decía que: «si el deudor obtiene, a consecuencia de las circunstancias que han hecho imposible la prestación, una compensación o pretensión de compensación, el acreedor puede exigir que se le entregue lo recibido como compensación o que se le ceda la pretensión para obtenerlo». Tras la Ley de Modernización el precepto ha pasado a ser el 285 y dice lo siguiente: «si el deudor, como consecuencia de la circunstancia con base en la cual no ha tenido que ejecutar la prestación, de acuerdo con el párrafo 275.1.3, obtiene por el objeto debido una compensación o una pretensión de compensación, el acreedor puede exigir que se le entregue lo recibido como compensación o que se le ceda la pretensión de compensación». Como se comprobará sin especial dificultad, la diferencia entre las dos regulaciones es que en la más antigua la compensación (o la pretensión de compensación) se obtenían como consecuencia de la circunstancia que había hecho imposible la prestación, o sea, la imposibilidad de la prestación en sentido estricto, mientras que ahora la compensación (o la pretensión de compensación) se obtiene a consecuencia de la circunstancia con base en la cual no se ha tenido que ejecutar la prestación según el párrafo 275. Ello parece consecuencia de haber excluido la imposibilidad, por lo cual el párrafo 275 lo que contiene es una enumeración de supuestos en los que queda excluida la pretensión de cumplimiento.

En todo caso, conviene dejar constancia aquí de que la extensión del precepto al «*commodum ex negotiatione*» dista de ser una opinión generalizada en la doctrina (*vid.* Volker Emmerich, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5.^a edic., München, 2003, p. 163 ss.) y ello lo mismo con el antiguo párrafo 281 que con el actual 285.

IV. EL ENRIQUECIMIENTO O BENEFICIO OBTENIDO CON EL INCUMPLIMIENTO

En principio, la respuesta tampoco parece ser afirmativa. Existe una clara tendencia doctrinal a considerar la eventual atribución del *commodum ex negotiatione* al acreedor contractual como un subcaso de la *condictio* de intromisión, que nosotros no vamos a discutir. La citada *condictio* es una de las variantes de la acción de enriquecimiento y determina que, en todos aquellos casos en que alguien usurpa o se entromete en el ejercicio de un derecho que no le corresponde, sin título alguno y sin el consentimiento del titular del derecho, éste puede reclamar la restitución de los lucros que el

usurpador haya obtenido con la usurpación. Esta solución en el Derecho positivo español (donde esta variante de la *condictio* no tiene una regulación especial) encuentra su fundamento en la generalización de una serie de reglas restitutorias, todas ellas, que inspiran la regulación del código en una serie de puntos como son los relativos a las restituciones que tienen que operarse en los casos de accesión, a las restituciones debidas por el poseedor que hubiera sido vencido en la posesión frente a quien haya resultado en ella victoriosa (artículo 451, 455 CC) y en otros muchos de similar corte, unidos a la idea de que quien lleva a cabo una disposición eficaz, sin ser titular del derecho, debe al verdadero titular el precio que hubiera obtenido, puesto que lo ha extraído del derecho de aquél. Desde Wilburg se viene diciendo que el esquema anterior es claramente admisible en los casos de intromisión o usurpación en derechos de carácter absoluto, como es el caso del derecho de propiedad o cualesquiera derechos reales y como es el caso de las propiedades especiales conocidas en el Derecho industrial (patentes, marcas, etcétera).

Alguna vacilación ha existido, no obstante, cuando se trata de intromisión en derechos de la personalidad, donde la tesis que a nosotros nos parece más probable es que si la atribución del derecho tiene como finalidad garantizar el aprovechamiento de los lucros por existir algún tipo de mercado (p. ej., derecho a la imagen), la respuesta es afirmativa, pero, en cambio, es negativa cuando tales derechos (p. ej., derecho al honor o derecho al buen nombre) no pueden ser objeto de lícito comercio. En tales casos, la intromisión sólo genera una indemnización del daño.

En aquellos casos en que es admisible el ejercicio de la *condictio* por intromisión y confluyen en manos de la misma persona una acción de daños y una acción de enriquecimiento, el interesado posee la facultad de elegir entre una y otra. Mas es claro que esto no resuelve el problema que ahora tenemos planteado, porque para admitir la existencia de la facultad de elección, tendríamos que admitir primero la dualidad de acciones, es decir, que, en la hipótesis descrita, el acreedor tiene una acción de indemnización de los daños que el incumplimiento le ha producido y una acción de restitución de los enriquecimientos obtenidos con el incumplimiento.

V. ACCOUNTING FOR PROFITS

Explica Benson (Peter Benson, *Disgorgement for breach of contract and corrective justice*, en Neyers y otros; *Understanding*

unjust enrichment, Oxford y Portland, 2004, p. 315), que en el Derecho norteamericano por lo general la ganancia que el demandado obtenga como consecuencia del incumplimiento contractual es irrelevante en lo que se refiere a la cuantificación de los daños, pero que puede ser relevante en la venta de inmuebles, porque el efecto del contrato es crear lo que él llama un «interés equitativo» en el comprador que está facultado para proceder a vender a un tercero. Según Benson, los comentaristas han discutido si las ganancias del incumplidor han de ser restituidas en casos de incumplimientos contractuales y hay algunos autores que sostienen la existencia de responsabilidad por los beneficios derivados directamente de un deliberado y cínico incumplimiento del contrato. Para el autor citado, en muchos casos, aunque el incumplimiento contractual sea deliberado, es difícil decidir si se trata de lo que se llama una cínica explotación del incumplimiento con el propósito de obtener la ganancia.

Un autor italiano, Paolo Gallo, ha explicado también la situación del Derecho anglosajón en los casos que denomina de *accounting for profits*. Por regla general, en el *Common Law* el perjudicado por un incumplimiento contractual puede elegir entre el resarcimiento de los daños y la restitución de lo que hubiera dado en ejecución del contrato, pero, según él, recientemente, se ha discutido si, además, es posible reclamar la restitución de los beneficios eventualmente realizados por el incumplidor gracias al incumplimiento. Hay una parte de la doctrina, especialmente Goff y Jones, que se han decantado moderadamente en favor de esta solución. Según estos autores, por lo menos en aquellos casos en que el incumplimiento reviste características de especial gravedad y es especialmente reprobable, se podría sostener la admisibilidad de una condena de restitución de los beneficios, aunque esta línea ha encontrado siempre la enemiga de los analistas económicos del Derecho.

Paolo Gallo reconoce que, por lo menos cuando él escribe, que es en 1990, la línea dominante en la jurisprudencia norteamericana es la que limita los remedios que puede utilizar el contratante que sufre el incumplimiento, que son la indemnización de los daños y perjuicios y la restitución de la prestación ya ejecutada cuando se produce la resolución del contrato. Es verdad que hay notables sostenedores de la doctrina del *accounting for profits*, pero son muy escasas las sentencias que la han recogido. El autor citado señala la imposibilidad de que esta doctrina sea acogida en los países europeos por la limitación de los preceptos legales o por el carácter subsidiario que en algunos de ellos se atribuye a la acción de enri-

quecimiento sin causa. Gallo, sin embargo, pensando sobre todo los casos en que el incumplimiento no produce ningún tipo de daños, se muestra partidario de utilizar lo que denomina «el único modo de no incentivar comportamientos de este tipo», que es la imposición de una obligación de carácter restitutorio del enriquecimiento.

VI. ALGUNOS CASOS PARA EL DEBATE

Antes de seguir adelante, tal vez sea conveniente examinar una serie de casos en que el problema que aquí tenemos planteado se ha suscitado con una cierta agudeza.

1.º El caso *Frank W. Snepp v. Unites States* (19 de febrero de 1980).— Frank W. Snepp había estado al servicio de la CIA a partir del año 1968 y, en el momento de ser contratado por la Agencia, había suscrito un compromiso en virtud del cual no publicaría ninguna información o haría uso de ningún material relativo a la Agencia, a las actividades de ésta o a las actividades de inteligencia tanto durante el tiempo que estuviera empleado, como posteriormente, sin la aprobación previa de la propia Agencia. Ello, no obstante, Snepp había publicado un libro, en que se relataban ciertas actividades de la CIA en Vietnam del Sur, que no había sido autorizado por la Agencia. Como consecuencia de ello, el Gobierno inició una acción para reclamar el cumplimiento de la promesa y la obligación contractual de Snepp tratando de conseguir una declaración de que Snepp había incumplido el contrato, de que se le condenara a someter sus futuros escritos a una revisión antes de ser publicados y a imponerle lo que el texto llama un trust para beneficio del Gobierno relativo a todos los beneficios que Snepp pudiera obtener con la publicación del libro por violación de sus obligaciones fiduciarias respecto de la Agencia, pretensión, esta última, que, finalmente prosperó.

2.º *Her Majesty Attorney General v. Blake* (27 de julio de 2000).— Este asunto se planteó casi al mismo tiempo que el anterior y fue resuelto por la Cámara de los Lores. George Blake, había sido empleado de los servicios de inteligencia y espionaje ingleses desde 1944 a 1961, aunque, a partir de 1951, se convirtió en un agente de la Unión Soviética a la que pasó valiosa información secreta. Por ello fue condenado a cuarenta y dos años de prisión como autor de un delito de traición. En 1966 Blake escapó de la prisión de Wormwood Scrubs y huyó a Berlín y después a Moscú, donde se

encontraba cuando se publicó la sentencia. En el año 1989 Blake escribió su autobiografía, parte de la cual se refería a sus actividades como funcionario de un servicio secreto. Había llegado a un acuerdo con un editor inglés para publicar el libro a cambio de una suma de dinero y cuando el libro («No Other Choice») se publicó en septiembre de 1990, el Abogado General en nombre de la Corona presentó la demanda. Parece que se señala que en ese momento la información contenida en el libro no era ya confidencial y que su revelación no podía dañar al interés público. Con algunas vacilaciones, la sentencia terminaba también, como en el caso norteamericano, estimando la demanda, con alguna referencia a precedentes de Derecho privado en los que se había llegado a una solución parecida.

3.º Reid-Newfoundland Hedles v. Angloamerican Telegraph.— En una sentencia de 1912 el Privy Council decidió este caso que procedía del Canadá. Una compañía telegráfica había instalado una línea de telégrafo a petición de una compañía ferroviaria. Con base en el contrato celebrado entre ambas, la primera había asumido el compromiso de usar la línea sólo por razones de servicio ferroviario, aunque, tras su instalación, la línea fue utilizada comercialmente para transmitir otros mensajes, por cuenta de particulares. En este caso, los jueces ingleses condenaron a la compañía telegráfica a devolver la totalidad del beneficio obtenido.

4.º City of New Orleans v. Firemen Charitable Association.— En este caso, que es de 1891, la entidad demandada había asumido, por un precio pactado, la obligación de garantizar el servicio antiincendios de la ciudad. Se habían fijado en el contrato los equipos y el personal de que la entidad demandada debía disponer para ello. La demandada cumplió, pero sólo de modo parcial, el contrato ya que sólo mantuvo para ello una parte de los medios materiales y humanos previstos. Afortunadamente no se produjo ningún incendio y ello impedía, naturalmente, una acción indemnizatoria, aunque siempre podía decirse que la compañía no había cumplido el contrato como había sido pactado y que había obtenido un beneficio a través del ahorro de los gastos.

Los casos que hemos intentado narrar, suscitan, junto a algunas vacilaciones, probablemente algunas útiles reflexiones. En el caso del agente de la CIA, que escribe un libro con una crónica de asuntos tomados de los archivos de la entidad, a nuestro juicio puede admitirse, que, dando por supuesto que la relación entre empleado y empleador es contractual, o puede asimilarse a una relación contractual, el *quid* de la cuestión no radica en el deber de confidencialidad, sino en la utilización indebida del archivo o base de datos,

que, con referencia a los empresarios, puede ser considerado como un bien de carácter inmaterial y no lo es menos por el hecho de que el propietario sea una entidad gubernamental. Podemos admitir que hay casos en que una relación contractual facilita a alguno de los contratantes el acceso, utilización y disfrute de bienes de la otra, que ha de acomodarse a lo dispuesto en el contrato y, cuando no ocurra así, existe una doble vertiente, pues, por una parte, se encuentra la violación de obligaciones contractuales y, por otra parte, el carácter indebido de la utilización de bienes ajenos.

El asunto del telégrafo ferroviario puede ser –lo decimos a falta de más datos– en cierta forma similar. Demos por supuesto que el material es propiedad de la compañía de telégrafos y que ésta percibe de la compañía ferroviaria los cánones o retribuciones pactadas. El problema es entonces que no hay sólo una violación de la cláusula de exclusiva que por sí sola no produce daños, sino también una utilización abusiva del sistema telegráfico.

Diverso es, a mi juicio, el caso del servicio antiincendio, donde hay sólo incumplimiento de estipulaciones contractuales, como eran las que prevenían los equipos humanos y materiales que en la tarea debían utilizarse, sin que en momento alguno se pudiera suponer que se estaba utilizando o se estaba disfrutando de una propiedad ajena. A mi juicio, en un caso como el descrito, el remedio es la vía de la reducción del precio, contraprestación que en la actualidad se admite como un remedio generalizado en todo caso de incumplimiento en los Principios Europeos y en los Principios UNIDROIT. El precio que el municipio pagaba se había estipulado en consideración a los costes y, si éstos habían sido menores y el contrato parcialmente incumplido, la prestación debía proporcionalmente reducirse.

VII. DE NUEVO, INCUMPLIMIENTOS Y RESTITUCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO

La excursión que hemos ido haciendo, continúa suscitando algunos interrogantes. La pregunta categórica que hay que hacerse es qué lógica tiene condenar a todo contratante incumplidor a la restitución de los beneficios obtenidos con el incumplimiento y si la tiene hacerlo sólo en el caso del deudor de cosa cierta y determinada, porque, enseguida habría de cuestionarse qué privilegio puede adornar al acreedor de cosa cierta y determinada para utilizar un remedio del que los demás no disponen.

No pueden negarse las dificultades de la extensión del Derecho de Enriquecimiento a los incumplimientos contractuales, aunque se limiten a incumplimientos que resulten especialmente reprobables o inicuos, como le gusta decir a la jurisprudencia norteamericana. Entre nosotros al deudor doloso se le ensancha la responsabilidad por daños, pero sólo la responsabilidad por daños. Pasar de la responsabilidad por daños a otro tipo de soluciones, como las restitutorias, no deja de tener algún regusto punitivo que no se ve razón para admitir a falta de normas legales al respecto.

Un par de problemas restan por examinar. El primero es si la hipótesis al principio contemplada, esto es, la enajenación por el deudor contractual de la cosa específica debida, puede entrar en el ámbito de los casos en que se reconocen las acciones de enriquecimiento injustificado y, en especial, la llamada *condictio* de intromisión. Por regla general hemos venido entendiendo que la justificación de la *condictio* es consecuencia de que el demandado ha percibido lucros, que, de acuerdo con el contenido atributivo que el ordenamiento previamente había asignado al derecho, correspondían al demandante. Ocurre así con respecto a los derechos de carácter absoluto y, en particular, al dominio y a los derechos reales cuando uno ejercita sin título alguno una facultad de uso o disfrute o se realiza *el ius disponendi*. A mi juicio, no puede discutirse que el presupuesto de la *condictio* de intromisión desde Wilburg es lo que se ha venido llamando el contenido de atribución del derecho, que, por lo general, existe en los derechos de carácter absoluto. De esta suerte el problema planteado se puede bifurcar en las dos siguientes preguntas: si existe contenido atributivo en la hipótesis mencionada; y si en general se puede reconocer algún componente atributivo y, por tanto, derecho de intromisión en derechos de crédito.

a) La primera pregunta aparece resuelta por algunos autores como Pantaleón y Basozábal en sentido afirmativo. Basozábal señala que el acreedor de la entrega de una cosa específica tiene, según el artículo 1095, derecho a los frutos desde que se constituye la obligación de entrega y que este derecho a los frutos forma parte de un claro contenido atributivo.

No es éste el momento de realizar una exégesis de la regla primera del artículo 1095, aunque haya que señalar, respecto de él, dos cosas. Es la primera que probablemente el nacimiento de la obligación de entrega a que el precepto alude no es el momento de constitución sino aquél otro en que la obligación de entrega es exigible. Y la segunda es que el precepto admite naturalmente toda clase de pactos. Mas cualquiera que sea el origen histórico y el

sentido actual del derecho a los frutos de cosa cierta, nos parece que no puede derivarse de ello un contenido atributivo asignado al derecho de crédito, ni menos, como apunta F. Pantaleón, que este derecho sea un *ius ad rem*, pues, olvidando los borrosos perfiles de esa figura de origen eclesiástico medieval, es necesario reconocer que al hablar de *ius ad rem* sólo aludimos a un derecho de crédito con algunos efectos en relación con terceros.

Tampoco resulta especialmente convincente la alusión que se hace al artículo 1778 CC. Este precepto contempla el acto de disposición que el heredero del depositario lleva a cabo respecto de la cosa depositada y le obliga a restituir el precio que hubiese recibido. Es verdad que el precepto contempla al heredero del depositario que actúa de buena fe, porque en el momento de la venta de la cosa ignoraba el hecho del depósito. Probablemente, la misma regla debe regir y la misma obligación de restituir el precio existe, si el depositario fuera de mala fe. La única diferencia es, probablemente, que el de mala fe tiene la obligación de resarcir daños y perjuicios cosa que al de buena fe por esta razón no se le impone. El precepto tiene en todo caso clara relación con la *condictio* de intromisión puesto que se realiza un *ius disponendi* sobre cosa ajena. El heredero del depositario está vendiendo una cosa que no es suya y obteniendo el valor de una cosa que no le pertenece.

Este planteamiento obliga a distinguir, en la hipótesis que estamos tratando, aquellos supuestos en que la obligación de dar cosa cierta sea restitutoria de aquellos otros en que no lo sea. Si el obligado es el depositario o cualquier otra persona que tiene obligación de restituir la cosa que es de otro o si se trata del heredero que tiene que hacer entrega de un legado cuya propiedad el legatario ha adquirido en el mismo momento de la apertura de la sucesión, hay que entender que la *condictio* de intromisión respecto del precio obtenido no es discutible.

b) Mayor dificultad presenta la segunda de las cuestiones que quedaron abiertas más arriba, esto es, si es posible admitir la *condictio* de intromisión en los derechos de crédito. Basozábal, fundándose en algunas ideas sostenidas en la doctrina alemana más reciente, cree que la pretensión de enriquecimiento puede darse en situaciones jurídicas de alcance patrimonial que no lleguen a ser derechos subjetivos o que no sean derechos absolutos y cita los casos siguientes:

1.º El artículo 1164 permite que el deudor se libere pagando a un acreedor aparente por lo que parece frente al acreedor aparente (que ha cobrado) existe una *condictio* que tiene su fundamento en

la percepción indebida y por objeto el precio obtenido por aquel a quien no le correspondía.

2.º En los derechos de crédito que contienen facultades de uso y disfrute de cosa ajena (como ocurre en el caso del arrendamiento) si un tercero usurpa las facultades de goce y disfrute, la pretensión de enriquecimiento frente al usurpador no corresponde al propietario, sino al arrendatario cuyo derecho ha sido objeto de la intromisión.

3.º Si en un procedimiento de ejecución se embarga o ejecuta una cosa que no pertenecía al deudor y el verdadero propietario ha visto precluida la posibilidad de la tercería de dominio por el estado de la ejecución, al verdadero propietario despojado le asiste la *condictio* contra el acreedor satisfecho. Se trata también de una *condictio* por disposición y se funda en que el ordenamiento jurídico considera eficaz la enajenación en pública subasta.

4.º Según Basozábal, quien recibe a título gratuito la cosa debida de un deudor que de este modo queda liberado de su deuda puede quedar según el artículo 1897 CC expuesto a la *condictio* del acreedor, aunque haya que señalar que probablemente se trata de la *condictio indebiti* y no de la *condictio* por intromisión.

En nuestra opinión, de la regulación de la *condictio* de intromisión no se pueden extraer principios generales, aunque hay que observar que, como ya hemos apuntado más arriba, en muchos de estos casos lo que origina la pretensión de restitución de enriquecimiento no es la violación de un derecho de crédito, sino la intromisión en el derecho de otro y que el derecho de crédito, violado o no, lo único que ha sido es la ocasión u oportunidad para permitir la intromisión en el derecho ajeno, sea intromisión en el goce, en el disfrute o en la disposición.

Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)*

SUSANA NAVAS NAVARRO
Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN

En este trabajo se aborda una cuestión ciertamente controvertida en el marco de la aplicación del principio de no discriminación en el derecho de los contratos: la negativa a contratar con alguien por razón de sexo. En el análisis que se lleva a cabo se parte de dos normas: una comunitaria (art. 3.2 Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro) y otra nacional (art. 68.2 LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres). Sobre la base de postulados constitucionales se llega a la conclusión de que los daños que ocasione, a la parte perjudicada, la negativa a contratar con ella sólo conllevarán una reparación que consista en la obligación de contratar con ella, cuando así lo solicitare, primero, en caso de que no exista alternativa en el mercado; segundo, no se haya celebrado por el discriminador el contrato con un tercero de buena fe y, tercero, estén determinados o sean determinables los otros elementos esenciales del contrato (art. 708 LEC, art. 1262 CC).

SUMARIO: I. *Planteamiento de la cuestión.*—II. *Negativa a contratar por razón de sexo. Consecuencias jurídicas.*—III. *Principio de proporcionalidad y obligación de contratar en caso de discriminación por*

* Esta contribución se enmarca en el proyecto de investigación dirigido por el Prof. BADOSA COLL, Ferran (SGR00759, III *Pla de Recerca de Catalunya*, grupo de estudio del Derecho civil catalán, UB-UAB) y en el proyecto de investigación «No discriminación y Persona» dirigido por la Prof. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (SEJ2007-60834). Asimismo, agradezco al Prof. VAQUER ALOY, Antoni, catedrático de Derecho Civil de la Universitat de Lleida, las observaciones realizadas en la lectura detenida del presente trabajo que se corresponde con la conferencia pronunciada en la Universidad de las Islas Baleares en el I Congreso de Derecho Contractual Europeo y Principios Unidroit (26-27 de abril de 2007).

razón de sexo.–IV. *Mercado, competencia y consecuencias en caso de negativa a contratar por razón de sexo.*–V. *Diferencias de trato y negativa a contratar.*–VI. *Argumentos adicionales.*–VII. *Conclusión.*–VIII. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

1. En esta contribución pretendo, en la línea de unas primeras reflexiones que en modo alguno se presentan como cerradas y definitivas, antes bien están abiertas al debate, abordar una cuestión que no deja de ser controvertida en el marco del principio de no discriminación en el derecho de los contratos. Me refiero a la negativa a contratar con alguien por razón de sexo.

2. En estas reflexiones parto de *dos preceptos*, que son los que tras su lectura, han dado origen a éstas:

i) Artículo 3.2 Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro ¹, en el que se afirma que:

«La presente Directiva no afectará a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no se base en el sexo de la persona contratante».

ii) Artículo 68.2 LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ², en el que se incorpora el contenido del referido artículo 3.2 Directiva. En él se afirma que:

«Lo previsto en el apartado anterior no afecta a la libertad de contratación, incluida la libertad de la persona de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su sexo».

El legislador español, en la exposición de motivos de la LO 3/2007, no ha dado ninguna explicación del porqué de esta norma. Se limita a afirmar que el Título VI está dedicado a la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios, con especial referencia a los seguros.

El legislador comunitario, en cambio, se ha entretenido más en esta cuestión, en el considerando núm. 14 de la Directiva 2004/113/CE, en el que expone la razón de la introducción de este precepto.

¹ *DOUE*, L 373/37, de 21 de diciembre de 2004.

² *BOE*, núm. 71, de 23 de marzo.

En efecto, advierte que: «*todas las personas gozan de libertad para celebrar contratos, incluida la libertad de elegir a la otra parte contratante para efectuar una transacción determinada. Una persona que suministre un bien o preste un servicio puede tener una serie de razones subjetivas para elegir a la otra parte contratante. En la medida en que dicha elección no se base en el sexo de la persona contratante, la presente Directiva no debe afectar a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante*».

Con ello se nos estaría indicando que no se pretende limitar la libertad de elección de las partes, salvo cuando la elección de la contraparte venga exclusivamente determinada por el sexo de la persona, de suerte que exista una voluntad de discriminar a esa contraparte, lo que afecta, sin duda, a su dignidad personal ³.

En este caso, entonces, no existiría libertad de elección, es decir, no podría negarse a contratar con ella. Dicho en sentido afirmativo, se vería obligado a contratar con la contraparte, si ésta, claro está, le exigiera la celebración del contrato ⁴.

3. Hay que tener en cuenta que detrás de estas normas, está presente un debate más profundo referido al conflicto que existe entre la cláusula general (o principio constitucional) relativo al *libre desarrollo de la personalidad* (art. 10.1 CE), cuyo fundamento es el *derecho a la libertad de toda persona* (art. II-66 de la «futura» Constitución Europea, artículo 6 Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea ⁵), y en el que se enmarca el *principio de autonomía privada* ⁶, que comprende, a su vez, la *libertad de contratar*, contenido asimismo de la *libertad de empresa* (art. 38 CE) ⁷, con un derecho fundamental, el *derecho a ser tratado igual* (arts. II-80, II-81 de la «futura» Constitución Europea, artículos 20 y 23 Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea,

³ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Autonomía privada y derechos fundamentales», *ADC*, 1993, p. 107; GARCÍA RUBIO, María Paz, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», *La Ley*, núm. 6602; VON KOPPENFELS, Katharina, «Das Ende der Vertragsfreiheit?», *WM*, 29/2002, p. 1493.

⁴ BYDLINSKI, Franz, «Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges», *AcP* 180 (1980), p. 4.

⁵ *DOCE*, 2000/C 364/01, de 18 de diciembre de 2000.

⁶ FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, 4.^a edic., trad. por MIQUEL GONZÁLEZ, José María / GÓMEZ CALLE, Esther, Madrid, 1998, p. 25: «...porque el reconocimiento de la autonomía privada es un principio fundamental del ordenamiento jurídico como parte del reconocimiento de la autodeterminación de la persona».

⁷ Desde la consideración de la libertad de empresa como un derecho fundamental, *vid.* ARAGÓN REYES, Manuel, «Constitución económica y libertad de empresa», *Estudios jurídicos en Homenaje al prof. Aurelio Menéndez Menéndez*, t. I, Madrid, 1996, pp. 169-171; CIDONCHA, Antonio, *La libertad de empresa*, Pamplona, 2006, pp. 175 ss.

artículo 12.1 Tratado de Ámsterdam ⁸, artículo 14 CE). El legislador no goza de un poder omnímodo para restringir la libertad de las personas y sus proyectos de vida. Toda restricción debe adecuarse al *principio de proporcionalidad*, de suerte que la injerencia en la cláusula general sólo procede cuando no se puede alcanzar el fin que se persigue por un *medio menos gravoso* ⁹. Por ello, deben establecerse límites a la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, siempre que éstos sean proporcionados (*Drittwirkung*) ¹⁰.

II. NEGATIVA A CONTRATAR POR RAZÓN DE SEXO. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

1. Seguidamente nos debemos preguntar, *¿qué sucede si, a pesar de esa prohibición, una persona (física o jurídica) que opera en el sector privado se niega a contratar con otra por razón de género?* Partimos de la premisa de que se dan los presupuestos que cada una de las normas que, a continuación, se mencionan, exigen:

i) La **Directiva 2004/113/CE** ¹¹, en su artículo 8.2, indica que:

«Los estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos internos las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada a causa de una discriminación (...)

⁸ Versión consolidada de 2002 (*DOCE*, C 325, de 24 de diciembre de 2002, pp. 33 ss.). Prohibiciones especiales en este mismo Tratado son las recogidas tanto en el art. 3.2 (*eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad*) como en el 141 (*igualdad de trato, igualdad de oportunidades, igualdad de retribución* entre hombres y mujeres, en el ámbito laboral).

⁹ Díez-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª edic., Madrid, 2005, p. 70.

¹⁰ Límites de la libertad contractual y *Drittwirkung* no son términos que signifiquen lo mismo (GARCÍA TORRES, Jesús / JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986, pp. 14-15). *Vid.* además, VON MÜNCH, Ingo, en SALVADOR CODERCH, Pablo / FERRER I RIBA, Josep, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, 1997, pp. 25-26. *Vid.* trabajos más recientes con todo lujo de detalles, NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, 2000, pp. 161 ss.; VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Madrid, 2004, pp. 111 ss.

¹¹ Artículo 3.1 Directiva 2004/113/CE: «...la presente Directiva se aplicará a todas las personas que suministren bienes y servicios disponibles para el público, con independencia de la persona de que se trate, tanto en lo relativo al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúen en este contexto».

reciba una indemnización o compensación reales y efectivas del estado miembro, de manera disuasiva y *proporcional* al daño sufrido...»¹².

Se presenta, pues, como una «norma de mínimos» que permite a los estados miembros establecer el elenco de sanciones y de reparaciones que consideren oportuno.

ii) En el Derecho español, en la LO 3/2007¹³, existen dos normas que pretenden responder a esa obligación que atribuye la Directiva a los estados miembros y que deberían responder a la pregunta antes planteada:

Los bienes o servicios deben estar *disponibles al público* tanto en el sector público como en el privado, reza el artículo 3.1 Directiva 2004/113. La Directiva 2000/43/CEE, del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE, núm. L 180, de 19 de julio de 2000, pp. 22-26) se refiere tanto a esta disponibilidad como a la *oferta de los mismos*. Debe analizarse, pues, el debido entendimiento de estas expresiones. Algunos autores (KORELL, Julia «Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht?» *JURA* 1/2006, p. 6; RIESENHUBER, Karl / FRANCK, Jens-Uwe «Verbot des Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht», *JZ* 11/2004, p. 530) se han planteado si se refiere a verdaderas *ofertas contractuales* o incluye también los supuestos de *invitatio ad offerendum* puesto que las normas comunitarias aluden sólo a disponible, término no jurídico, y concretamente, la Directiva 2000/43 diferencia entre esa disponibilidad y la oferta de los bienes y servicios. A nosotros nos parece que la discusión es un tanto estéril, ya que si se trata de proteger a la persona contratante de una actitud discriminatoria deben incluirse ambos supuestos, tanto la oferta contractual como la invitación a hacer ofertas. Además deben estar disponibles, en el sentido amplio referido, para el público, es decir, que quedan fuera actos o contratos que tengan lugar en el *ámbito de la vida privada y familiar* (art. 3.1 Directiva 2004/113). Esta expresión un tanto ambigua y criticada por la doctrina (KORELL, Julia «Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht?» p. 6; RIESENHUBER, Karl / FRANCK, Jens-Uwe «Verbot des Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht», p. 530) se define en función de las personas, es decir, que se refiere a personas con las que se tiene un determinado lazo familiar o de parentesco o, incluso, de amistad (*vid.* § 19.5 *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, AGG, de 14 de agosto de 2006, *BGBI*, I, p. 897). Se trata de un ámbito en el que el acceso a los bienes y a los servicios se encuentra restringido al tratarse de relaciones en las que impera el elemento de la confianza. Se excluyen de la aplicación de la Directiva tanto las relaciones derivadas del derecho de familia como del derecho de sucesiones.

¹² La norma del artículo 8.2 se reproduce en términos casi idénticos en otras Directivas que también pretenden hacer efectivo el principio de trato igual: artículo 17.2 *Directiva 2000/78/CEE de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad en el empleo y la ocupación* (DOCE, núm. L 303, de 2 de diciembre de 2000, pp. 16-22), artículo 15.2 *Directiva 2000/43/CEE de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico* (DOCE, núm. L 180 de 19 de julio de 2000, pp. 22-26), art. 8 d 2 *Directiva 1976/207/CEE de 9 de febrero, de acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo* (DOCE, núm. L 39 de 14 de febrero de 1976, pp. 40-42), artículo 8d 2 *Directiva 2002/73/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002* (DOCE, núm. L 269 de 5 de octubre de 2002, pp. 15 ss.) y artículo 18 *Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación* (refundición) (DOUE, L 204/23, de 26 de julio de 2006).

¹³ En el artículo 69.1 LO 3/2007 se advierte que: «*todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios, disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de*

– la primera se encuentra en el Título I («el principio de igualdad y la tutela contra la discriminación»): artículo 10. En este precepto se pretenden regular las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias preceptuándose que:

«Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidades a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatoria.»

– la segunda se encuentra en el Título VI («igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios y su suministro»): artículo 69.1 donde se pretenden establecer las consecuencias del incumplimiento de las prohibiciones del siguiente modo:

«Sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil, la persona que, en el ámbito de aplicación del artículo 69, sufra una conducta discriminatoria, tendrá derecho a una indemnización a los daños y perjuicios sufridos.»

2. De entrada hay que hacer notar que, en el artículo 10 LO 3/2007, el legislador español ha procedido a mezclar las distintas sanciones, entre ellas las civiles, dentro de un sistema de sanciones que pretende disuadir de conductas discriminatorias con medidas reparatorias como la responsabilidad civil. La falta de rigor técnico se hace presente en esta confusión que, como bien apunta la doctrina¹⁴, quizá se deba al pretendido alcance general de la ley, de suerte que se pretenden incluir en un único precepto todas las consecuencias jurídicas frente a la actuación discriminatoria, esto es, sanciones civiles, penales y administrativas y sistema de reparaciones.

3. Por otra parte, la expresión «acto» debería interpretarse en sentido amplio como equivalente a «actuación discriminatoria» para que se correspondiera con el sentir del artículo 8.2 Directiva 2004/113/CE¹⁵. En esta dirección, a tenor del artículo 10

igualdad de trato entre mujeres y hombres, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo». En esta norma se transcribe casi literalmente el artículo 3.1 de la Directiva 2004/113/CEE. No hay una exclusión expresa de las relaciones de derecho de familia y del derecho de sucesiones como hace la Directiva a la que se copia, por lo que interpretando la expresión «ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar» en sentido amplio podrían entenderse aquellas comprendidas en esta expresión.

¹⁴ GARCÍA RUBIO, María Paz, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», La Ley, núm. 6602.

¹⁵ GARCÍA RUBIO, María Paz, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», La Ley, núm. 6602.

LO 3/2007, la negativa a contratar con una persona por razón única y exclusiva de su sexo, será considerada un «acto» (*rectius*, actuación) discriminatorio/a que deberá ser «nulo y sin efecto»¹⁶ y –añade el precepto– «dará lugar a responsabilidad». La nulidad como sanción supone, en efecto, que el comportamiento discriminatorio no produzca efectos jurídicos (art. 6.3 CC). Las consecuencias jurídicas de la nulidad se recogen, como se sabe, en los artículos 1301 y siguientes CC, respecto de los cuales se reconoce, en concreto, que los artículos 1303 a 1308 CC son también aplicables a la nulidad y no sólo a la anulabilidad. Ahora bien, estos preceptos se están refiriendo exclusivamente a la restitución a la situación anterior (*restitutio in integrum*) al acto, que se ha declarado nulo, en relación con obligaciones de dar exigiendo que se devuelvan las respectivas prestaciones con los frutos y accesorios que, en su caso, existieran. Sin embargo, nada se advierte respecto de las obligaciones de hacer y de no hacer. La restitución a la situación anterior a la discriminación, en la hipótesis que tratamos, supone volver al momento en que se realiza la elección de la otra parte contratante. Ahora bien, esta restitución, consecuencia de la ineficacia de la actuación discriminatoria no supondrá *per se* la obligación de la parte discriminadora de contratar a la parte discriminada¹⁷. Si es ésta la reparación que la parte, que ha sufrido la discriminación, pretende que se imponga a aquélla deberá fundamentarse mediante la exigencia de responsabilidad por el daño causado.

a) La primera cuestión que nos debemos plantear es ante qué tipo de responsabilidad nos encontraremos, habida cuenta de que la negativa a contratar –actuación discriminatoria– se da en el momento de la celebración del contrato o, mejor aún, en el momento previo a la celebración del contrato, en la fase precontractual. Cabrían, *prima facie*, dos planteamientos: uno, que considera que se estaría vulnerando el deber genérico de que nadie puede dañar a otro y, por tanto, la responsabilidad sería extracontractual¹⁸; otro,

¹⁶ De hecho, no haría falta esta referencia a la nulidad, por cuanto, si la norma, como parece, reviste carácter imperativo, la sanción de la nulidad de la actuación discriminatoria se derivaría de la aplicación del artículo 6.3 CC. Con anterioridad a esta norma, la doctrina había aludido al «orden público» como límite a la autonomía privada, en el cual se podía insertar el principio de igualdad, e incluso, se hablaba de «orden público constitucional» (ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Autonomía privada», pp. 106 ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Principio de igualdad y derecho privado», *ADC*, 1990, pp. 369 ss.; GARCÍA RUBIO, María Paz, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», *La Ley*, núm. 6602). Con la publicación de la nueva ley se tratará de un límite imperativo al principio de autonomía privada.

¹⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel/FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, pp. 324-326.

¹⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Autonomía privada», p. 107. Este autor postula esta medida sobre la base de entender que, en determinados casos, el derecho a no contratar

que se pronuncia a favor de la responsabilidad contractual al considerar que se vulnera una obligación previa al nacimiento de la responsabilidad, cual sería la violación de la norma que prohíbe la discriminación directa o indirecta por razón de sexo ¹⁹ (ex art. 1258 CC).

b) Ya tuviera una u otra consideración, la parte perjudicada podría pretender una reparación *in natura*, de suerte que se impusiera a la parte discriminadora la obligación de contratar con ella. ¿Cómo se articularía esta medida? La respuesta dependerá de la consideración que se atribuya a la situación. Así, si partimos de que se trata de un supuesto de responsabilidad contractual debería entonces solicitarse el cumplimiento específico de la obligación ²⁰, luego, la no violación de la norma que prohíbe la discriminación mediante la imposición de una obligación de contratar ²¹. Este planteamiento tendría como argumento a su favor el hecho de que el artículo 69 LO 3/2007 advierte «*sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil...*». Luego, las acciones propias del incumplimiento contractual.

c) Si partimos, en cambio, de que se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual, debería demandarse la reparación del daño *in natura* (*Naturalrestitution*) ²², para llegar a la exigencia

puede tornarse un ejercicio abusivo y antisocial (art. 7.2 CC) que generaría responsabilidad extracontractual (p. 107, nota a pie de página núm. 107).

¹⁹ GARCÍA RUBIO, María Paz, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», *La Ley*, núm. 6602.

²⁰ VERDERA SERVER, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995, pp. 149 ss.

²¹ Desde la óptica procesal, será de aplicación el artículo 708 LEC que establece la condena a la emisión de una declaración de voluntad, en nuestro caso, una declaración de voluntad que consista en la oferta contractual, de manera que si no lo hace se tendrá por emitida, si estuviesen determinados (o fueran determinables) los otros elementos esenciales del contrato. Si no se encuentran determinados, procederá la indemnización de los daños y perjuicios. Luego, desde el derecho procesal, también se limitan los supuestos en que cabe imponer la obligación de contratar a la parte discriminadora.

²² En el Derecho alemán, la AGG no hace referencia expresa a la obligación de contratar (*Kontrahierungszwang*) como medida reparatoria ante la negativa a hacerlo por razón de alguno de los criterios discriminatorios que establece, si bien, el proyecto (AGG-E), contenía una norma que admitiéndola limitaba su aplicación (§ 21.2: «*Im Fall einer Vertragsverweigerung kann der Benachteiligte den Abschluss eines Vertrages nur verlangen, wenn dieser ohne Verstoss gegen das Benachteiligungsverbot erfolgt wäre*»). El § 20 AGG contempla la que denomina *Beseitigungsanspruch*, pretensión nueva en el derecho civil alemán que la acerca a los *Folgenbeseitigungsschaden* (ARMBRÜSTER, Christian, «Sanktionen wegen Diskriminierung», *KritV* 2005, p. 43). La doctrina germana que ha estudiado –y comentado– la reciente AGG está a favor, en general, de esa medida: ya sea por la vía de considerar un supuesto de reparación *in natura* del daño (GAIER/Holger WENDTLAND, Reinhard, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG. Ein Einführung in das Zivilrecht*, Munich, 2006, p. 105, núm. 208: «Zudem muss bei Schadenersatzrechtlicher Herleitung die Verpflichtung zum Vertragsabschluss als Form der *Naturalrestitution* erklärt werden» (las itálicas son nuestras); ya sea entender que se trata de una «*quasinegatorische Anspruch*» (SCHIEK, Dagmar, en SCHIEK, Dagmar, (ed.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, Munich, 2007, Sellier European Law Publishers, § 21, pp. 346-347). Aunque, con anterioridad a la AGG, en los comenta-

de que se contrate con la parte perjudicada. Aquí, el artículo 69.2 LO 3/2007 advierte que la parte discriminada tendrá derecho a una indemnización de los daños y perjuicios. La referencia a la indemnización puede entenderse, en un sentido estricto, como equivalente a reparación pecuniaria del daño sufrido o, también, cabe que se interprete, en sentido amplio, como reparación del daño. De hecho, tanto el artículo 10 LO 3/2007 que alude a «reparaciones o indemnizaciones» como la Directiva 2004/113/CE, en el artículo 8.2, se refiere a «indemnización o compensación» de forma indistinta y sin demasiado rigor técnico, lo que permitiría interpretar en este segundo sentido, esto es, en sentido amplio, la expresión «indemnización» empleada por el artículo 69.2 LO 3/2007. En esta línea de preocupaciones, la parte discriminada podría solicitar esa reparación *in natura* del daño, lo que determinaría la imposición al discriminador de la obligación de contratar con la parte discriminada.

4. En ambos casos, la reparación debe ser *proporcional* al daño sufrido. El siguiente paso, pues, en nuestro razonamiento, sería preguntarnos, *¿cuándo es la obligación de contratar una reparación / compensación proporcional al daño sufrido?*

III. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y OBLIGACIÓN DE CONTRATAR EN CASO DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

1. Debe destacarse, en primer lugar, que en el *Proyecto de Ley 121/000092, orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*²³, el artículo 68.1, que reproducía el tenor del artículo 8.2 Directiva 2004/113/CE, advertía que la indemnización debía ser *proporcional* a los daños sufridos. El Grupo parlamentario socialista en el Congreso, propuso la eliminación de la voz «proporcional» con el argumento de que si lo que se pretendía era decir que la indemnización debía ser equivalente a los daños y perjuicios podía hacerse sin necesidad de emplear esa expresión²⁴. La enmienda

rios de la AGG-E, en general, los autores no se mostraban muy favorables a esta medida en el ámbito civil (*Vid.* entre otros, AMBRÜSTER, Christian, «Sanktionen», pp. 45-46; BUSCHE, Jan, «Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen bei Verletzung richtlinien-determinierter Diskriminierungsverbote» en LEIBLE, Stefan / SCHLACHTER, Monika (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Munich, 2006, Sellier European Law Publishers, pp. 171 ss.).

²³ BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, 8 de septiembre de 2006, núm. 92-1, serie A, pp. 1 ss.

²⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, 22 de noviembre, serie A, núm. 92-10, p. 201 enmienda, núm. 474.

demuestra desconocer la discusión de fondo, aludida líneas más arriba, en la que la referencia a la proporcionalidad y, más concretamente, al principio de proporcionalidad es esencial. La proporcionalidad entre reparación y daño no es pura y simplemente «equivalencia» como se lee en las enmiendas del grupo parlamentario socialista en el debate de la LO 3/2007, sino que tiene un significado más profundo dado el conflicto que detrás existe. En este sentido, debería haberse mantenido la expresión. Sea lo que fuere, por suerte, el artículo 10 LO 3/2007, sigue haciendo referencia a la proporción de la reparación o indemnización con el perjuicio sufrido y este precepto, el artículo 10, tiene alcance general e informador del resto de Títulos de la propia LO, en los que se regulan aspectos concretos.

2. Debe recordarse que detrás está siempre presente la discusión en torno al conflicto entre la cláusula general del libre desarrollo de la personalidad y el derecho fundamental a la igualdad de trato y, especialmente, la eficacia de ambos en las relaciones entre los particulares o *Drittwirkung*²⁵. Tener en cuenta la solución que se ofrece a este conflicto por los estudiosos es esencial, ya que esa solución tiñe nuestro debate sobre la obligación de contratar como medida de reparación del daño impuesta a la parte discriminadora. Es más, las normas civiles a este respecto deben interpretarse conforme a los planteamientos constitucionales²⁶ que son, por otra parte, planteamientos que el TJCE ha acogido en las múltiples sentencias que, sobre la prohibición de discriminar en el ámbito del trabajo y de la seguridad social, ha dictado²⁷.

²⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm, «Grundrechte und Privatrecht» *AcP* 184 (1984), pp. 202 ss.

²⁶ El TC español ha empleado, en varios supuestos, para referirse esencialmente a la misma idea, la expresión «juicio de razonabilidad» [vid. CARRASCO PERERA, Ángel, «El principio de no discriminación por razón de sexo», *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, 1991, pp. 21 ss.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Valencia, 2006, pp. 67-69].

²⁷ La teoría alemana de la *Drittwirkung* fue recibida también por el TJCE. En efecto, la primera sentencia que hace referencia a la misma es la conocida como *Sentencia DEFRENNE III* de 15 de junio de 1978, en la que el TJCE considera que la eliminación de toda discriminación por razón de sexo es un verdadero *derecho fundamental* que aparece garantizado por el derecho comunitario, en la época, por el artículo 119 del Tratado constitutivo de la CEE que establecía el principio de igualdad de retribución de los trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo. Los hechos fueron los siguientes: Gabrielle Defrenne era azafata de SABENA, la aerolínea belga, siendo despedida cuando cumplió 40 años en cumplimiento del convenio de empleo del personal de navegación aérea. Contra este despido, la azafata interpuso dos recursos: uno, solicitando una indemnización por ruptura injustificada del contrato laboral (sentencia DEFRENNE II); el segundo, contra el Decreto que regulaba las reglas del derecho a pensión del personal de vuelo de la aviación civil que excluía expresamente a las azafatas de los beneficios previstos para el personal de vuelo (sentencia DEFRENNE I). Finalmente, la azafata ataca la cláusula de despido a los 40 años por discriminatoria en razón de sexo (sentencia DEFRENNE III). En la sentencia

3. Pues bien, la solución propuesta al conflicto entre los referidos bienes jurídicamente protegidos, se fundamenta en el denominado *principio de proporcionalidad*, que proviene del derecho constitucional alemán, aunque, ya era conocido tanto en el derecho administrativo sancionador como en el derecho penal²⁸. *¿Qué nos dice, en sustancia, este principio?* Este principio parte del hecho de que debe tomarse siempre aquella medida adecuada, necesaria y proporcional en la obtención del fin legítimo propuesto, de manera que una medida no será proporcional si existiera otra medida alternativa que implicara una menor agresión en uno de los bienes jurídicos en conflicto.

DEFRENNE I (contra el Reino de Bélgica) de 25 de mayo de 1971, el TJCE considera que las pensiones de la seguridad social no pueden considerarse como remuneración en el sentido del artículo 119 TCCEE y, por tanto, era lícita la desigualdad de trato. En DEFRENNE II (contra SABENA), de 8 de abril de 1975, el TJCE establece una doble función del artículo 119 TCCEE: una social, esto es, igualdad de trato entre hombres y mujeres; otra económica, evitar distorsiones en la libre competencia del mercado interior al evitar el *dumping* laboral. Advierte que el principio de igualdad de retribuciones es uno de los fundamentos en los que se asienta la CEE y, consiguientemente, tiene efecto directo e inmediato no sólo frente a los poderes públicos, sino también en las relaciones entre los particulares como era el caso que se debatía. Aplica, de esta guisa, la *unmittelbare Drittwirkung* (en la doctrina, *vid.* NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales*, pp. 161 ss.; VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales*, pp. 111 ss.) desempeñando a la postre el rol del legislador comunitario. La sentencia DEFRENNE III (contra SABENA), de 15 de junio de 1978, sostuvo que la eliminación de toda discriminación por razón de sexo es un derecho fundamental garantizado por el TJCE, de manera que no se limita a interpretar la legislación nacional conforme al derecho comunitario, en este caso, primario, lo que sería una eficacia mediata de los derechos fundamentales, sino que dando un paso más allá, acude a la eficacia directa. Este *leading case* marca el punto de arranque de una determinada línea del TJCE acerca de este tema. Así, la sentencia de 11 de marzo de 1981 en la que el TJCE decidió que en aplicación directa del artículo 119 TCCEE, LLOYD'S BANK discriminaba a dos de sus trabajadoras al tener regímenes salariales diferentes según fueran del sexo masculino o femenino. En el caso, vuelve el TJCE a recordar la eficacia directa e inmediata del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo [SANZ CABALLERO, Susana, «Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres» en RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa / AZNAR GÓMEZ, Mariano J. *Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, 2004, pp. 265 ss.]. El TJCE aplica la teoría de la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Este planteamiento se ha ido repitiendo en sentencias posteriores en las que el problema incide de modo particular en el ámbito laboral a la par que ha creado la categoría de *discriminación indirecta* (sentencia DEFRENNE II) que es, hoy en día, la más frecuente. Las *Directivas* que, a partir de 1975, dicta la Unión europea representan, pues, el primer paso o primera fase en la plasmación legal de la *unmittelbare Drittwirkung* alemana. La eficacia directa plena de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se da con las *leyes de incorporación* de las *Directivas* edictadas al respecto. Son los legisladores nacionales los que al incorporar las *Directivas* dan eficacia directa e inmediata a la aplicación de los derechos fundamentales en un determinado sector de relaciones entre privados utilizando diversos instrumentos jurídicos que deben tener en cuenta el respeto al principio de autonomía privada. Mientras no exista ley de incorporación, los tribunales ordinarios deberán realizar una interpretación de las normas de derecho privado conforme a la Constitución propia, conforme al derecho comunitario y conforme a la jurisprudencia del TJCE.

²⁸ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, *Sistema*, pp. 114-115; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, (coord.), *Dogmática y práctica*, p. 63.

En realidad, el principio de la proporcionalidad, como señala la doctrina ²⁹, se descompone en tres subprincipios:

– El *principio de adecuación*, en virtud del cual se analiza la relación de medio a fin desde un punto de vista no valorativo o técnico. Un medio es adecuado siempre que su ayuda contribuya al logro del fin perseguido. En este sentido se advierte que: «*Resulta no proporcional, por inadecuada, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirve para la obtención de un fin consistente en la protección o promoción de un bien o derecho constitucionalmente protegido*» ³⁰. Este fin puede consistir en la realización de un derecho individual o de un bien jurídico protegido por un principio o una cláusula general. Entre los principios que pueden constituirse como fines se encuentran además, evidentemente, de los derechos fundamentales, los demás principios constitucionales (v. gr. la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad) e, incluso, los denominados principios constitucionales de segundo grado ³¹.

– El *principio de necesidad* exige que no se hubiera podido elegir otra medida optativa, igualmente eficaz, pero que no requiriese la restricción del derecho fundamental o de una cláusula general o que implicase una restricción menos severa. En esta dirección, una medida aparece como «igualmente eficaz» si es también adecuada para lograr el fin propuesto y con similar intensidad ³²;

– el *principio de proporcionalidad en sentido estricto* exige la determinación de la importancia relativa que poseen los derechos y los bienes constitucionales implicados en la medida con el objetivo de averiguar si la relación establecida por ésta entre ambos se ajusta o no a esa importancia, lo que supone un juicio de valor. El principio de proporcionalidad en sentido estricto exige que el sacrificio del derecho individual se encuentre en una relación razonable con el fin perseguido ³³.

4. Así pues, el límite al libre desarrollo de la personalidad en la que se insertaría la libertad contractual de elección de la contraparte deberá ser adecuado, necesario y proporcional al fin perse-

²⁹ Vid. por todos, con abundantes referencias bibliográficas tanto de la doctrina española como alemana, BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2005, pp. 613 ss.

³⁰ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad*, pp. 689 ss.; NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales*, p. 103.

³¹ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad*, pp. 704-708.

³² BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad*, pp. 736 ss.; NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales*, pp. 108 ss.

³³ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad*, pp. 759 ss.; NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales*, p. 103.

guido, esto es, la igualdad de trato entre hombres y mujeres, de lo que resulta que sólo podrá imponerse la obligación de contratar a la parte discriminadora, con evidente restricción de su libertad contractual, cuando esa obligación (que sería vista como reparación) sea *adecuada, necesaria y proporcional* (en sentido estricto) al daño que se hubiera ocasionado a la parte al conculcar su derecho a ser tratada igual que a otros sujetos en idénticas o similares circunstancias.

IV. MERCADO, COMPETENCIA Y CONSECUENCIAS EN CASO DE NEGATIVA A CONTRATAR POR RAZÓN DE SEXO

1. *¿Cuándo la «obligación de contratar» como reparación es adecuada, necesaria y proporcional desde la perspectiva planteada al daño sufrido?* Para contestar debidamente a esta pregunta, conviene tener en cuenta que la celebración de un contrato no se produce de forma aislada, sino dentro del mercado y que la contratación es, precisamente, un instrumento fundamental en la estructuración del mercado en cuanto intercambio de bienes y servicios³⁴, mercado en el que las partes encuentran a su disposición diversas alternativas al tratarse de un mercado en el que impera la competencia³⁵, lo que permite renunciar a contratar con un sujeto y dirigirse a la competencia, muestra de que el mecanismo contractual funciona correctamente³⁶.

Para que la libre competencia en el mercado se realice deben ponerse a disposición de los agentes, que intervienen en él, diversas alternativas entre las cuales aquéllos puedan decidir libremente, es decir, deben disponer de libertad para contratar tanto en el momento de la celebración del contrato como, en un momento posterior, en la determinación de su contenido. Esta libertad contractual comprende la libertad de elegir con quién se quiere contratar. Sin libertad de elección de la parte contratante carecería de sentido, en gran medida, la existencia de competencia en el mercado. Ésta implica que el agente puede elegir entre diversas alternativas (similares o diferentes) en el mercado. Por tanto, sólo cuando no existen estas alternativas o las que existen son notoria-

³⁴ RITTNER, Fritz, «Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb», *AcP* 188 (1988), pp. 102 ss.

³⁵ AMBRÜSTER, Christian, «Sanktionen», p. 46, Karsten, SCHMIDT, «Wirtschaftsrecht: Nagelprobe des Zivilrechts – Das Kartellrecht als Beispiel», *AcP* 206 (2006), p. 173.

³⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Autonomía privada», p. 97.

mente peores, de suerte que se contrataría en peores condiciones, se puede afirmar que la competencia en el mercado disminuye o desaparece y, en la misma medida, la libertad contractual debe disminuir o desaparecer. Así, cuando una parte contratante tiene una posición de dominio en el mercado que explota o de la que abusa (art. 2 *Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia*³⁷, artículo 82 *Tratado de Amsterdam*), de manera que se restringen las alternativas a disposición de la otra parte contratante, puede afirmarse que la libertad para elegir a la otra parte contratante también debe restringirse³⁸.

2. En nuestro caso, imponer la obligación de contratar a la parte contratante que se ha negado a contratar con un sujeto por razón de sexo, cuando éste puede disponer de otras alternativas igualmente razonables en el mercado («*negocio de sustitución*»), nos parece una forma de reparación que no es necesaria, adecuada y no guarda proporción con el daño material sufrido, puesto que es posible escoger una medida alternativa que resulta también eficaz y que permite no restringir el principio del libre desarrollo de la personalidad en el que se inserta el principio de libertad contractual³⁹. Esta medida alternativa será la indemnización dineraria del daño sufrido⁴⁰. Ello resulta de aplicación tanto si la parte contratante

³⁷ *BOE*, núm. 159, de 4 de julio de 2007. En adelante, LDC.

³⁸ BYDLINSKI, Franz, «Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges», p. 38; FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, pp. 34-35.

³⁹ El artículo 9 de la *Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista* (*BOE*, núm. 15 de 17 de enero de 1996, en adelante, LOCM) establecía la obligación de vender del titular del establecimiento público en el que se ofrezcan públicamente o se expongan artículos para su venta a favor de los demandantes que cumplan las condiciones de adquisición. La doctrina que ha comentado este precepto considera que, en realidad, el legislador ha empleado impropriamente el término «obligación de vender». Lo único que se ha pretendido es dejar claro que, en estos casos, se trata de una verdadera oferta y no de una mera *invitatio ad offerendum*, por lo que cuando recaiga la aceptación se habrá celebrado el contrato de compraventa (DÍAZ ALABART, Silvia, en PIÑAR MAÑAS, José Luis / BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.), *Comentarios a la Ley de ordenación del comercio minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Madrid, 1997, p. 91). La negativa a vender, esto es, la revocación de la oferta, en la LOCM, conllevaba una infracción (arts. 63 a 67) y una sanción de carácter administrativo (arts. 68 a 71). La LOCM guardaba silencio respecto a las sanciones civiles y a las medidas de reparación, por lo que en relación con ellas era aplicable la legislación civil.

⁴⁰ En realidad, la idea de *desproporción* del cumplimiento específico se encuentra presente 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* (*DOCE*, núm. L 171, de 7 de julio de 1999, pp. 12-16). En efecto, el artículo 3.3 establece que el consumidor podrá exigir al vendedor el cumplimiento específico (reparación o sustitución), salvo que ello resulte imposible o desproporcionado y entiende que es desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables. A tal efecto, da una serie de criterios que deben tenerse en cuenta para valorar la desproporción, en atención al conflicto de intereses concreto que pretende solventar la mentada norma comunitaria y que es diferente del conflicto al que nosotros dedicamos estas líneas. Por otro lado, la doctrina sostiene que el

persona física como si la parte contratante persona jurídica que celebra contratos en masa (*Massengeschäfte*), siempre que existan alternativas en el mercado.

3. En caso de ausencia de alternativas equivalentes en el mercado, deben diferenciarse dos supuestos:

- i) existencia de alternativas de peor condición;
- ii) inexistencia de alternativas.

a) En el primer supuesto, debe tenerse presente que todavía es posible celebrar un «negocio de sustitución», por lo que no resultará proporcional imponer a la parte discriminadora la obligación de contratar. Ahora bien, la indemnización pecuniaria que, en este caso, se deba, deberá comprender la diferencia pecuniaria satisfecha al haber realizado un negocio de sustitución en peores condiciones, además de la indemnización pecuniaria del daño moral.

b) En el segundo supuesto, el daño material que se causa a la parte discriminada será más relevante que, en los casos anteriores (existen alternativas equivalentes o existen pero son de peor condición), por ello aquí sí podría considerarse que la reparación consistente en la obligación de contratar es proporcionada al daño material sufrido, puesto que la medida sólo consistente en la indemnización dineraria no resultaría adecuada, necesaria y proporcional al daño sufrido en el que a la conculcación de su derecho fundamental a ser tratado igual (daño moral) se añade el daño material de no tener acceso al bien o al servicio de que se trate, máxime cuando se trata de bienes o servicios esenciales para el consumidor ⁴¹. Luego, se impondría la obligación de contratar además, en su caso, de una indemnización pecuniaria ⁴² por el daño moral y por el posible daño material ocasionado. De todos modos, siempre existiría un límite a la imposición de la obligación de contratar como reparación del daño en esta hipótesis. En efecto, no se podrá imponer esta medida cuando la parte discriminadora ya haya celebrado el con-

cumplimiento forzoso de la obligación o la reparación *in natura* del daño tiene el límite de la excesiva onerosidad del mismo (VERDERA SERVER, Rafael, *El cumplimiento forzoso*, pp. 169 ss.) criterio éste que, en nuestro supuesto, se traduciría en la falta de relación con el principio de proporcionalidad de la medida, al suponer una limitación de una cláusula general.

⁴¹ La doctrina alemana de los años 70-80 planteaba la *Kontrahierungszwang* en relación, precisamente, con bienes y servicios de primera necesidad o esenciales para el consumidor [BYDLINSKI, Franz, «Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges», pp. 5 ss.; ZÖLLNER, Wolfgang, «Privatautonomie und Arbeitsverhältnis», *AcP* 176 (1976), pp. 224 ss.].

⁴² La combinación entre ambas reparaciones era postulada, para el derecho alemán antes de la existencia de la AGG, por AMBRÜSTER, Christian, «Sanktionen», p. 46.

trato con un tercero de buena fe ⁴³. Si esto es así, sólo procederá la indemnización pecuniaria como reparación a la víctima ⁴⁴.

4. Desde la perspectiva del derecho de daños, se justificaría este planteamiento en el *deber de mitigar los daños* que compete a todo acreedor de una indemnización, de suerte que si por pretender que se condene a la parte discriminadora a que contrate con él, ello determina la pérdida de alternativas equivalentes en el mercado y, consiguientemente, la pérdida de oportunidades de contratar, en la misma medida deberá disminuir la indemnización que deberá satisfacer el deudor (parte discriminadora) ⁴⁵.

V. DIFERENCIAS DE TRATO Y NEGATIVA A CONTRATAR

1. Desde la perspectiva propuesta en este trabajo, se entiende además, en sus justos términos, la norma del artículo 4.5 Directiva 2004/113/CE y del artículo 5.2 LO 3/2007, en las que se permiten diferencias de trato cuando la prestación de bienes y servicios de forma exclusiva o principal a las personas de uno de los sexos esté justificada por un propósito legítimo y los medios para lograr ese

⁴³ A solución similar llega GARCÍA RUBIO, María Paz cuando analiza los supuestos en los que la responsabilidad precontractual se repara con el interés positivo. Concretamente, cuando el cumplimiento *in natura* resulta imposible por haberse perfeccionado el contrato con un tercero de buena fe antes de que recayese la aceptación del primer destinatario de la oferta (*La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Madrid, 1991, pp. 251-252).

⁴⁴ En algún supuesto el TJCE ha considerado que el rechazo discriminatorio de una solicitud de empleo constituye un supuesto legal de daño *ex re ipsa* desde el momento que el empleador puede probar que éste es el único daño que ha sufrido el solicitante, de acuerdo con el artículo 6.2 de la Directiva 76/207/CEE (VAQUER ALOY, Antoni, «El concepto de daño en el derecho comunitario» en *Estudios de derecho de Obligaciones*, Homenaje al Prof. Mariano Alonso Pérez, T. II, Madrid, 2006, p. 877).

⁴⁵ El deber de mitigar los daños se recoge en el derecho comunitario: artículo 3.3 del Reglamento (CE) núm. 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente (DOCE, L. 285, de 17 de octubre de 1997), artículo 5.2 de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DOCE, L. 198 de 23 de junio de 1990, pp. 59-64), artículo 6.3 de la Directiva 97/5/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de enero de 1997 relativa a las transferencias transfronterizas (DOCE, L. 43 de 14 de febrero de 1997, pp. 25-30), artículo 8.2 de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DOCE, L. 210, de 7 de agosto de 1985). Igualmente, aparece recogido en los artículos 77 y 80 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, artículo 9:504 y 9:505 de los Principios europeos de derecho de los contratos (PECL), artículo 7.4.7 y 7.4.8 de los Principios UNIDROIT y artículo 8:101 de los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil (<http://www.egtl.org/principles/project.htm>). En la jurisprudencia del TJCE, debe destacarse el caso GRIFONI I (C-308/87, 1990, L-1203). En el derecho español, vid. art. 123.4 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE, núm. 287, de 30 de noviembre).

propósito sean adecuados y necesarios ⁴⁶. En esa referencia a la «adecuación» y a la «necesidad» el legislador comunitario hace referencia a dos de los subprincipios, vistos en líneas superiores, que conforman el principio de proporcionalidad.

Luego, si, a pesar de existir un «propósito legítimo», las medidas que se adoptan no son adecuadas, necesarias, ni proporcionadas, no habrá diferenciación, sino discriminación. Por ende, no basta con un propósito legítimo para excluir la actuación discriminatoria, sino que es preciso, *además*, que las medidas que se adopten para alcanzar dicho propósito sean adecuadas, necesarias y proporcionadas. En este sentido, y para explicarlo con un ejemplo: una peluquería de señoras en un pueblo donde no existe ninguna otra peluquería, lo que obligaría a los hombres a desplazarse a otro pueblo o a una ciudad próxima, podría entenderse como una medida no proporcionada al propósito legítimo que se persiga; mientras que una peluquería de señoras en una ciudad, en la que existen otras alternativas para los hombres (peluquerías para caballeros o unisex) podría entenderse como una medida adecuada al propósito legítimo perseguido ⁴⁷.

2. Otra cuestión es el debido entendimiento de la expresión «propósito legítimo». El considerando núm. 16 de la Directiva 2004/113/CE nos pone sobre la dirección correcta a la hora de desentrañar qué ha querido decir el legislador comunitario al respecto. En él se advierte que pueden constituir supuestos de propósitos legítimos, por ejemplo, la protección de las víctimas de la violencia por razón de sexo (creación de refugios para personas de un solo sexo), razones de intimidad y decencia, promoción de la igualdad de género o de los intereses de los hombres o de las mujeres, libertad de asociación, organización de actividades deportivas.

En el derecho español, dado el concepto jurídico indeterminado empleado, será una cuestión que deberá analizarse caso por caso ⁴⁸. En cambio, en el derecho alemán, el legislador ha procedido, en

⁴⁶ GARCÍA RUBIO, María Paz, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», La Ley, núm. 6602.

⁴⁷ RIESENHUBER, Karl, «Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft sowie aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen» en LEIBL, Stefan / SCHLACHTER, Monika (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Munich, 2006, Sellier European Law Publishers, pp. 124 ss. Otro supuesto que podría justificarse desde este planteamiento sería, por ejemplo, el de una empresaria musulmana que abre un negocio de masajes para mujeres también musulmanas y se presenta la solicitud por parte de un joven altamente cualificado que es rechazado por ser hombre.

⁴⁸ GARCÍA RUBIO, María Paz, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», La Ley, núm. 6602.

el § 20 (1) AGG, a indicar qué propósitos se consideran legítimos ⁴⁹, lo que, por un lado, proporciona seguridad al intérprete, pero, por otro lado, elimina la flexibilidad que ofrece un concepto jurídico indeterminado. En cualquier caso, lo determinante, tanto en un supuesto como en el otro, será el juicio de proporcionalidad.

VI. ARGUMENTOS ADICIONALES

1. Otro argumento a favor de nuestra tesis lo ofrece el *derecho del trabajo*. La LO 3/2007 no dice nada de si el empresario debería verse obligado a contratar a la parte discriminada. No nos estamos refiriendo a la readmisión por un despido discriminatorio, sino a negarse a contratarla por razón de género.

En el derecho alemán, la AGG, en su § 15 (6), establece que no cabe fundamentar sobre la base de la infracción del § 7 (1) de la misma norma, que es el que establece la prohibición de discriminar en el ámbito laboral, una pretensión al nacimiento de una relación jurídico-laboral. Dicho con otras palabras, no cabe que la parte discriminada exija la celebración del contrato de trabajo al discriminador. Este precepto recoge la nueva redacción dada al § 611a BGB ⁵⁰. Sin embargo, la doctrina que ha comentado el precepto de la AGG ha considerado que, en la medida, que el propio § 15 (5) preceptúa que lo advertido en la AGG no altera ni afecta a otras pretensiones que tuviera la parte discriminada contra la discriminadora, es posible entender que cabría exigir la celebración del contrato por otra vía como la responsabilidad civil ⁵¹.

De hecho, el TJCE ya tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto en una sentencia de 10 de abril de 1984 (*Colson v. Kamann*), en la que se planteó, precisamente, esta cuestión y el órgano europeo entendió que, *in casu*, la Directiva 76/207/CEE no implicaba necesariamente la contratación coactiva del trabajador, sino que los estados miembros debían adoptar todas aquellas medidas necesarias para asegurar que la discriminación no se volviera a producir, además de tener un alcance disuasorio claro ⁵².

⁴⁹ Así, por ejemplo, evitar daños, peligros, protección de la esfera íntima del individuo, seguridad de las personas, ejercicio del derecho a la libertad religiosa, etc.

⁵⁰ HERRMANN, Elke, «Die Abschlussfreiheit – ein gefährdetes Prinzip», *ZfA* 27. Jg. 1/1996, pp. 20 ss.; STEINMEISTER, Ingrid, «Der neue § 611a BGB – Zum Schadenersatz bei geschlechtsspezifischen Diskriminierungen», 12 *Der Personalrat*, 1995, pp. 9 ss.

⁵¹ KOCHER, Eva, en Dagmar SCHIEK (ed.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, Munich, 2007, Sellier European Law Publishers, § 15, p. 275.

⁵² C-14/83, 1984, p. 1891.

En el derecho español, hay que tener en cuenta, por un lado, los artículos 4.2 y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 22 bis de la *Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo*⁵³ y, por otro, la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*⁵⁴, en virtud de la cual se incorpora al ordenamiento jurídico español, la Directiva 2000/43/CEE, cuyo capítulo III recoge las medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato que tengan que ver con el origen racial o étnico, religión o convicción, discapacidad, edad u orientación sexual. Esta norma se aplica no sólo en el ámbito laboral y, concretamente, en el acceso al empleo (art. 29), sino también a la educación, sanidad, prestación y servicios sociales, vivienda y, en general, en la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios. Con base en estas normas, la actuación discriminatoria del empresario en el acceso al empleo se considera «nula» y dará lugar a las responsabilidades pertinentes. La regulación laboral no impone expresamente al empresario la obligación de contratar al trabajador discriminado o a la trabajadora discriminada, lo que no impide, como en el derecho alemán, intentar fundamentar esa medida por otra vía, como la responsabilidad civil.

2. El segundo argumento adicional, que podemos esgrimir, lo extraemos del artículo 2.2 LDC (art. 82 TCE), en virtud del cual, se considera *abuso de posición dominante* «la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios» (letra c). A pesar de la rotundidad con la que se expresa el precepto, la doctrina que ha estudiado esta cuestión sostiene, de forma unánime, que sólo se considerará “abusivo” este comportamiento cuando la parte a la que se ha negado el suministro, que será un empresario, no disponga de otras alternativas equivalentes en el mercado [(art. 2.1 letra b) LDC], pues, en caso contrario, no habrá lugar a solicitar las sanciones pertinentes por abuso de posición dominante y, por tanto, no se podrá exigir que cese ese comportamiento y se imponga la obligación de contratar⁵⁵. Tampoco se considerará, entonces, una situación de competencia desleal (artículo 16.2 *Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal*).

⁵³ BOE, núm. 301, de 17 de diciembre de 2003.

⁵⁴ BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 2003.

⁵⁵ PELLISÉ CAPELL, Jaume, *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*, Pamplona, 2002, pp. 89 ss.

VII. CONCLUSIÓN

En conclusión, los daños que ocasione a la parte perjudicada la negativa a contratar con ella, sólo conllevarán una reparación que consista en la obligación de contratar con ella, cuando así lo solici-tare ⁵⁶, primero, en caso de que no exista alternativa en el mercado; segundo, no se haya celebrado por el discriminador el contrato con un tercero de buena fe y, tercero, estén determinados o sean deter-minables los otros elementos esenciales del contrato (art. 708 LEC, art. 1262 CC).

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Autonomía privada y derechos fundamentales», *ADC*, 1993.
- ARAGÓN REYES, Manuel: «Constitución económica y libertad de empresa», *Estudios jurídicos en Homenaje al prof. Aurelio Menéndez Menéndez*, t. I, Madrid, 1996.
- ARMBRÜSTER, Christian: «Sanktionen wegen Diskriminierung», *KritV*, 2005.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Principio de igualdad y derecho priva-do», *ADC*, 1990.
- BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos funda-mentales*, Madrid, 2005.
- BUSCHE, Jan: «Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen bei Verletzung richtliniendeterminierter Diskriminierungsverbote» en Stefan LEIBLE/ Monika SCHLACHTER (eds.): *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Munich, 2006. Sellier European Law Publishers.
- BYDLINSKI, Franz: «Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwan-ges», *AcP* 180 (1980).
- CANARIS, Claus-Wilhelm: «Grundrechte und Privatrecht» *AcP* 184 (1984).
- CARRASCO PERERA, Ángel: «El principio de no discriminación por razón de sexo», *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, 1991.
- CIDONCHA, Antonio: *La libertad de empresa*, Pamplona, 2006.
- DÍAZ ALABART, Silvia, en José Luis PIÑAR MAÑAS/Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.): *Comentarios a la Ley de ordenación del comercio minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Madrid, 1997.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María: *Sistema de derechos fundamentales*, 2.^a edic., Madrid, 2005.
- FLUME, Werner: *El negocio jurídico*, 4.^a edic., trad. por MIQUEL GONZÁLEZ, José María / GÓMEZ CALLE, Esther, Madrid, 1998.
- GAIER, Reinhard / WENDTLAND, Holger: *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG. Ein Einführung in das Zivilrecht*, Munich, 2006.

⁵⁶ Por otro lado, como destaca BUSCHE, Jan («Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen bei Verletzung richtliniendeterminierter Diskriminierungsverbote», pp. 171 ss.), desde un punto de vista práctico, es poco recomendable exigir la celebración del contrato a la persona, que se ha negado a ello, en previsión de conflictos futuros.

- GARCÍA TORRES, Jesús / JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», *La Ley*, núm. 6602.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Madrid, 1991.
- HERRMANN, Elke: «Die Abschlussfreiheit – ein gefährdetes Prinzip», *ZfA* 27. Jg. 1/1996.
- KOCHER, Eva: en Dagmar SCHIEK (ed.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, Munich, 2007, Sellier European Law Publishers, § 15.
- KORELL, Julia: «Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht?», *JURA* 1/2006.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, 2000.
- PELLISÉ CAPELL, Jaume: *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*, Pamplona, 2002.
- RIESENHUBER, Karl/FRANCK, Jens-Uwe: «Verbot des Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht», *JZ* 11/2004.
- RIESENHUBER, Karl: «Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft sowie aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen» en Stefan LEIBLE/Monika SCHLACHTER (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Munich, 2006, Sellier European Law Publishers.
- RITTNER, Fritz: «Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb», *AcP* 188 (1988).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel / FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. Fernanda: *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, en Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coord.): *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Valencia, 2006.
- SANZ CABALLERO, Susana: «Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres» en María Josefa RIDAURA MARTÍNEZ/Mariano J. AZNAR GÓMEZ, *Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, 2004.
- SCHIEK, Dagmar, en Dagmar SCHIEK (ed.): *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, Munich, 2007, Sellier European Law Publishers, § 21.
- SCHMIDT, Karsten: «Wirtschaftsrecht: Nagelprobe des Zivilrechts – Das Kartellrecht als Beispiel», *AcP* 206 (2006).
- STEINMEISTER, Ingrid: «Der neue § 611a BGB – Zum Schadenersatz bei geschlechtsspezifischen Diskriminierungen», *12 Der Personalrat*, 1995.
- VAQUER ALOY, Antoni: «El concepto de daño en el derecho comunitario» en *Estudios de derecho de obligaciones*, Homenaje al Prof. Mariano Alonso Pérez, t. II, Madrid, 2006.
- VENEGAS GRAU, María: *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Madrid, 2004.
- VERDERA SERVER, Rafael: *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995.
- VON KOPPFELDS, Katharina: «Das Ende der Vertragsfreiheit?», *WM*, 29/2002.
- VON MÜNCH, Igo, en Pablo SALVADOR CODERCH, / Josep FERRER I RIBA, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, 1997.
- ZÖLLNER, Wolfgang: «Privatautonomie und Arbeitsverhältnis», *AcP* 176 (1976).

Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamiento de futuro*

MARTA PÉREZ ESCOLAR

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Valladolid

RESUMEN

El trabajo que se presenta aborda el tema de los derechos sucesorios legales que el Código Civil español concede al cónyuge superviviente desde una perspectiva renovadora que parte de la insatisfacción que a todos los niveles genera la situación actual. El progresivo protagonismo sociológico alcanzado por la relación marital en el seno del núcleo familiar determina la necesidad de plantearse una revisión tanto de su posicionamiento en el orden de suceder abintestato como del alcance de sus derechos legitimarios, aspecto este último que se inserta además en el cuestionamiento general a que se encuentra sometida la legítima como institución.

Para todo ello se cuenta con las tendencias legislativas en la materia que se han venido manifestando en los últimos años, tendencias entre las que hay que destacar las marcadas por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que en su reforma de los presupuestos subjetivos de la sucesión intestada y de la legítima del cónyuge ha venido a reafirmar el fundamento de tales derechos en la afectividad que de ordinario caracteriza a la relación conyugal.

SUMARIO: I. *Planteamiento.*—II. *Sucesión intestada:* 1. Posicionamiento del cónyuge superviviente en el orden de suceder establecido por el

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación que lleva por título «Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Su proyección en Castilla y León» (Ref. : VA057A05), financiado por la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León y dirigido por la prof. Dra. doña Teodora F. Torres García, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valladolid.

Código Civil. Visión crítica. 1.1 Fundamento del llamamiento: ¿cónyuge *versus* ascendientes del causante? 1.2 Sucesión hereditaria y protagonismo del cónyuge: manifestaciones legislativas de esta tendencia. 2. El problema de los bienes privativos: ¿posibilidad de una sucesión en usufructo?—III. *Legítima*: 1. Sentido actual del sistema legitimario del Código Civil. En particular, de la legítima del cónyuge supérstite. 1.1 Introducción. 1.2 Descendientes. 1.3 Ascendientes. 1.4 Cónyuge supérstite. 2. Tendencias legislativas. 2.1 Su incidencia en la naturaleza jurídica de la legítima: las Leyes 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, y 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. 2.2 Modificación de los presupuestos subjetivos de la legítima viudal: la Ley 15/2005, de 8 de julio. 2.2.1 Introducción. 2.2.2 Separación judicial. 2.2.3 Separación de hecho. 2.2.4 Reconciliación conyugal.—IV. *Bibliografía citada*.

I. PLANTEAMIENTO

El presente trabajo pretende abordar los diversos aspectos que plantean los derechos sucesorios reconocidos al cónyuge supérstite en el Código Civil con respecto a la herencia de su consorte premuerto desde una perspectiva renovadora, pues es evidente que nos encontramos ante una cuestión cuyo interés, derivado en buena medida del alto componente sociológico que presenta, se ha acrecentado enormemente desde el momento en que la legislación vigente ha dejado de representar una respuesta jurídica adecuada frente a la realidad social ¹.

Así, nos encontramos con que en la actualidad las dos vertientes que presentan tales derechos sucesorios desde el punto de vista legal cuentan con un reconocimiento deficitario en función de lo que constituye la estructura familiar típica de nuestros días, en la que cada vez cobra mayor protagonismo la relación marital. Por un lado, la posición sucesoria que el cónyuge sobreviviente ostenta en el sistema de sucesión intestada, que deriva de la modificación que introdujo a este respecto la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y que sitúa su llamamiento a la herencia en defecto de descendientes y ascendientes del causante (art. 944 CC) seguramente ya no se corresponda con los fundamentos de unas relaciones de familia que, veinticinco años después de la citada reforma, se han concentrado aun más en torno al núcleo conyugal. De otra parte, la legítima del cónyuge (arts. 807.3.º y 834 a 839 CC) habrá de verse también

¹ Sin perjuicio de la cautela con que hay que abordar este tipo de reformas sucesorias, que afectarán a normas profundamente arraigadas en nuestro ordenamiento jurídico y en la misma conciencia social que ha venido aceptándolas como válidas durante mucho tiempo.

afectada, en su sentido y extensión, como consecuencia del propio cuestionamiento a que se encuentra sometida la institución legitimaria con carácter general, cuestionamiento que si bien es cierto que tiene que derivar en la revisión de algunos de sus pilares más importantes, reclama no obstante importantes matizaciones en relación con la figura del cónyuge superviviente.

El tema ha de enmarcarse además en un panorama que tenga en cuenta las tendencias marcadas en los últimos tiempos por otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, particularmente, el caso de la Ley núm. 1135, de 3 de diciembre de 2001, que ha modificado el Código Civil francés asumiendo como primer objetivo el proporcionar al cónyuge superviviente una mejor posición en el orden sucesorio, anteriormente muy desfasada, a través de la realización de una reforma en profundidad de su sucesión legal, sucesión legal que está establecida, al igual que en el caso del Código Civil, sobre la base de un sistema subjetivo de órdenes sucesorios ². Además, en un ámbito sucesorio que se articula sobre la base de principios muy distintos pero que permite demostrar la interrelación que existe en la práctica con nuestro sistema a la hora de valorar la situación del cónyuge sobreviviente con respecto a la herencia del causante, habremos de tener también en cuenta la reafirmación de los fundamentos del derecho de viudedad aragonés que se ha producido como consecuencia de su reforma por la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad.

Por último, la incidencia en la naturaleza jurídica de la legítima que se ha producido por obra de las Leyes 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, y 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad; la tendencia manifestada por esta última hacia la concesión de un mayor protagonismo sucesorio al cónyuge que sobrevive a través de la modificación del artículo 831 CC, así como la reforma de los presupuestos subjetivos de su sucesión intestada y de su legítima realizada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, obligan a realizar un nuevo análisis de su posición sucesoria legal y, en último término, de la tendencia que en su caso pudieran representar estas modificaciones en relación con una hipotética y futura reforma más profunda de los derechos del cónyuge superviviente en la herencia de su consorte premuerto.

² *Loi num. 2001-1135, du 3 décembre 2001, relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral*, en vigor desde el 1 de julio de 2002 (art. 25). Cfr. *Journal Officiel* de 4 de diciembre de 2001.

II. SUCESIÓN INTESTADA

1. POSICIONAMIENTO DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE EN EL ORDEN DE SUCEDER ESTABLECIDO POR EL CÓDIGO CIVIL. VISIÓN CRÍTICA

1.1 FUNDAMENTO DEL LLAMAMIENTO: ¿CÓNYUGE *VERSUS* ASCENDIENTES DEL CAUSANTE?

El tema de la justificación del orden de suceder *abintestato* establecido en cada momento por la ley ha sido tradicionalmente discutido a partir de puntos de vista diversos que, por haber sido analizados en otro lugar, no van a constituir objeto de estudio en este momento. Sin embargo, sí conviene recordar que el principio prioritario que informa los llamamientos a la sucesión intestada tiene un origen netamente romanista que se plasma en el llamado criterio de la voluntad presunta del causante, es decir, en la consideración de lo que una persona media o típica hubiera querido en relación con el destino *post mortem* de su patrimonio de haberse manifestado su voluntad en este sentido o haberse realizado válidamente dicha manifestación de voluntad ³.

Nos encontramos, por tanto, ante una fundamentación de lo que debe ser la jerarquía de llamamientos a la sucesión legal que opera sobre la base de una valoración presuntiva, que presenta los inconvenientes inherentes a la realización toda conjetura o presunción pero que tampoco puede ser de otra naturaleza en la medida en que la función de este tipo de sucesión hereditaria radica precisamente en constituir un conjunto de reglas que determinen qué hacer con el patrimonio de una persona fallecida cuando ésta no ha dispuesto nada al respecto o no lo ha hecho válidamente, para lo cual es forzoso decidir de manera primordial de acuerdo con lo que en cada situación histórica se considere más conforme con la voluntad de un causante medio o típico ⁴.

Sobre esta base, el análisis de la posición que el cónyuge supérstite ostenta en la sucesión intestada como heredero legal, en defecto de descendientes y ascendientes del difunto (art. 944 CC), ya nos llevó en su momento a la conclusión de que esta ubicación en el orden de llamamientos no se corresponde con las demandas de la sociedad actual, en la que la nuclearización de la familia

³ Una exposición de las distintas teorías que se han formulado para justificar el fundamento filosófico-jurídico de la sucesión intestada, puede verse en PÉREZ ESCOLAR, M., *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 59 ss.

⁴ Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 75 ss.

tiende a dar preferencia a su posición hereditaria frente a los ascendientes del causante, y, en general, al vínculo convivencial sobre el parental. En este sentido, se propuso una reforma del Código Civil que, a semejanza de lo que el legislador catalán hizo en su día a través de los artículos 13 a 15 de la Ley 9/1987, de 25 de mayo, de Sucesión Intestada (LSI), posteriormente recogidos por los vigentes artículos 333 a 335 del Código de Sucesiones de Cataluña (CSC), aprobado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre, antepusiera al cónyuge sobreviviente sobre dichos ascendientes en la jerarquía legal de llamamientos ⁵.

Por otro lado, pero compartiendo la misma justificación, habría que situar en igual lugar del orden sucesorio, según también consideramos en su momento, al conviviente superviviente de una pareja estable ⁶. A este respecto, la posibilidad instaurada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, en materia de derecho a contraer matrimonio, de que las parejas homosexuales accedan al vínculo conyugal, no afecta a este tipo de planteamientos en la medida en que el derecho a suceder *abintestato* tiene su fundamento en una presunción de afecto hacia el llamado que es consecuencia, en estos casos, de la convivencia y no de la existencia de matrimonio, como así lo demuestra el artículo 945 CC al incluir entre las causas de exclusión del derecho a suceder a la separación de hecho entre los cónyuges al tiempo del fallecimiento de uno de ellos.

La operatividad de este presupuesto subjetivo ha dejado además de estar condicionada desde la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en función de que se trate de una crisis conyugal que se haya producido de mutuo acuerdo y conste fehacientemente: ambas circunstancias han desaparecido como requisitos que, según la versión anterior del artículo 945 CC, habían de acompañar a dicha situación de separación de hecho para que la misma pudiera actuar como causa de exclusión de la condición de heredero intestado del cónyuge superviviente, de tal manera que ahora la sola existencia de tal situación, determinante de la desaparición de la convivencia y, por tanto, de la *affectio maritalis*, da lugar a la exclusión del derecho del sobreviviente de heredar al causante ⁷. Así las cosas, es evidente que este

⁵ En concreto, el artículo 333 CSC, equivalente al antiguo artículo 13 LSI, dice así: «De fallecer el causante sin hijos ni descendientes, le sucederá el cónyuge sobreviviente». Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 85 ss, 149 ss, 234 ss.

⁶ Vid. PÉREZ ESCOLAR, op. ult. cit., pp. 203 ss.

⁷ En la misma línea, la Ley 15/2005 ha modificado también el artículo 945 CC sustituyendo la mención que anteriormente contenía a la separación «por sentencia firme» por

fundamento convivencial del derecho a suceder habrá de derivar no sólo en la consideración en la jerarquía de llamamientos del conviviente supérstite sino también en la de otras categorías de herederos cuyos derechos puedan derivar igualmente de situaciones de convivencia con el causante reguladas por la ley ⁸.

No hay que olvidar que la valoración de este tipo de propuestas relativas al posicionamiento de las diferentes categorías de herederos legales en el orden de suceder ha de realizarse siempre teniendo en cuenta el juego del sistema legitimario en la propia sucesión intestada, compatible e independiente, pues es obvio que una de las virtudes de la legítima radica precisamente en la matización que introduce en este tipo de sucesión de los llamamientos hereditarios de origen romano, en principio absolutos, a toda la herencia y en plena propiedad, permitiendo de esta manera que participen en el reparto de la herencia personas que no pertenecen al orden sucesorio llamado, tal es el caso del cónyuge supérstite, cuya legítima concurrente con los órdenes antepuestos le permite recibir en todo caso una porción mínima e intangible de contenido usufructuario (arts. 834, 837 y 838 CC), y sería el caso de los ascendientes del causante si efectivamente fueran pospuestos al cónyuge en el orden de suceder que establece el Código Civil, pues gracias a la legítima tendrán siempre garantizada una cuota de participación en la herencia de su descendiente fallecido que según la legislación vigente se corresponde con un tercio del caudal computable a efectos del cálculo de dicha legítima en plena propiedad (art. 809, *in fine*, CC) ⁹.

la relativa a la situación de «separado judicialmente», pues la sola existencia de una situación de crisis conyugal como es la separación judicial, en la que igualmente se evidencia la inexistencia de *affectio maritalis*, es suficiente a efectos de determinar la pérdida del derecho a suceder del cónyuge supérstite con independencia de que la sentencia que la declare sea firme o no.

⁸ Así, el artículo 8 de la Ley catalana 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores, prevé derechos sucesorios a favor del acogedor en la sucesión intestada del acogido cuando la convivencia entre ellos haya tenido una duración mínima de cuatro años, en concreto, a una porción de los bienes de la herencia o a su equivalencia en dinero, a elección de los herederos, que represente la cuarta parte del valor de dicha herencia, con la parte proporcional de frutos o rentas por ella producidos o también de su equivalencia en dinero a contar desde la muerte del causante, y para los supuestos de concurrencia con sus descendientes, cónyuge, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o adopción. En defecto de éstos o de premoriencia de los hijos de los colaterales, las personas acogedoras que lo hayan sido con las condiciones de convivencia anteriormente referidas son llamadas a la totalidad de la herencia.

⁹ La existencia de este tipo de criterios de reparto sucesorio hace innecesario, a mi juicio, el planteamiento de un hipotético sistema de cuotas hereditarias concurrentes en la sucesión intestada que se atribuyan a las personas que en cada caso sean más próximas al causante: el propio sistema legitimario, particularmente, la legítima de ascendientes y cónyuge, cumple ya una función similar «atemperando» cuando es necesario los llamamientos de los herederos antepuestos y respetando con ello al mismo tiempo las raíces romanistas del Derecho de sucesiones contenido en el Código Civil, tanto en materia de legítima como de sucesión intestada.

Se trataría, en definitiva, de invertir el planteamiento actual de distribución de la herencia intestada en ausencia de descendientes con derecho a suceder, ascendientes herederos (art. 935 CC) y cónyuge legitimario (art. 837 CC), sobre la base sociológica de la concentración del grupo familiar que se produce en torno al núcleo de convivencia conyugal, que nos llevaría a priorizar al cónyuge como heredero quedando los ascendientes como legitimarios.

Pues bien, la oportunidad de hacer efectiva esta mejora de los derechos sucesorios del cónyuge podría considerarse que se ha dejado pasar con la promulgación de la aludida Ley 15/2005, que, dedicando su «Artículo segundo» a la «modificación de la regulación de los derechos del cónyuge viudo en el Código Civil», se ha limitado, por un lado, a reformar los presupuestos subjetivos que condicionan la procedencia de su legítima (arts. 834 y 835 CC) y de su llamamiento hereditario a la sucesión intestada (art. 945 CC), y, por otro, a suprimir la disposición contenida en el antiguo art. 837 párrafo segundo CC, inconstitucional por establecer una desigualdad de trato injustificada por razón de filiación¹⁰.

El legislador ha subsanado así, de manera acorde con el espíritu netamente voluntarista y carente de valoraciones subjetivas de la nueva legislación matrimonial, los aspectos más urgentes que planteaba la sucesión entre cónyuges, pero le queda como asignatura pendiente la aludida mejora de la posición del supérstite en la sucesión intestada. Ello deberá seguramente enmarcarse en una reforma más amplia de nuestro Derecho sucesorio que revise otras instituciones implicadas, particularmente, y en un contexto que no sólo tenga en cuenta el supuesto en que el cónyuge es llamado a la sucesión no existiendo descendientes del causante, la naturaleza y extensión de la legítima de estos últimos y la del propio cónyuge, cuestiones estas últimas a las que nos referiremos más adelante.

¹⁰ La consideración de la concurrencia del cónyuge supérstite con hijos «sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos», antiguamente llamados «adulterinos», a efectos de la determinación de la extensión de la cuota legitimaria viudal (antiguo art. 837 párrafo segundo CC) y de la concordante facultad de dicho cónyuge para solicitar su conmutación en este supuesto (antiguo art. 840 CC) era discriminatorio para este tipo de hijos en la medida en que se les obligaba a soportar un gravamen usufructuario correspondiente a tal legítima mayor que si fueran hijos matrimoniales (de la mitad y no de un tercio del caudal computable a efectos de su cálculo). *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, *op. cit.*, pp. 257 ss. La Ley 15/2005 ha dado una nueva redacción a este artículo 840 CC determinando el derecho del cónyuge viudo a exigir la conmutación de su legítima en los supuestos de concurrencia con hijos «sólo del causante», es decir, con hijos no comunes (concebidos constante el matrimonio de ambos o antes de su celebración).

1.2 SUCESIÓN HEREDITARIA Y PROTAGONISMO DEL CÓNYUGE: MANIFESTACIONES LEGISLATIVAS DE ESTA TENDENCIA

La defensa de la propuesta de anteposición del cónyuge superviviente frente a los ascendientes del causante en el orden de suceder *abintestato* consagrado en nuestro Código Civil cuenta, aparte de con los argumentos intrínsecos a la proposición en cuestión, con los que se derivan de la línea seguida por las últimas reformas legislativas que han afectado al Derecho de sucesiones contenido en dicho cuerpo legal o en otros ordenamientos jurídicos próximos, pues todas ellas vienen marcadas por la tendencia que supone otorgar al cónyuge un mayor protagonismo en la sucesión hereditaria, bien sea directamente en su posición de heredero legal, bien sea en relación con el ejercicio de funciones íntimamente ligadas al papel que desempeña un continuador del causante y que por ello son también representativas de ese protagonismo que últimamente se le viene reconociendo en este ámbito.

Con respecto a lo primero, habría que volver a traer a colación tanto la aludida reforma de la sucesión intestada catalana operada en 1987 como, posteriormente, la ley francesa de 3 de diciembre de 2001, que ha modificado en profundidad el orden de suceder contenido en el *Code Civil* anteponiendo al cónyuge superviviente en la jerarquía de llamamientos no sólo frente a todo tipo de parientes colaterales del causante (con anterioridad sólo era llamado en defecto de hermanos e hijos de hermanos) sino también frente a los denominados ascendientes no privilegiados, es decir, distintos a los padres del difunto (art. 757-2)¹¹. Al tiempo, se ha establecido un nuevo sistema de cuotas concurrentes en la misma sucesión legal para los casos en que el cónyuge se presente en concurso con descendientes y/o ascendientes privilegiados (arts. 757 y 757-1)¹² cuyo sentido debe encontrarse en la ausencia histórica de fundamentación institucional en el Derecho sucesorio francés para hacer al cónyuge destinatario en todo caso de una porción sucesoria mínima garantizada en concepto de *réserve*. Esta carencia ha sido relativamente superada con la misma reforma legislativa de 2001, pero de manera muy restringida, pues sólo se le ha reconocido una porción de *réserve* con carácter subsidiario, en defecto de descendientes y ascendientes del causante con dicha reforma de 2001 y en defecto únicamente de descendientes desde la modificación del ar-

¹¹ Vid. FORGEARD, M. - C. / CRÔNE, R. / GELOT, B., *La réforme des successions. (Loi du 3 décembre 2001)*. Commentaire & Formules. Répertoire du notariat Defrénois. Paris, 2002. pp. 8 y 9.

¹² Vid. FORGEARD, M. - C. / CRÔNE, R. / GELOT, B., *La réforme des successions, ...*, *op. cit.*, pp. 13 ss.

título 914-1 del *Code Civil* por la *Loi num. 2006-728, du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités*¹³, con lo cual el problema de su participación en la sucesión legal en concurso con tales descendientes se sigue teniendo que resolver a través del aludido sistema de cuotas concurrentes.

Por lo que se refiere a la segunda manera en que se ha manifestado últimamente el creciente protagonismo del cónyuge supérstite en la sucesión hereditaria, hay que hacer mención a la reforma del artículo 831 CC que se ha producido por obra de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, a través de la cual se han incrementado muy notablemente las posibilidades del testador en relación con la delegación de la facultad de mejorar en el cónyuge o, también ahora, conviviente supérstite, que de acuerdo con ello pueden resultar destinatarios de amplísimas atribuciones para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos y descendientes comunes, y, por tanto, de un importante poder familiar que les coloca desde este punto de vista como continuadores de la voluntad del causante.

Ello permite, como dice la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los hijos sea una persona con discapacidad aplazándola a un momento posterior en el que se puedan valorar adecuadamente las necesidades de dicha persona de acuerdo con sus circunstancias familiares, con lo cual se crea de esta manera una figura de protección patrimonial indirecta de los discapacitados que toma por fundamento las facultades de valoración y decisión del cónyuge o conviviente supérstite a propósito de cómo efectuar el reparto de la herencia de su consorte o compañero fallecido¹⁴. El precepto tiene además otro ámbito de aplicación propio en relación con el artículo 1056 párrafo segundo CC, el que se refiere a la postergación de la elección de sucesor en la empresa familiar a un momento posterior al de la muerte de uno de los progenitores en el que pueda igualmente valorarse de forma adecuada la idoneidad de cada uno de los candidatos¹⁵, y, en definitiva, representa una manera de conceder un importante protagonismo al cónyuge sobreviviente en la sucesión del causante en cuanto se le hace depositario de máxima confianza de

¹³ Que ha suprimido, como veremos, la *réserve* de los ascendientes. Cfr. *Journal Officiel* de 24 de junio de 2006. Fecha de entrada en vigor: 1 de enero de 2007 (art. 47).

¹⁴ Cfr. Exposición de Motivos, VII.

¹⁵ Vid. GARRIDO DE PALMA, V. M., *Los nuevos artículos 831 y 1056.2.º del Código Civil. Algunas aplicaciones*. (Libro Homenaje al profesor don Manuel Albaladejo García. Tomo I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Universidad de Murcia. Murcia, 2004, pp. 2026 ss).

lo que hubiera sido su voluntad en relación con ambos tipos de problemáticas.

2. EL PROBLEMA DE LOS BIENES PRIVATIVOS: ¿POSIBILIDAD DE UNA SUCESIÓN EN USUFRUCTO?

Cabe la posibilidad de que la propuesta de anteposición del cónyuge superviviente sobre los ascendientes del causante en el orden de suceder *abintestato* establecido por el Código Civil se considere excesiva o no conforme con el fundamento de la sucesión intestada por lo que se refiere a la sucesión en los bienes privativos del causante, respecto de los que la mentalidad social vigente sigue tendiendo mayoritariamente a permitir al cónyuge sobreviviente el disfrute vitalicio de los mismos pero con el importante condicionamiento que supone su reversión a los parientes consanguíneos del premuerto una vez que se produzca el fallecimiento de aquél, pues se piensa que, si bien es de justicia mantenerle en dicho disfrute mientras viva, en último término será también lo más equitativo perseguir que tales bienes privativos del causante vuelvan a su propia familia en lugar de desviarse injustificadamente a la familia de su cónyuge, o, incluso, en el peor de los casos, a la de un hipotético segundo o posterior consorte ¹⁶.

Partiendo de esta valoración, consideramos prudente acompañar la aludida propuesta de anteposición del cónyuge superviviente sobre los ascendientes del causante de una cautela que afectara a este tipo de bienes privativos consistente en que dicho cónyuge reciba únicamente el usufructo vitalicio de los mismos, quedando durante su vigencia en calidad de nudos propietarios los parientes del premuerto que, de no haber existido cónyuge sobreviviente en condiciones de recibirlos, los hubieran heredado en plena propiedad ¹⁷. De esta manera, la relación de independencia entre régimen económico del matrimonio y derechos sucesorios del cónyuge que

¹⁶ La mejor prueba de estas afirmaciones la encontramos en la sucesión testamentaria, que entre cónyuges se articula frecuentemente a través de disposiciones que conceden el usufructo vitalicio del patrimonio hereditario de cualquiera de ellos al que en su caso sobreviva, quedando entretanto como nudos propietarios los legitimarios (art. 820.3.º CC) o, en su caso, otros parientes consanguíneos del causante. Así lo pone de manifiesto RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *La Cautela galdense o Socini y el artículo 820.3º del Código Civil*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 17. En el ámbito notarial, GARRIDO DE PALMA, *Los nuevos artículos 831 y 1056.2.º del Código Civil, ..., op. cit.*, p. 2028. Expresamente a favor de la consideración del principio de troncalidad en la sucesión intestada a la que no concurren descendientes del causante, CALATAYUD SIERRA, A.: *Consideraciones acerca de la libertad de testar*, Revista de la Academia Sevillana del Notariado, 1996, pp. 248 y 249, 255.

¹⁷ Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 236 ss.

entendemos debe presidir la política legislativa que se siga a la hora de decidir la extensión de estos últimos sería compatible con la consideración de la naturaleza de los bienes del patrimonio relicto del cónyuge premuerto con la finalidad de conseguir una regulación que atienda a todos los intereses en conflicto de la manera más correcta posible ¹⁸.

La técnica usufructuaria entendemos que es la única que permite resolver tales intereses en conflicto que se presentan en herencias en las que faltan descendientes herederos y existen bienes privativos del cónyuge fallecido. Por tanto, entendido en estos términos, el sistema de sucesión del supérstite en usufructo vitalicio no incorpora una connotación de desconfianza hacia su persona, pues toma por fundamento una presunta voluntad del causante que únicamente pone de manifiesto la preferencia que de ordinario tendrá por los parientes consanguíneos propios frente a los de su consorte.

Sistemas sucesorios de Derecho comparado próximos al de nuestro Código Civil, que asumen por finalidad la división hereditaria, no son ajenos a este tipo de propuestas dirigidas a distinguir entre bienes comunes y privativos a efectos de que el cónyuge sólo reciba sobre estos últimos, en su caso, el usufructo vitalicio, encontrándose así una disposición de esta índole para el supuesto en que concurra a la herencia con parientes del causante que no sean descendientes en el artículo 745 bis del *Code civil* belga ¹⁹. Con unos

¹⁸ Véanse las explicaciones que a este respecto dimos en *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 228 ss, especialmente, 232 ss: la disolución de un patrimonio común, cuya existencia depende de la autonomía de la voluntad, en caso de muerte de uno de los cónyuges, constituye algo completamente distinto de la atribución de derechos sucesorios al sobreviviente, que ejercerá sobre el patrimonio relicto del premuerto (eventualmente integrado por el resultante de la liquidación de ese patrimonio común) como si de cualquier otro tipo de sucesor se tratara. En el mismo sentido, la elección de un determinado régimen económico matrimonial (comunitario o de separación) no prejuzga, en mi opinión, la voluntad presunta de un cónyuge respecto del otro desde el punto de vista sucesorio.

En esta línea, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de marzo y 18 de junio de 2003 (*Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* núms. 3949 y 4467, respectivamente) interpretan la mención final del artículo 9.8 CC a «los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite» (que «se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio») en el sentido de que éstos son los que se deriven en cada caso de su «estatuto primario patrimonial», es decir, atribuciones legales de carácter familiar, entre los que habría que incluir las viudedades forales, pero no los derechos propiamente sucesorios, como sería el llamamiento a la sucesión intestada, que responden a un fenómeno distinto y que se regirán siempre por la ley personal del causante (art. 9.8, primer inciso, CC) con independencia del régimen económico matrimonial que hubiera estado vigente en cada caso.

¹⁹ Desde la modificación operada en este sentido por la ley de 14 de mayo de 1981. Vid. RENCHON, J. L.: *Le statut successoral du conjoint survivant: état du droit et réflexions critiques*. (Le statut patrimonial du conjoint survivant. Actes de la 5 Journée d'études juridiques Jean Reanuld. Centre de Droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'Université Catholique de Louvain. Bruylant. Bruxelles, 2004, pp. 10 y 11: «Si le législateur belge a opté, en 1981, pour des droits successoraux en usufruit, ..., c'est parce qu'il a

objetivos distintos, de mantenimiento del cónyuge al frente de la familia, baste recordar los sistemas de sucesión intestada de Aragón, Navarra y Vizcaya, que demuestran la vigencia de los criterios de conservación del patrimonio hereditario en el grupo familiar del causante al articular los llamamientos sobre la base de la distinción entre bienes no troncales, únicos a los que en principio puede ser llamado como heredero el cónyuge que sobrevive, y bienes troncales, respecto de los que se le hace destinatario de un derecho de usufructo ²⁰.

Con una reforma de este tipo se conseguiría, además, superar la discordancia de *ratio* que actualmente existe entre el artículo 944 CC, que determina la sucesión del supérstite con preferencia a los parientes (hoy sólo colaterales) del causante, directamente y sobre todos los bienes hereditarios, y la reserva troncal del artículo 811 CC, que, intocado desde 1889, impide que se produzca el efecto anterior en el supuesto especial de que el cónyuge reciba los bienes de su consorte premuerto a través de un descendiente común intermedio que los herede primero, pues ambos preceptos aparecerían guiados por el mismo espíritu de evitar el traspaso de los bienes privativos del cónyuge premuerto a la familia del sobreviviente o de un hipotético posterior consorte ²¹.

Por otro lado, las objeciones que tradicionalmente se han formulado contra el sistema de sucesión en un usufructo vitalicio que se relacionan con su carácter antieconómico, contrario a la libre circulación de bienes, en la medida en que produce un desmembramiento de la propiedad que vendría a ser algo desfasado en relación con lo que constituye la coyuntura económica moderna, tampoco pueden aceptarse sin más cuando las reformas más recientes operadas en materia de sucesión intestada en ordenamientos jurídicos próximos que, además, son los más avanzados, han seguido contemplando e, incluso, fomentando, la sucesión en usufructo en el orden de llamamientos: así, por un lado, la

voulu maintenir, à terme, lors du décès ultérieur du conjoint survivant, le principe de la transmission intergénérationnelle et intrafamiliale du patrimoine du défunt»).

Por su parte, los artículos 3570 y siguientes del Código Civil argentino articulan toda la sucesión intestada del cónyuge sobreviviente sobre la base de la distinción entre bienes privativos y bienes gananciales del causante.

²⁰ Usufructo universal sobre todos los bienes hereditarios, troncales y no troncales, en el caso de los famosos «derechos de viudedad» de Aragón y Navarra, y usufructo de una cuota bastante amplia, que también es susceptible de recaer sobre todo tipo de bienes, en el de la legítima usufructuaria de Vizcaya, cuya finalidad no es la asistencia del cónyuge sino, al igual que en los derechos de viudedad, mantenerle al frente de la comunidad familiar (por eso se pierde por segundo matrimonio o vida marital con otra persona). *Vid. PÉREZ ESCOLAR, El cónyuge supérstite en la sucesión intestada, op. cit., pp. 157 y ss.*

²¹ *Vid. PÉREZ ESCOLAR, El cónyuge supérstite en la sucesión intestada, op. cit., pp. 341 y ss, especialmente, 346 y 347.*

sucesión intestada catalana, que al igual que la del Código Civil asume por objetivo la división hereditaria, sigue concediendo al cónyuge superviviente un usufructo universal en concurrencia con descendientes del causante (arts. 323 párrafo tercero y 331 CSC)²²; de otra parte, la sucesión intestada francesa, que se fundamenta sobre los mismos principios divisorios del patrimonio del causante, ha conservado también con la ley de 3 de diciembre de 2001 un posible llamamiento del cónyuge en usufructo sobre la totalidad de la herencia en concurso con descendientes comunes (art. 757 del *Code civil*).

Además, en este último caso, el legislador francés ha mostrado una clara preferencia por el sistema de sucesión en usufructo al establecer que en caso de que el cónyuge sobreviviente no ejercite en un plazo de tres meses tras la apertura de la sucesión la opción que se le concede en este supuesto de concurrencia, con descendientes comunes, entre recibir un cuarto de la herencia en plena propiedad o la totalidad en usufructo vitalicio, o incluso fallezca sin haberla ejercitado, se entiende que opta, u optó, en caso de fallecimiento, por el usufructo vitalicio (arts. 758-3 y 758-4), lo cual entendemos que toma por fundamento una acertada presunción sobre lo que hubiera querido prioritariamente de manifestar o haber podido manifestar su voluntad en este sentido.

Por añadidura, en un ámbito ajeno a la sucesión intestada pero íntimamente relacionado con ella, el derecho de viudedad aragonés, que al fallecimiento de uno de los cónyuges consiste en un usufructo que opera también sobre la totalidad de los bienes del premuerto, troncales y no troncales, y que, por tanto, constituye un factor determinante de la posición jurídica del superviviente en este ordenamiento, puede considerarse reafirmado tras la modificación operada sobre tal derecho, fundamentalmente con objetivos técnicos, por la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad²³.

²² A pesar de que para valorar este llamamiento usufructuario hay que tener en cuenta que el cónyuge en el Derecho catalán no es legitimario, sólo tiene derecho como mínimo garantizado a la cuarta marital en caso de necesidad (art. 380 CSC), ello no quita valor a su existencia, máxime con un carácter tan amplio, en un ordenamiento jurídico que siempre se ha considerado avanzado en todos los sentidos. Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 150 y ss. Sobre algunos problemas específicos que plantea la aplicación de este usufructo viudal, ESPIAU ESPIAU, S.: *El usufructo viudal y la legítima de los descendientes*. (RJC, 1996, pp. 9 ss).

²³ Artículo 101.1. El derecho de viudedad se concibe como una institución de Derecho de Familia porque opera también constante matrimonio a modo de «derecho expectante de viudedad», fase de la institución que es la que fundamentalmente ha resultado afectada por la citada reforma de 2003 con el objetivo de dotarle de mayor claridad y coherencia. Vid. Exposición de Motivos, X. Este derecho tiene su manifestación tras la muerte de uno de los cónyuges con la finalidad de mantener al superviviente en su función tradicional de continuador de la familia: por ello, disuelto el matrimonio, se transforma en un usu-

Es cierto que la sucesión en usufructo puede plantear una problemática importante derivada de la situación de dominio dividido que genera en los casos en que formen parte del caudal hereditario explotaciones empresariales, cuya transmisión *mortis causa* ha de facilitarse que se pueda realizar unitariamente en aras de su propia continuidad. Sin embargo, para estos casos los ordenamientos jurídicos conocen una solución que tampoco es nueva, la conmutación del usufructo viudal a instancia de los herederos nudo propietarios que queden afectados por el gravamen usufructuario, según se prevé en el artículo 839 CC con respecto a la legítima del cónyuge, sustancialmente idéntico al artículo 838 de la versión originaria de 1889²⁴, o en los artículos 759 a 762 del *Code civil* en relación con la atribución sucesoria intestada que se le concede en concurso con descendientes comunes a que nos acabamos de referir. Con ello, el legislador francés de 2001 no sólo ha confirmado la tradicional facultad de conmutar contenida en el anterior artículo 767 párrafo quinto del *Code civil* sino que además la ha ampliado tanto desde el punto de vista de los sujetos titulares de la misma, pues actualmente se concede también la opción de solicitarla al propio cónyuge y no sólo a los herederos nudo propietarios, como de los medios solutorios de pago que se admiten, pues ahora se contempla la posibilidad de que se le entregue no sólo una renta vitalicia sino también un capital en efectivo en sustitución del derecho de usufructo que en cada caso le corresponda^{25, 26}.

En definitiva, todo ello vendría a demostrar que una nueva organización de la sucesión legal del cónyuge supérstite en el Código civil puede pasar perfectamente por la introducción de un usufructo vitalicio sobre los bienes privativos del causante, pues tratándose de herencias en las que falten descendientes herederos, ésta es la mejor manera de conciliar las legítimas expectativas de dicho cón-

fructo viudal universal que recae sobre todos los bienes del premuerto. Así, véase la explicación al respecto que da la misma Exposición de Motivos, XIII.

La sucesión intestada del cónyuge supérstite en el Derecho aragonés opera prioritariamente, como hemos visto, sobre los bienes de naturaleza no troncal (art. 202 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte).

²⁴ Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 259 ss.

²⁵ Vid. FORGEARD / CRÔNE / GELOT, *La réforme des successions, ..., op. cit.*, pp. 35 ss.

²⁶ En contra de esta propuesta de sucesión en usufructo vitalicio sobre los bienes privativos del causante podría también alegarse el hecho de que se produciría una ruptura del principio de unidad de la herencia que inspira la sucesión intestada del Código Civil. No obstante, ello no supondría sino una excepción más a esta regla general, de carácter meramente técnico, semejante en este sentido a la que representan tanto las reservas hereditarias (arts. 811, 812 y 968 a 980 CC) como la división por líneas que rige la sucesión de los ascendientes (arts. 810 y 940 CC). Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 240 y 241.

yuge de disfrutar toda la herencia de su consorte premuerto con las de los parientes consanguíneos de este último, que podrán recibir en plena propiedad una vez fallecido el supérstite los bienes del causante que tengan un origen familiar o que hubieran sido adquiridos por él con anterioridad a la celebración del matrimonio y que, tratándose de explotaciones empresariales, podrán ser gestionadas directamente por ellos desde el primer momento, si les interesa, articulándose para este supuesto un remedio conmutativo del usufructo del cónyuge semejante al que ya se contiene para su legítima en el artículo 839 CC.

III. LEGÍTIMA

1. SENTIDO ACTUAL DEL SISTEMA LEGITIMARIO DEL CÓDIGO CIVIL. EN PARTICULAR, DE LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

1.1 INTRODUCCIÓN

La legítima es una institución de Derecho sucesorio que establece un límite a la libertad de disposición del causante que tradicionalmente se ha justificado sobre la base de un supuesto deber de asistencia *post mortem* de éste hacia su círculo familiar más próximo, de tal manera que de acuerdo con ello vendría a cumplir una función en cierto modo paralela a la que desempeña la obligación de alimentos en vida de la persona²⁷. Habiendo sido así ciertamente en el momento de la codificación, esta justificación ha derivado sin embargo, como veremos, en cierta incoherencia, desde el momento en que actualmente hay que desligar en muchos casos la vigencia de la legítima de la existencia de un presupuesto de probabilidad de necesidad económica en su destinatario.

Con este fundamento, el Código Civil determina a favor de descendientes, ascendientes y cónyuge del causante (art. 807 CC) unas cuotas mínimas de participación en su patrimonio, intangibles desde el punto de vista cuantitativo y, en principio, también cualitativo, que como tales han de respetarse en cualquier tipo de sucesión (testada, intestada o mixta)²⁸, y que se calculan sobre una

²⁷ Vid., por todos, ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho Sucesorio «mortis causa»*. Edelce. Sevilla, 1951, pp. 181 y 182.

²⁸ La legítima no constituye un tercer modo de deferirse la herencia, una supuesta «sucesión forzosa». Así, véase la argumentación que en su momento defendimos en *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, *op. cit.*, pp. 317 ss.

masa patrimonial cuya configuración deriva del mismo sentido de la institución legitimaria: al activo hereditario se le resta el pasivo, pues es lógico dar preferencia a los acreedores del causante sobre sus legitimarios, y se le suman las donaciones que hubiera realizado en vida, pues hay que garantizar esa intangibilidad de la legítima teniendo en cuenta los actos a título gratuito que pudieran haber ido más allá de lo que en cada caso conforme la parte de libre disposición (art. 818 CC).

Pues bien, la problemática que actualmente plantea nuestro sistema legitimario entiendo que no radica tanto en el cuestionamiento de su propia existencia, en la medida en que el sentido de la legítima como institución, según vamos a ver, no ha desaparecido totalmente, sino en la necesidad de revisar la extensión que alcanzan las cuotas que corresponden a algunos de sus beneficiarios y, quizás, la naturaleza jurídica de tales cuotas, que tal y como está concebida determina que en ocasiones la obligación de pago se presente con caracteres demasiado rígidos ²⁹.

1.2 DESCENDIENTES

En primer lugar, la llamada legítima larga de los descendientes, de los dos tercios del caudal computable a efectos de su cálculo (art. 808 CC), fue concebida para una sociedad decimonónica en la que la expectativa de sobrevivencia era baja, pues permitía a los hijos recibir bienes a una edad en la que seguramente los necesitaban, y en la que la estructura económica agraria que predominaba daba lugar a que la parte más importante de los patrimonios hereditarios estuviese constituida por bienes de producción que se buscaba conservar, aunque divididos, en el grupo de descendientes.

Sin embargo, esta legítima tan extensa no tiene sentido en una sociedad en la que los índices de sobrevivencia son mucho más altos que en el siglo XIX y, en consecuencia, los hijos suceden de ordinario a sus padres en una edad en la que tienen la vida econó-

²⁹ Vid. TORRES GARCÍA, T. F., *Legítima, legitimarios y libertad de testar. (Síntesis de un sistema)*. (Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Santander, 9 a 11 de febrero de 2006. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Murcia, 2006, pp. 214 ss, especialmente, 220 ss).

A pesar de ello, hay que recordar que el artículo 33 CE protege únicamente el derecho a la sucesión hereditaria entre particulares, lo cual no incluye el derecho a legítima. Sobre esta base, y considerando que sí han desaparecido los fundamentos del sistema legitimario, existe una tendencia doctrinal que se pronuncia a favor de la libertad de testar absoluta. Así, por ejemplo, CALATAYUD SIERRA, *Consideraciones acerca de la libertad de testar*, *op. cit.*, pp. 245 ss.; RAGEL SÁNCHEZ, *La Cautela gualdense o Socini ...*, *op. cit.*, pp. 24 ss; MAGARIÑOS BLANCO, V.: *La libertad de testar*, RDP, 2005, pp. 3 ss, especialmente, 20 ss.

micamente resuelta y en la que, además, seguramente hayan recibido en vida de aquéllos bienes suficientes como para tener ya colmadas unas expectativas sucesorias razonables ³⁰. En estas circunstancias, una restricción tan amplia de la libertad de testar carece de justificación: si el fundamento de la institución legitimaria se ha considerado tradicionalmente que radicaba en el cumplimiento de un supuesto deber de asistencia *post mortem* hacia los más próximos, globalmente enmarcado en un genérico deber de familia, tal obligación está claro que no puede existir en relación con unas personas que en la mayoría de los casos carecen de la necesidad económica que le sirve de soporte. Es más, restringiendo la libertad de disposición hasta ese punto lo que se consigue es fomentar un efecto contrario al que en definitiva subyace en una institución de carácter familiar como es la legítima, a saber, que los hijos, teniendo asegurada una buena participación en el patrimonio de sus padres, se despreocupen de ellos en sus últimos años y que éstos carezcan de libertad para recompensar económicamente a las personas que realmente se encarguen de su cuidado en los momentos en que lo necesiten ³¹.

Por otro lado, la gran mayoría de patrimonios hereditarios que se generan en la sociedad actual no tienen nada que ver con las explotaciones agrarias de finales del siglo XIX, carecen de bienes de producción estando compuestos de ordinario por un conjunto de bienes ganados en su mayor parte a partir del trabajo individual en el que, además, la vivienda habitual representa sin duda el valor más significativo. Y cuando formen parte de tales patrimonios explotaciones económicas, una legítima tan amplia de los descendientes puede generar como resultado una dificultad insuperable a la hora de mantener la empresa indivisa en manos de uno sólo de ellos, a pesar de las innovaciones que, según veremos, se han introducido en los últimos años en el Código civil con la finalidad de facilitar en estos casos el pago en metálico de la legítima de los legitimarios que resulten no adjudicatarios de la explotación ³².

³⁰ Así, CARRASCO PERERA, A., *Acoso y derribo de la legítima hereditaria*. (Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 580, 5 de junio de 2003, p. 3).

³¹ En este sentido, CALATAYUD SIERRA, *Consideraciones acerca de la libertad de testar*, op. cit., p. 250; CARRASCO PERERA, *Acoso y derribo ...*, op. cit., p. 3.

³² Así se puso de manifiesto en el 9º Congreso Notarial español, que tuvo por objeto el tema de la transmisión de la empresa familiar, nueva categoría jurídica surgida del desarrollo tecnológico y de la llamada «nueva economía» (pymes), que carece de una regulación específica y cuyo principal problema radica, a juicio del notariado, en la dificultad de garantizar su conservación en el momento de la muerte del titular como consecuencia fundamentalmente de la configuración actual de la legítima de los descendientes en el Código Civil: su extensión y rigidez conduce en muchos casos a la disolución de la empresa y en otros a que el adjudicatario tenga que hacer frente al pago en metálico de la legítima de sus

En definitiva, la legítima de los descendientes sólo se justifica en la actualidad sobre la base de los improbables casos de muerte prematura, en los que los hijos del causante se encontrarán efectivamente en situación de necesidad con respecto a la asistencia económica que les suponga recibir la herencia paterna, y, además, por la existencia de ordinario en los descendientes de unas expectativas, razonables, de recibir, por lo menos parcialmente, el patrimonio de sus padres o ascendientes cualquiera que sea el momento en que se abra su sucesión hereditaria, expectativas que la ley vendría a tutelar a través de esta institución buscando un equilibrio ponderado con otros intereses en conflicto, fundamentalmente, la libertad de disposición del causante y objetivos de eficiencia económica relacionados con la necesidad de facilitar la transmisión unitaria de explotaciones empresariales. Es cierto que es muy discutible que esta esperanza de heredar de los descendientes tenga virtualidad suficiente para mantener una restricción a la libertad de disponer de la persona ³³, pero también lo es que, como pusimos de manifiesto al inicio de este trabajo, nos estamos refiriendo a una institución, la legítima, profundamente arraigada en el ordenamiento jurídico y en la conciencia social, por lo que las reformas que se planteen en torno a ella deberán acometerse desde la prudencia y la moderación, valores inherentes al mundo del Derecho que aconsejan evitar que se produzcan cambios bruscos en cualquier ámbito del mismo ³⁴.

hermanos vendiendo parte de dicha empresa o endeudándose. Otros mecanismos sucesorios por cuya adopción se aboga en el Derecho común para conseguir un marco normativo favorable a la autorregulación jurídica en este ámbito son los testamentos mancomunados y los pactos sucesorios que permitan anticipar la sucesión en la empresa antes de que se produzca la muerte del empresario. Vid. MARTÍNEZ DÍE, R., *Reflexiones tras el 9.º Congreso*. (Escritura Pública, Monográfico núm. 4 (suplemento al núm. 34), julio 2005, p. 7).

A ello cabría añadir la admisión de una renuncia anticipada a la legítima en la línea de lo establecido en los artículos 929 y ss. del *Code civil* francés, reformados por la *Loi* núm. 2006-728, du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités.

Como manifestación legislativa de estas tendencias, téngase en cuenta también el RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, instrumento jurídico apto para la inclusión de pactos relativos a la sucesión en la empresa familiar. Vid. GOMÁ LANZÓN, I.: *El protocolo familiar*. (El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión. Thomson-Civitas. Cizur Menor, 2006, pp. 125 ss.).

³³ Así, CALATAYUD SIERRA, *Consideraciones acerca de la libertad de testar*, op. cit., pp. 247 y 248.

³⁴ En este sentido, TORRES GARCÍA, *Legítima, legitimarios y libertad de testar*, ..., op. cit., p. 227. A este respecto, cabría poner como ejemplo la actitud del legislador de 13 de mayo de 1981 al modificar el orden de suceder *abintestato* anteponiendo al cónyuge sobre todos los parientes colaterales del causante: si bien la Exposición de Motivos que acompañó al proyecto de ley de reforma del Código Civil reconocía que «el matrimonio ordinariamente establece entre las personas un vínculo más fuerte que el de sangre» no se llegó a plantear la anteposición del cónyuge superviviente sobre los ascendientes del causante. Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 128 ss.

Todo ello entendemos que aconseja una modificación del Código Civil que disminuya considerablemente la extensión de esta legítima, por lo menos hasta la mitad del caudal computable a efectos de su cálculo, que a su vez podría quedar dividida en dos cuartos, uno de legítima estricta y otro de mejora. Desde el punto de vista cualitativo, entiendo además que representa una proposición prudente en este momento mantenerla en plena propiedad cuando los hijos concurren solos a la sucesión y reducirla a la nuda propiedad en concurso con el cónyuge superviviente con la finalidad de poder incrementar la de este último, actualmente constreñida en este supuesto de concurrencia sucesoria al usufructo del tercio de mejora (art. 834 CC), hasta la misma cuota de la mitad del caudal computable manteniendo así la otra mitad como parte de libre disposición.

1.3 ASCENDIENTES

La legítima de los ascendientes merece también una revisión de su alcance que arranca igualmente del replanteamiento de los propios fundamentos de la institución³⁵: si lo que tradicionalmente se ha pretendido es hacer efectivo un deber de asistencia *post mortem* a favor, fundamentalmente, de los padres del causante de la sucesión, es evidente que no se puede pretender hacer efectiva una función asistencial cuando se carece de un destinatario de la atribución en situación de necesidad, como será el caso típico cuando un hijo (joven o relativamente joven) premuere a sus padres (de ordinario ya con la vida resuelta desde el punto de vista económico).

No obstante, también hay que tener en cuenta las expectativas sucesorias de esos ascendientes, razonables, sobre todo si las concebimos en unos términos de reciprocidad en relación con lo que se da y se recibe entre padres e hijos que sí nos permitirían hablar de determinado tipo de obligación moral de estos últimos con respecto a los primeros. Habría que considerar además particularmente los supuestos en que los ascendientes del causante se encuentren en concurso con el cónyuge superviviente, en los que, previendo que el protagonismo sucesorio sea atribuido a este último, tanto en la sucesión testamentaria como, en un futuro que espero no sea lejano, en la sucesión legal, parece razonable mantener alguna participación sucesoria mínima de los padres en la herencia del hijo premuerto. A estos efectos, seguramente sea sin embargo también excesiva para la sociedad actual la cuota establecida por el artículo 809 CC, que les

³⁵ En esta línea, TORRES GARCÍA, *Legítima, legitimarios y libertad de testar, ...*, *op. cit.*, pp. 226 y 227.

hace destinatarios en estos casos de un tercio del caudal computable a efectos del cálculo de la legítima en plena propiedad, sobre todo si se valora que la función de asistencia que tradicionalmente se ha atribuido a la institución legitimaria sí conserva cierto sentido en relación con el cónyuge que sobrevive, presumiblemente joven en estos casos, y, por tanto, probablemente necesitado de ella.

Por esta razón, si bien no encuentro obstáculos en mantener la legítima de los ascendientes que señala el artículo 809 CC para el caso de que concurran solos a la sucesión (una cuota en propiedad de la mitad del caudal computable a efectos de su cálculo), considero que dicha legítima en concurso con el cónyuge del causante podría reducirse cualitativamente a la nuda propiedad e incrementarse cuantitativamente hasta la mitad de dicho caudal computable, cuyo usufructo se mantendría a favor de dicho cónyuge según lo que ya prevé actualmente el artículo 837 CC consiguiéndose de esta manera una coordinación de ambas legítimas y un respeto también en estos supuestos de concurrencia de la otra mitad como parte de libre disposición. Tratándose de una sucesión intestada y si en un futuro se materializa legislativamente la propuesta de reforma de anteposición del cónyuge sobre los ascendientes del causante en el orden de suceder que venimos propugnando, con ello se conseguiría matizar el llamamiento del propio cónyuge como único heredero legal dejando como nudos propietarios de la mitad del caudal que sirve de base para el cómputo de la legítima a los padres del causante y, en último término, como destinatarios de dicha nuda propiedad a sus propios parientes consanguíneos, hermanos en la mayor parte de los casos que resultarán ser de ordinario los herederos de tales padres ³⁶.

1.4 CÓNYUGE SUPÉRSTITE

Por último, la legítima del cónyuge supérstite merece una consideración especial que deriva igualmente del propio sentido de la institución: si se trata de cumplir con una función de asistencia *post mortem* de la que los legitimarios pueden estar necesitados, es evidente que el único caso en el que dicha función se conserva en la

³⁶ La *Loi n.º 2006-728, du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités*, ha suprimido la *réserve* de los ascendientes del causante en el Derecho francés, aunque dejando intocados sus llamamientos a la sucesión legal. Así, véase la derogación del anterior artículo 914 del *Code civil*, que regulaba la extensión de dicha *réserve* de los ascendientes en defecto de descendientes, y la supresión de la expresión «*d'ascendant*» del artículo 916 del mismo *Code civil*, de tal manera que ahora quedan como reservatarios únicamente los descendientes y el cónyuge del difunto.

actualidad es en el del cónyuge que sobrevive, máxime si se tiene en cuenta que ese cónyuge suele ser en la mayor parte de los casos la mujer viuda ³⁷. A mayores, esta legítima estaría justificada, aparte de por sus también legítimas expectativas sucesorias, por la conveniencia de mantenerle en la medida de lo posible en el nivel de vida que tenía con anterioridad a la muerte del causante, cuestión esta última que, por ejemplo, se ha planteado con mucha insistencia por la doctrina francesa y cuya última manifestación ha sido, como veremos seguidamente, el reconocimiento de una *réserva* en su favor (art. 914-1 del *Code civil*).

En consecuencia, la legítima del cónyuge sobreviviente debería, manteniéndose desde el punto de vista cualitativo como derecho de contenido usufructuario, ser objeto de un incremento cuantitativo que afectara al supuesto de concurrencia con hijos o descendientes del causante, en el que, como hemos dicho, podría aumentarse su actual cuota que recae sobre el tercio de mejora (art. 834 CC) hasta una que alcance la mitad del caudal computable a efectos del cálculo legitimario, respecto de la que quedarían como nudo propietarios los propios descendientes dejándose la otra mitad de libre disposición y con el mantenimiento de una previsión específica de conmutación a instancia de los que en cada caso resultarían afectados por el gravamen usufructuario (art. 839 CC) ³⁸. En concurso con ascendientes del causante y concurriendo sólo a la sucesión, podrían mantenerse sin embargo las actuales cuotas usufructuarias de la mitad y de los dos tercios del caudal computable que se prevén respectivamente para estos supuestos en los artículos 837 y 838 CC.

³⁷ En el ámbito notarial se ha propuesto que, en el marco de una futura e hipotética libertad de testar absoluta, los supuestos de necesidad económica de descendientes y cónyuge del causante se canalicen a través de la creación de un derecho a alimentos *post mortem* a cargo de las personas que resulten beneficiarias de atribuciones a título gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, realizadas por el causante de la sucesión. Vid. CALATAYUD SIERRA, *Consideraciones acerca de la libertad de testar*, *op. cit.*, pp. 249 ss, especialmente, 259 ss.

Sin embargo, entendemos que la función que cumplirían tales alimentos ya la realiza la legítima, aunque esté desconectada de la existencia o no de esa necesidad vital, en cuyo fundamento concurren, sin perjuicio de otras, este tipo de justificaciones. No parece necesario, por tanto, recurrir a la creación de un mecanismo nuevo que precisamente por suponer la obligación de pago de una pensión a cargo de los beneficiados por la herencia del fallecido o por donaciones que hubiera realizado en vida conllevaría una complejidad añadida importante al sistema sucesorio. Vid. TORRES GARCÍA, *Legítima, legitimarios y libertad de testar*, *op. cit.*, pp. 222 ss.

³⁸ Hay que destacar que, además, la modificación del artículo 1056 párrafo segundo CC por la Ley de la sociedad limitada Nueva Empresa ha dado lugar a que la facultad del testador para atribuir unitariamente una explotación económica o el control de una sociedad de capital pueda afectar también al cónyuge superviviente, pues la carga del adjudicatario de pagar en metálico la legítima se establece ahora con respecto a la correspondiente a «los demás interesados» y no sólo con respecto a «los demás hijos», como decía la redacción anterior del precepto. Con ello se habría introducido un nuevo supuesto de conmutación de

Por otro lado, hay que incidir en la importantísima función que cumple la legítima concurrente del cónyuge supérstite en la sucesión intestada en la medida en que le garantiza también en este tipo de sucesión la percepción de una participación mínima, no sólo cuando él mismo sea el heredero legal (art. 944 CC), en cuyo caso tendrá asegurada con caracteres de intangibilidad la cuota que le marca el artículo 838 CC ³⁹, sino en cualquier supuesto de concurso con parientes del causante en línea recta, antepuestos todos ellos actualmente en el orden de suceder *abintestato* (arts. 930 y siguientes CC), en los que tendrá derecho a percibir las cuotas referidas que establecen los artículos 834 y 837 CC ⁴⁰.

A través de la legítima viudal se matizan de forma muy relevante los llamamientos de descendientes y ascendientes como herederos legales, en principio absolutos, a toda la herencia y en plena propiedad, tal y como marcan los principios de la tradición sucesoria de origen romano recogidos por el Código Civil, y, consecuentemente, se revela innecesario el planteamiento de un hipotético futuro sistema de sucesión intestada que, a semejanza de lo que sucede en el Derecho francés, se fundamente en el establecimiento de cuotas concurrentes con el objetivo de hacer al cónyuge del causante partícipe en todo caso del reparto hereditario. El sistema francés está pensado para solucionar el problema de los derechos sucesorios del cónyuge en la sucesión legal ante la imposibilidad histórica en este ordenamiento jurídico de hacerle destinatario de una cuota mínima garantizada en todo caso en

la legítima del cónyuge, derivado directamente de la voluntad del testador y no de la de los herederos o legatarios que resulten afectados por el gravamen usufructuario, como sucede en el caso del artículo 839 CC. Así, LLOPIS GINER, J. M., *La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil*. (La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales. María José Reyes López (Coordinadora). Thomson-Aranzadi. Cizur Menor, 2004. P. 62). En el mismo sentido, TORRES GARCÍA, *Legítima, legitimarios y libertad de testar, ...*, op. cit., p. 217.

Este supuesto de conmutación es además muy semejante al introducido por el artículo 102 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad aragonesa, contemporánea a la anterior, que regula los supuestos en que existan en la herencia «empresas o explotaciones económicas privativas» que se transmitan a hijos o descendientes del causante, sobre las que recaerá el usufructo viudal universal del cónyuge supérstite seguramente obstaculizando que se produzca una continuidad de las mismas conforme a criterios de eficiencia económica; de ahí que se posibilite también que su titular, futuro causante de la sucesión, ordene en testamento o escritura pública la «sustitución» de tal usufructo viudal del sobreviviente sobre dichas explotaciones por una renta mensual a cargo del descendiente que resulte finalmente adquirente de las mismas. Así, según la Exposición de Motivos de esta Ley 2/2003, XIII, «la preocupación por la adecuada gestión de los bienes se muestra ..., en la previsión específica respecto de las empresas y explotaciones económicas, que posibilita, por voluntad del premuerto titular de las mismas, que su gestión incumba a sus hijos o descendientes, con sustitución del usufructo por una renta a favor del viudo».

³⁹ Sobre su operatividad en este supuesto, *vid.* PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 330 ss.

⁴⁰ *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 323 ss.

concepto de *réserve*, pues lo impide el propio sentido de esta institución, con origen en las comunidades familiares germánicas que no eran sino comunidades «de sangre» que se vinculaban a un patrimonio y a las que el cónyuge de la persona fallecida, por definición, no pertenece ⁴¹.

Esta fundamentación histórica de la *réserve* francesa se ha roto con la ley de 3 de diciembre de 2001, que por primera vez ha incluido al cónyuge en el círculo de reservatarios, pero sólo parcialmente, pues, como dijimos, el nuevo artículo 914-1 del *Code civil* le ha reconocido una cuota por este concepto, en concreto a un cuarto de la herencia en plena propiedad, únicamente con carácter subsidiario, en un principio en defecto de descendientes y ascendientes del causante ⁴², y, desde la reforma operada en el *Code civil* por obra de la ley de 23 de junio de 2006 que suprime la *réserve* de los ascendientes, en defecto de descendientes; con lo cual el problema de su participación sucesoria en la sucesión legal en concurso con estos descendientes herederos antepuestos en el orden de llamamientos y excluyentes de su carácter de reservatario se sigue teniendo que resolver por medio de un sistema de cuotas concurrentes que, al no estar garantizadas como *réserve*, continúan dejándole en una situación mucho más desprotegida que la que alcanza con el sistema de nuestro Código Civil ⁴³.

⁴¹ Vid. CATALA DE ROTON, M. C., *Les successions entre époux*. Economica. Paris, 1990, pp. 258 y ss.

Frente a la legítima de origen romano acogida por nuestro Código Civil, que se configura como un límite a la libertad de testar y, por tanto, como algo excepcional (*pars debita*), la *réserve* germánica constituye la regla general en el sentido de que la herencia «se reserva» o atribuye directamente por la ley a los miembros de la comunidad familiar «de sangre» excepto en la parte de libre disposición, pues se parte de la consideración de que *a priori* ya les pertenece (*pars reservata*). Vid., por todos, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo XI, Artículos 806 a 857 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1982, pp. 1 ss.

⁴² Vid. FORGEARD / CRÔNE / GELOT, *La réforme des successions, ..., op. cit.*, pp. 50 ss. Sobre el proceso que ha llevado en Francia a este reconocimiento, PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 264 ss, especialmente, 267 ss.

⁴³ En la misma línea, el artículo 773 del proyecto de Código Civil español de 1851 se apartó de la tradición castellana articulando la sucesión intestada del cónyuge a través de un sistema de cuotas concurrentes, que en aquel momento no existía todavía en el Derecho francés, y excluyéndole del círculo de legitimarios. En definitiva, una solución original pero que como era de esperar no cuajó finalmente existiendo como existía en el ámbito territorial en que iba a regir el nuevo cuerpo legal una tradición histórica propia de legítima romana, que sí permite hacer al cónyuge destinatario en todo caso de una cuota mínima garantizada, e, igualmente, de sucesión intestada romana, basada en el establecimiento de un orden de llamamientos en principio a toda la herencia y en plena propiedad. Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 30 ss., para el proyecto de García Goyena, y 170 ss., con la situación del Derecho francés en este punto durante el siglo XIX.

2. TENDENCIAS LEGISLATIVAS

2.1 SU INCIDENCIA EN LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA: LAS LEYES 7/2003, DE 1 DE ABRIL, DE LA SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA, Y 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La configuración con carácter general de la legítima del Código Civil como una *pars bonorum* (art. 806 CC), es decir, como el derecho a recibir una porción de bienes del caudal relicto una vez realizadas las operaciones de cálculo a que se refiere el artículo 818 CC ⁴⁴, ha ido determinando la necesidad de llevar a cabo una flexibilización de la institución que evite tener que cumplir efectivamente en todo caso con esta obligación de pago en bienes de la herencia en atención a otros intereses que se consideran preferentes, pues la redacción originaria del Código Civil sólo admitía contadas excepciones a este principio, señaladamente, la conmutación de la legítima del cónyuge superviviente conforme al artículo 838 CC, artículo 839 CC desde la reforma de 24 de abril de 1958, y la de los hijos a que se refería el antiguo artículo 1056 párrafo segundo CC.

Así, la voluntad del legislador de atemperar en este sentido la rigidez del sistema legitimario se manifestó de forma importante con la introducción por la ley de 13 de mayo de 1981 de la posibilidad de que el testador adjudique todo o parte de su patrimonio a alguno o algunos de sus descendientes con la consecuente obligación para éstos, en caso de aceptar la adjudicación, de pagar en metálico la legítima de los demás legitimarios (arts. 841 a 847 CC), y se ha vuelto a materializar en la misma línea a través de dos leyes que, habiendo incidido igualmente en aspectos importantes de la institución, lo han hecho afectando a supuestos muy concretos, consecuencia de los objetivos mucho más amplios asumidos por ambas reformas legislativas y, por tanto, sin la visión de conjunto con la que seguramente habría que haber abordado su modificación.

Por un lado, la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, que asumió como finalidad corregir las rigideces a las que está sometida la empresa desde el punto de vista de su sistema de financiación y de su sistema corporativo, aprovechó la

⁴⁴ Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 289 ss, especialmente, 298 ss.

ocasión para, a pesar de la falta de contenido sucesorio de la norma, modificar el artículo 1056 párrafo segundo CC permitiendo que el padre que quiera mantener indivisa su empresa o conservar el control de una sociedad no sólo pueda atribuírsela unitariamente a uno solo de sus hijos con la carga de pagar en metálico la legítima de los demás interesados, que carecerá de la opción del artículo 842 CC de pagar en bienes hereditarios, sino también que disponga un aplazamiento para el pago de este dinero, que puede ser extrahereditario, durante un tiempo de hasta cinco años a contar desde que se produzca su fallecimiento ⁴⁵.

Con ello se ha facilitado la sucesión empresarial tomándose partido de nuevo por la conservación de la empresa familiar sobre el derecho de los legitimarios a percibir en pago de su legítima bienes hereditarios (art. 806 CC), con lo cual esta reforma nos ha situado ante una mayor probabilidad de encontrarnos ante legítimas que se aparten de la regla general que representa su configuración como *pars bonorum* asumiendo la que representa la tesis de la *pars valoris bonorum* ⁴⁶, pues los legitimarios no adjudicatarios de la explotación empresarial adquirirán, al igual que en el caso en el que la conmutación de la legítima se realiza conforme a los artículos 841 y ss CC ⁴⁷, o, tratándose de la del cónyuge supérstite, conforme al artículo 839 CC ⁴⁸, derecho a un crédito garantizado hasta que se produzca su pago con los propios bienes de la herencia, que quedan afectos a dicho pago como consecuencia de la función de garantía que con carácter general debe entenderse que cumplen a raíz de lo dispuesto en el propio artículo 806 CC. Esta idea parece reflejarse además en el mismo artículo 1056 párrafo segundo CC cuando dice que «si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia» ⁴⁹.

⁴⁵ Además, la partición que se realice conforme a estos criterios no tiene que ser confirmada por los hermanos no adjudicatarios, como sí exige el artículo 843 CC, ni éstos gozan de las garantías a que se refiere el artículo 844 párrafo primero CC (las del legatario de cantidad del artículo 884 CC, o, lo que es lo mismo, el derecho a percibir intereses si así lo estableció el testador).

⁴⁶ Vid. ROCA SASTRE, R. M.^a, *Naturaleza jurídica de la legítima. Teoría de la «debita pars valoris bonorum»*. (RDP, 1944, pp. 185 ss, especialmente, 194 ss.).

⁴⁷ Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. Tecnos. Madrid. 1989, pp. 73 y 74, 240 ss.

⁴⁸ Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada, op. cit.*, pp. 312 ss.

⁴⁹ La legítima de los no adjudicatarios no llega a convertirse en estos casos, por tanto, en un simple derecho de crédito. Vid. TORRES GARCÍA, *Legítima, legitimarios y libertad de testar, ...*, op. cit., pp. 202 y 203. En la misma línea, aunque no de manera clara, dice que la legítima en este supuesto «se acerca» a la *pars valoris*, RUEDA ESTEBAN, L., *La modificación del párrafo segundo del artículo 1.056 del Código Civil*. (Cuadernos de Derecho y Comercio, 2003, núm. 39, p. 137).

De otra parte, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, ha alterado también de forma importante el sistema legitimario en atención del interés de los discapacitados a través de diversas medidas: la modificación de los artículos 782, que permite ahora que las sustituciones fideicomisarias graven la legítima estricta a favor de un descendiente judicialmente incapacitado, que, según el nuevo artículo 808 párrafo tercero CC, podrá quedar como fiduciario al que se le atribuya el disfrute vitalicio de la totalidad de la legítima siendo sus colegitimarios los fideicomisarios ⁵⁰; 822, que excluye del cómputo en el cálculo de la legítima a las donaciones y legados realizados en favor de legitimarios con discapacidad consistentes en un derecho intransmisible de habitación sobre la vivienda habitual en la que convivían con el causante en el momento de su fallecimiento ⁵¹; 831, que permite, entre otras cosas, que el cónyuge o conviviente superviviente fiduciario mejoren al descendiente común discapacitado con cargo al tercio de libre disposición de la herencia del causante y paguen la legítima estricta que corresponda a los hijos comunes sobre dicha herencia del progenitor premuerto con bienes propios (no pertenecientes al caudal hereditario)⁵², y, por último, 1041 CC, al que se le ha añadido un párrafo segundo en virtud del cual se dispensa de colación a los gastos realizados por los padres con el objetivo de cubrir las necesidades especiales de los hijos discapacitados ⁵³.

⁵⁰ En el mismo sentido, la modificación del artículo 813 párrafo segundo CC. Sobre el tema, DÍAZ ALABART, S., *La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente* (art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), RDP, 2004, pp. 259 ss.; RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., *La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad*, AC, 2004, núm. 4, pp. 361 ss.; LEÑA FERNÁNDEZ, R., *Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003*, en *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Cuadernos de Derecho Judicial, XX-2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 187 ss.

⁵¹ Además, se concede al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal consistente también en un derecho intransmisible de habitación sobre la vivienda habitual en la que convivía con el causante al tiempo de su fallecimiento, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, y todo ello sin perjuicio de las atribuciones preferenciales a que tiene derecho el cónyuge superviviente según los artículos 1406 y 1407 CC, que coexistirán en su caso con el derecho de habitación del discapacitado. Sobre ambas cuestiones, RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *La reforma del derecho de sucesiones ...*, *op. cit.*, pp. 365 ss.; LEÑA FERNÁNDEZ, *Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003*, *op. cit.*, pp. 205 ss.

⁵² *Vid.* LEÑA FERNÁNDEZ, *Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003*, *op. cit.*, pp. 240 ss.

⁵³ No se olvide que la finalidad de la colación de los artículos 1035 ss. CC es igualar a todos los legitimarios concurrentes de una misma clase, por ejemplo, descendientes, en cuanto al cobro de su legítima, muy distinta, por tanto, a la que se persigue incluyendo las donaciones en la base de cálculo de dicha legítima según el artículo 818 CC. *Vid.* TORRES GARCÍA, T. F., *La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos*

Pues bien, por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la legítima, habría que destacar tres cuestiones fundamentales que pueden plantearse desde la entrada en vigor de esta Ley, a saber:

– Primero, la desaparición de la intangibilidad cualitativa de la legítima estricta de los descendientes en la hipótesis de que los colegitimarios del incapacitado judicialmente, fiduciario al que se le haya atribuido la totalidad de dicha legítima estricta, fideicomisarios con respecto a éste (art. 808 párrafo tercero CC), no consigan sobrevivirle y, por tanto, no lleguen a disfrutarla, en cuyo caso es evidente que esa intangibilidad cualitativa no se limita o grava temporalmente sino que para tales fideicomisarios premuertos desaparece ⁵⁴.

– Segundo, que, no obstante lo anterior, no es posible admitir que el fideicomiso constituido por el testador a favor del descendiente incapacitado pueda configurarse como «de residuo» ⁵⁵, pues ello atentaría directamente contra la intangibilidad cuantitativa del derecho de los demás legitimarios: no habiendo dispuesto nada al respecto el legislador de 2003, procede una interpretación estricta de las facultades concedidas al causante en este sentido que viene impuesta por la propia esencia de la legítima como instituto de derecho necesario, regido por normas imperativas y, en consecuencia, de carácter indisponible más allá de los límites expresamente previstos ⁵⁶.

– Tercero, la introducción de una nueva desviación con respecto a la regla general que representa la configuración de la legítima como *pars bonorum* (art. 806 CC), pues si el nuevo artículo 831 CC permite que el cónyuge o conviviente supérstite fiduciario paguen la de los descendientes sobre el patrimonio del premuerto con bienes propios, extrahereditarios, por tanto, es evidente que su derecho en estos casos no es a una porción de la masa de bienes que sirva de base para efectuar el cálculo de tal legítima. Podría pen-

o descendientes discapacitados. (Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados. Escola Galega de Administración Pública. Xunta de Galicia. Santiago de Compostela, 2005, pp. 341 ss).

⁵⁴ Sin perjuicio de que el derecho a la porción legitimaria que les corresponda pase a sus propios herederos (art. 784 CC). En este sentido, DÍAZ ALABART, *La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta ...*, *op. cit.*, pp. 261, 268 y 270; LEÑA FERNÁNDEZ, *Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003*, *op. cit.*, p. 203.

⁵⁵ Sobre la base del artículo 783 párrafo segundo CC: «El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, ..., salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa».

⁵⁶ En este sentido, DÍAZ ALABART, *La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta ...*, *op. cit.*, pp. 262 y 263; LEÑA FERNÁNDEZ, *Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003*, *op. cit.*, pp. 195 y 200.

sarse de nuevo en que los legitimarios que reciban en pago de su derecho estos bienes propios del cónyuge o conviviente sobrevivientes le verán transformado en una *pars valoris bonorum*, en la medida en que pueda entenderse que se convierte en un crédito cuyo pago se materializa en ese tipo de bienes (un equivalente no pecuniario), pero garantizado con el patrimonio hereditario del causante como consecuencia de la aplicación también a este supuesto de la función de afección que dicho patrimonio cumple a estos efectos con carácter general (art. 806 CC).

En definitiva, todo ello viene a ser representativo de la tendencia cada vez más acentuada que existe hacia la consecución de una flexibilización del sistema legitimario que permita facilitar la efectividad de las atribuciones patrimoniales que en cada caso correspondan, bien sea como consecuencia de la necesidad de soportar un gravamen sobre las mismas en atención del interés preferente de determinadas personas (incapacitados), bien sea mediante el pago de su valor en dinero en un período de tiempo bastante dilatado tras la muerte del causante o en bienes extrahereditarios en supuestos en que los intereses en conflicto aconsejan este tipo de transformaciones (sucesión empresarial o protección de discapacitados, respectivamente).

En este marco, la posibilidad de que la legítima del cónyuge sobreviviente sea conmutada a instancia de los herederos o legatarios que en cada caso queden afectados por el gravamen usufructuario, por una renta vitalicia, un capital en efectivo o los productos de determinados bienes (art. 839 CC), recobra un nuevo significado que permite plantearse incluso la posibilidad de que esta facultad de solicitar la conmutación sea concedida al propio cónyuge con carácter general, es decir, sin estar condicionada a supuestos de concurrencia con «hijos sólo del causante» o no comunes (art. 840 CC), y a semejanza en este sentido de la regulación introducida por la ley de 3 de diciembre de 2001 en el Derecho francés en relación con el usufructo universal que se le concede en la sucesión intestada en concurso con descendientes comunes (arts. 759 a 762 del *Code civil*)⁵⁷.

⁵⁷ Cabría plantearse incluso la posibilidad de una modificación de la configuración general de la legítima, en principio *in natura*, en legítima en valor. En esta línea, el artículo 249.1 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, dice que «el legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor». Contemporáneamente, la modificación operada en el Derecho francés por obra de la *Loi núm. 2006-728, du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités*, que ha introducido un nuevo artículo 912 en el *Code civil*, con el que se inicia la Sección 1 del Capítulo III del Título II de su Libro III, dedicada a la regulación de la «porción de bienes disponible», en el que se define la reserva hereditaria como «*la part des biens et droits successoraux*» que la ley garantiza a determinados herederos llamados reservata-

2.2 MODIFICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA LEGÍTIMA VIUDAL: LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO

2.2.1 *Introducción*

El «Artículo segundo» de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, ha reformado «la regulación de los derechos del cónyuge viudo en el Código Civil» en lo relativo a los presupuestos subjetivos que determinan la procedencia de su legítima (arts. 834 y 835 CC⁵⁸), y, según hemos visto, de su llamamiento hereditario a la sucesión intestada (art. 945 CC).

Con ello se ha conseguido acabar con los problemas interpretativos que suscitaba el anterior artículo 945 CC, en materia de sucesión intestada, en conexión con el también anterior 834 CC, referido a la legítima viudal, pues mientras el primero, procedente de la reforma de 13 de mayo de 1981, determinaba que el llamamiento hereditario del cónyuge no se producía en casos de separación judicial o de hecho por mutuo acuerdo que constara fehacientemente, el segundo, intocado desde la reforma de 24 de abril de 1958, mantenía el derecho a legítima del cónyuge supérstite cuando, a pesar de existir una separación judicialmente decretada, ésta lo hubiera sido «por culpa del difunto», y no contemplaba la separación de hecho como causa de no adquisición de dicho derecho a legítima⁵⁹. Tratándose de instituciones distintas, sucesión intestada y legítima, concebidas en función de fundamentos y naturalezas distintas, entendimos que estaba justificado que se mantuviera una regulación diferenciada para cada una de ellas⁶⁰, aunque particularmente

rios. En concreto, el artículo 924 párrafo primero del mismo *Code civil* dice ahora que «*Lorsque la libéralité excède la quotité disponible, le gratifié, successible ou non successible, doit indemniser les héritiers réservataires à concurrence de la portion excessive de la libéralité, quel que soit cet excédent*», es decir, que si el causante se excede de la parte de libre disposición lo que procede no es reducir las disposiciones hasta el límite marcado por la ley sino indemnizar a los reservatarios por ese concepto.

⁵⁸ Aplicables a cualquier supuesto de concurrencia sucesoria y no sólo al de concurso con hijos o descendientes del causante a que se refiere el artículo 834 CC, de igual manera que sucedía con anterioridad a la reforma. No obstante, razones de buena técnica jurídica deberían haber desembocado en una especificación al respecto. En este sentido, la propuesta, con relación al texto del Anteproyecto de Ley, de ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNAARRIAGA, L., *Actualización del Derecho de familia y sucesiones*. VVAA. Asociación Española de Abogados de Familia - Dykinson. Madrid, 2005, p. 89.

⁵⁹ Vid. SAP de Cuenca de 4 de marzo de 2004 (R. J. A. núm. 484), en la que se mantiene el derecho a legítima del cónyuge supérstite en caso de separación de hecho por mutuo acuerdo que constaba fehacientemente. Sobre esta interpretación del anterior artículo 834 CC, que sigue lo marcado por la famosa Resolución de la DGRN de 25 de junio de 1997 (R. J. A. núm. 4571), PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 406 ss., especialmente, 409 ss.

⁶⁰ *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 411 y 412.

no lo estaban diversos aspectos de aquel régimen jurídico que, afortunadamente y según pasamos a ver seguidamente, han quedado superados con la reforma de 2005.

2.2.2 Separación judicial

Por lo que se refiere a la separación judicial, la Ley 15/2005 ha suprimido la desfasada referencia que contenía el anterior artículo 834 CC a la «culpa» del causante como condicionante de la adquisición del derecho a legítima en el cónyuge superviviente separado judicialmente, de tal manera que si la separación se había producido «por culpa del difunto» el sobreviviente conservaba su derecho. Ello no constituía sino una reminiscencia de un sistema de separación de base culpabilista que la Ley 30/1981, de 7 de julio, no consiguió desterrar, y que el legislador de 2005 ha asumido como objetivo prioritario plasmándose en este ámbito a través de la desaparición de esta mención ⁶¹.

La reforma del precepto en cuestión era urgente, como defendimos en su momento, pues no podía sostenerse directamente su inaplicación en este punto con base en la realidad social del tiempo en que había de ser aplicada la norma en la medida en que este criterio hermenéutico debe entenderse subordinado al que determina la aplicación de dicha norma de acuerdo con su «espíritu y finalidad», al que habrá de atenderse «fundamentalmente» (art. 3.1 CC) y respecto del que no cabían dudas, y menos tratándose de una disposición que afectaba a una institución de derecho necesario como es la legítima. Consecuentemente, la referencia a la «culpa del difunto» que se contenía en el artículo 834 CC había únicamente que reinterpretarse bajo la óptica los principios instaurados en el Código Civil por la Ley 30/1981 y así mantener su aplicación en el supuesto –improbable, dado el constante recurso de los tribunales a la desaparición de la *affectio maritalis*– de que la sentencia de separación contuviera algún pronunciamiento en este sentido o el proceso se hubiera fundamentado en alguna de las causas de separación de carácter culpable contenidas en el también anterior artículo 82 CC ⁶². De hecho, la Resolución de la Dirección General

⁶¹ Así, el derecho a no continuar casado ya no se hace depender de la concurrencia de una causa de separación (antiguo artículo 82 CC, hoy sin contenido) sino únicamente de la voluntad de uno o ambos cónyuges: «la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud». Cfr. Exposición de Motivos.

⁶² Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 360 ss., especialmente, 371 ss.

En este sentido, la crítica favorable de la doctrina a la actuación del legislador de 2005, a pesar de que se haya olvidado de suprimir, coherentemente, el hecho de que la separación

de los Registros y del Notariado de 16 de marzo de 2005 declaró, ante una separación judicial declarada sobre la base del incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales del marido (antiguo artículo 82.1ª CC), que la esposa sobreviviente conservaba su derecho a legítima según resultaba «palmariamente» del artículo 834 CC ⁶³.

Por otro lado, la Ley 15/2005 ha suprimido también el antiguo artículo 835 párrafo primero CC, que regulaba los supuestos de litispendencia en procesos de separación conyugal al tiempo de producirse la muerte de uno de los cónyuges determinando la necesidad de esperar al resultado del pleito, que habría de ser continuado por los herederos del premuerto, para, se supone, determinar la procedencia o no del derecho a legítima del sobreviviente.

Habiendo desaparecido la necesidad de determinar al «culpable» de la separación a efectos de mantener o no este derecho legítimo y habiéndose incluido, como veremos seguidamente, la situación de separación de hecho como causa de no adquisición del mismo derecho, carecía de sentido mantener la necesidad de continuar el pleito por parte de los herederos del causante de la sucesión para esperar a su «resultado», pues ni hay que determinar ya si hubo un supuesto «culpable» de la crisis conyugal, ni la misma hace falta que se materialice en una resolución judicial bastando a estos efectos la situación de separación de hecho, en la que hay que suponer se encontrarían tales cónyuges que habían pedido la judicial, que además podrá ser probada por cualquier medio.

Es cierto que el artículo 102.1º CC anuda la cesación de presunción de convivencia conyugal a la admisión y no simple presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio, no obstante lo cual es muy difícil pensar en supuestos en que los cónyuges hayan simplemente pedido la separación judicial o, incluso, se haya admitido a trámite la demanda, en los que se mantenga sin embargo una situación de convivencia propiamente

o el divorcio sean imputables al donatario como causa de revocación de las donaciones por razón de matrimonio (art. 1343 párrafos segundo y tercero CC). Vid. CRESPO ALLUÉ, F., *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*, (Ley 15/2005, de 8 de julio), VVAA, Director: Vicente Guilarte Gutiérrez, Lex Nova, Valladolid, 2005, Comentarios del nuevo artículo 834 CC, pp. 239 y 240; ZARRALUQUI, *Actualización del Derecho de familia y sucesiones*, op. cit., p. 73.

⁶³ Así, según el Fundamento de Derecho 2., «es cierto, ..., que hoy día la idea de la separación-sanción se va sustituyendo por la de separación remedio u objetiva, pero no puede dejarse de lado que en nuestro Código Civil persisten uno y otro sistema, y la generalidad de la doctrina es concorde en el sentido de que la causa recogida en el artículo 82.1ª es una causa que sigue el primero de los sistemas, por lo que el cónyuge fallecido ha sido declarado culpable de la separación por la sentencia que decretó la misma, y, en consecuencia, su viuda conserva los derechos legítimos como resulta palmariamente del artículo 834 del Código Civil». Cfr. R. J. A. núm. 3479.

conyugal que impida hablar de cese efectivo de la misma (no incompatible con la vida en el mismo domicilio), y, por tanto, de separación de hecho ⁶⁴.

2.2.3 Separación de hecho

La introducción de una nueva regulación por la Ley 15/2005 en relación con el papel de la separación de hecho o cese efectivo de la convivencia conyugal en el ámbito sucesorio ha determinado que esta situación deje de actuar únicamente como presupuesto subjetivo, y además con carácter restringido, de la sucesión intestada, para pasar a condicionar ambos derechos sucesorios legales del cónyuge superviviente, su condición de heredero legal y su condición de legitimario, y sin ninguna restricción, pues por un lado se ha incluido como causa de exclusión del derecho a legítima (art. 834 CC) ⁶⁵,

⁶⁴ Se plantea, sin embargo, esta posibilidad, ZARRALUQUI, *Actualización del Derecho de familia y sucesiones*, *op. cit.*, p. 73.

A efectos de sucesión intestada, recuérdese que el nuevo artículo 945 CC excluye el derecho a suceder del cónyuge que sobrevive existiendo también una situación de separación de hecho al tiempo del fallecimiento del causante, sin más requisitos, por lo que no hay tampoco necesidad de una disposición que determine la continuación a estos efectos del pleito de separación que se queda pendiente con la muerte de uno de los cónyuges. Sobre la situación anterior en este punto a la reforma de 2005, *vid.* PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, *op. cit.*, pp. 377 ss.

La misma conclusión se impone en caso de que la litispendencia se plantee con respecto a un proceso de divorcio, al que tras la reforma de 2005 es muy probable que se acuda directamente, sin separación judicial previa (arts. 81 y 86 CC), pues también en estos casos la presunción de cesación de la convivencia conyugal (art. 102.1º CC) llevará directamente a excluir los derechos sucesorios del superviviente. En este sentido, CRESPO ALLUÉ, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*, ..., *op. cit.*, Comentarios del nuevo artículo 834 CC, pp. 244 y ss, y Comentarios del nuevo artículo 945 CC, pp. 291 y 292.

⁶⁵ La nueva redacción del artículo 834 CC procede directamente del Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio, aprobado por el Consejo de Ministros el 17 de septiembre de 2004, habiéndose mantenido intacta a lo largo de toda la tramitación parlamentaria a pesar de la formulación de enmiendas en relación precisamente con el tema de la separación de hecho. Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 16-1, 1 de diciembre de 2004, p. 4, para el Proyecto de Ley 121/000016; Núm. 16-8, 15 de marzo de 2005, p. 52, con la enmienda número 84, formulada por el Grupo Parlamentario Popular, que pretendía no tener en cuenta la separación de hecho a efectos de la legítima viudal alegando las dificultades de prueba que puede acarrear esta situación; núm. 16-10, 12 de abril de 2005, pp. 59, 60 y 63, con el Informe de la Ponencia en el que no se acepta la proposición anterior, y núm. 16-12, 19 de abril de 2005, pp. 73 y 74, con el Dictamen de la Comisión de Justicia y el mantenimiento de la enmienda formulada para su defensa ante el Pleno, respectivamente. Tal defensa se encuentra en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2005, núm. 242, pp. 10 y 12, donde se vuelven a poner de manifiesto las posibles dificultades de prueba que conlleva una situación de separación de hecho, y p. 15, con la réplica en contra de la aceptación de la enmienda sobre la base de su contradicción con el espíritu del entonces Proyecto de Ley. Consecuentemente, se aprueba en los términos del Dictamen. Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 16-13, 6 de mayo de 2005, p. 80.

Para el Senado, cfr. BOCG, Senado, Serie II, Núm. 14(c), 26 de mayo de 2005, p. 25, con la enmienda número 30 del Grupo Parlamentario Popular, que reproduce la del Con-

y por otro han desaparecido los requisitos que anteriormente habían de acompañarla para que funcionara como presupuesto de no atribución del derecho del cónyuge a ser heredero intestado, que fuera de mutuo acuerdo y que constara fehacientemente (art. 945 CC) ⁶⁶.

Con ello se ha conseguido reafirmar el papel de la separación de hecho desde el punto de vista sucesorio en cuanto determinante de la desaparición de la comunidad de vida que justifica la sucesión entre cónyuges, también en el caso de la legítima, pues también en relación con ella la separación de hecho supone la inexistencia del fundamento de su atribución al cónyuge sobreviviente: ambos derechos tienen un presupuesto convivencial, no conyugal, que deriva de la existencia de una presunción de afecto en el caso de la sucesión intestada y de un supuesto deber moral de asistencia en el caso de la legítima que desaparecen ante cualquier situación de ruptura de los cónyuges ⁶⁷.

El criterio del legislador de 2005 ha de elogiarse particularmente en relación con la desaparición de los requisitos que anteriormente habían de concurrir en la situación de separación de hecho para que la misma pudiera generar el efecto de excluir al supérstite de la sucesión legal del premuerto y, lógicamente, ha de valorarse en el mismo sentido por no haber sido reproducidos ahora con relación a la legítima. Como consideramos en su momento, el mutuo acuerdo de los cónyuges a propósito de la separación de

greso; núm. 14(e), 17 de junio de 2005, pp. 39 y 41, con su mantenimiento como Voto Particular para su defensa ante el Pleno ante su no aceptación por el Informe de la Ponencia y el Dictamen de la Comisión de Justicia, y núm. 14(f), 29 de junio de 2005, pp. 47 y 48, con el Texto aprobado, igual al del Congreso. Cfr. la aprobación definitiva por este último en BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 16-15, 5 de julio de 2005, p. 101.

⁶⁶ La reforma del artículo 945 CC no estaba prevista en el citado Proyecto de Ley. Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 16-1, 1 de diciembre de 2004, p. 4. El origen de su toma en consideración en la tramitación parlamentaria se encuentra en la formulación de la enmienda número 49, de adición, por el Grupo Parlamentario Socialista, en la que se propuso dar una nueva redacción al artículo 945 CC que suprimiera los requisitos aludidos que entonces se requerían en torno a la separación de hecho alegándose para ello únicamente la necesidad de unificar criterios a este respecto en relación con la sucesión testamentaria, cuando la legítima, como sabemos, es una institución que opera por igual en la sucesión testada e intestada. Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 16-8, 15 de marzo de 2005, p. 37. Véase también, para el Congreso, el núm. 16-10, 12 de abril de 2005, pp. 59, 60 y 64, con el Informe de la Ponencia que acepta la enmienda; el núm. 16-12, 19 de abril de 2005, p. 73, con el Dictamen de la Comisión de Justicia, y el núm. 16-13, 6 de mayo de 2005, p. 81, con la aprobación por el Pleno.

Para el Senado, sin variaciones, cfr. BOCG, Senado, Serie II, núm. 14(f), 29 de junio de 2005, p. 48, con el Texto que resulta aprobado. Por último, con la aprobación definitiva del Congreso, cfr. BOCG, Congreso de los diputados, Serie A, núm. 16-15, 5 de julio de 2005, p. 101.

⁶⁷ Así lo defendí de *lege ferenda* en *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, *op. cit.*, pp. 406 ss, especialmente, 414 y 415.

hecho debía suprimirse con base en que la sola existencia de esta situación es significativa por sí misma de la desaparición del fundamento que justifica la sucesión del supérstite, de la *affectedio maritalis*, aunque haya sido provocada unilateralmente por cualquiera de ellos ⁶⁸. Por su parte, la referencia a la constancia fehaciente de la situación de crisis conyugal, que estimamos que debía de poder acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho ⁶⁹, ha sido suprimida seguramente por considerarse que, interpretada en este sentido, era superflua, pues si la separación de hecho se configura como un requisito que condiciona la atribución de un derecho la existencia de este requisito habrá lógicamente de probarse en caso de conflicto sin necesidad de que lo diga una norma de forma expresa ⁷⁰.

En cualquier caso, hay que incidir en el hecho de que lo que el legislador considera relevante a efectos de la privación de derechos sucesorios legales en el cónyuge supérstite es la existencia, al tiempo del fallecimiento del causante, de una situación de separación de hecho entendida como cese efectivo de la convivencia conyugal que se produce ante la desaparición de la voluntad de una o ambas partes de continuar su relación marital y, consecuentemente, de la *affectedio maritalis*, lo cual es compatible con el mantenimiento por diversos motivos de la convivencia en el mismo domicilio (antiguo art. 87 CC, hoy derogado) e independiente de su duración en el tiempo.

⁶⁸ Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 394 y ss.

⁶⁹ Vid. op. ult. cit., pp. 397 ss. Como dijo la SAP de Burgos de 26 de enero de 2001 (R. J. A. núm. 82950) ante un caso en el que se pretendía que la constancia fehaciente de la separación de hecho fuera equivalente a constancia documental, «por fehaciente ha de considerarse lo que hace prueba por sí mismo, con tal fuerza y capacidad de convicción que excluye cualquier duda o razonamiento contrario, ...» (Fundamento de Derecho segundo).

⁷⁰ El artículo 216.1 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón mantiene una disposición idéntica a la contenida en la versión anterior del artículo 945 CC en cuanto a la concurrencia de ambos requisitos. Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *El cónyuge separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. Excepción al llamamiento a la sucesión legal en el artículo 216.1 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte. (Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 de marzo de 2003)*. (Revista de Derecho Civil Aragonés, 2001/2002, VII-VIII, pp. 233 ss., especialmente, 246 ss., en las que se pone de manifiesto cómo la constancia fehaciente de la separación de hecho quedó acreditada en el caso que da lugar a la sentencia referida a través de una escritura pública de capitulaciones matrimoniales en la que los cónyuges renunciaron de forma recíproca a sus derechos de viudedad y acordaron fijar libremente su respectivo domicilio: en estas condiciones, la situación de separación de hecho se prolongó durante los quince años previos a la muerte de uno ellos). Curiosamente, el artículo 94 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad aragonesa no ha recogido la separación de hecho como causa de extinción del derecho de viudedad.

2.2.4 *Reconciliación conyugal*

Finalmente, la Ley 15/2005 ha incidido en otro aspecto atinente a los presupuestos subjetivos que determinan la atribución de derechos sucesorios al cónyuge superviviente: la reconciliación conyugal que se produce tras una separación judicial y que, como sigue diciendo de manera completamente superflua el artículo 835 CC (antiguo art. 835 párrafo segundo CC), da lugar a que el sobreviviente conserve su derecho a legítima.

Con la reforma de este precepto el legislador se ha limitado a eliminar la también superflua referencia que se hacía al perdón de los cónyuges ⁷¹, y a introducir, como consecuencia de la aceptación en el Congreso de la enmienda número 65, formulada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), la necesidad de que la reconciliación sea notificada al juzgado que conoció de la separación, «de conformidad con el artículo 84 de este Código», para que posteriormente pueda producir los aludidos efectos sucesorios ⁷².

Con ello no hace sino seguir reiterándose lo que ya se dispone con carácter general a efectos de reconciliación conyugal en dicho artículo 84 CC, que la reconciliación deja sin eficacia las consecuencias jurídicas que hubiera generado la separación judicial anterior: no hace falta que se diga específicamente que «el sobreviviente conservará sus derechos» relativos a la legítima pues ello, al igual que cualquier otro derecho que pudiera corresponderle, por ejemplo, el llamamiento a la sucesión intestada, no constituye sino una consecuencia más de que se produzca la

⁷¹ Su diferencia con respecto a la reconciliación parecía estar en la unilateralidad de la conducta de uno de los cónyuges aunque en la práctica era equivalente a una reconciliación, pues sólo el perdón que daba lugar a una reanudación de la vida matrimonial podía considerarse relevante a efectos de que el superviviente conservara su derecho a legítima. Además, estaba estrechamente ligado a un sistema culpabilista de separación, hoy totalmente destruido. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, *op. cit.*, pp. 385 y 386.

⁷² Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 16-8, 15 de marzo de 2005, p. 44. El Proyecto de Ley 121/000016 sólo preveía en este punto la supresión de la referencia al «perdón» del cónyuge separado que se contenía en el anterior artículo 835 CC Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 16-1, 1 de diciembre de 2004, p. 4. La aceptación y mantenimiento de la enmienda a lo largo de la tramitación parlamentaria en el Congreso puede verse en los núm. 16-10, 12 de abril de 2005, pp. 60 y 63, con el Informe de la Ponencia; 16-12, 19 de abril de 2005, p. 73, con el Dictamen de la Comisión de Justicia, y 16-13, 6 de mayo de 2005, p. 81, con la aprobación por el Pleno.

Para el Senado, sin ninguna modificación, cfr. BOCG, Senado, Serie II, núm. 14(f), 29 de junio de 2005, p. 48, con el Texto aprobado. Finalmente, la aprobación definitiva del Congreso en BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 16-15, 5 de julio de 2005, p. 101.

La misma propuesta la encontramos, en relación con el texto del Anteproyecto de Ley, en ZARRALUQUI, *Actualización del Derecho de familia y sucesiones*, *op. cit.*, pp. 73 y 74.

reanudación de la vida matrimonial con anterioridad a la muerte de uno de los cónyuges; estaremos, en definitiva, ante efectos directos de la reconciliación ⁷³.

Además, y según parece estar en el ánimo del legislador, se imposibilita que las llamadas reconciliaciones tácitas, no puestas en conocimiento del juez que conoció de la separación por «ambos cónyuges separadamente», según la nueva redacción del artículo 84 CC, generen el aludido efecto de la conservación de la legítima del supérstite aun a pesar de haberse producido una reanudación efectiva de la vida conyugal ⁷⁴.

Ello sí era posible que sucediera antes de la reforma si conseguía ser suficientemente probado ⁷⁵, y, en mi opinión, debería de haber seguido posibilitándose con base en la opinión doctrinal mayoritaria que considera que la notificación al juez de la reconciliación producida constituye un deber jurídico de los cónyuges pero no es constitutiva de la misma, que se produce directamente como consecuencia de la reanudación plena de la vida conyugal por voluntad de ambas partes ⁷⁶. El legislador de 2005 ha exigido para la conservación de la legítima del cónyuge separado judicialmente que la reconciliación se notifique al juzgado en una opción clara por la seguridad jurídica, modificando sólo a estos efectos la naturaleza de la notificación ⁷⁷, y siendo incoherente con su propia

⁷³ La reforma del artículo 835 CC debería de haber consistido por ello simplemente en su supresión. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, *op. cit.*, p. 388. A mayores, téngase en cuenta que la posibilidad establecida por la misma Ley 15/2005 de que los cónyuges acudan directamente al divorcio, sin necesidad de separación judicial previa, ha de determinar forzosamente que los casos de reconciliación de cónyuges separados sean muy residuales. *Cfr.* artículos 81 y 86 CC

⁷⁴ La justificación de la enmienda fue precisamente evitar la controversia sobre la efectividad de la reconciliación cuando no se notifica al juzgado. *Cfr.* BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 16-8, 15 de marzo de 2005, p. 44.

⁷⁵ Las reconciliaciones tácitas generaban un problema de prueba de que efectivamente se habían producido como tales y no como simples intentos de reconciliación, recayendo su carga como es lógico en el cónyuge supérstite separado judicialmente que pretendiera conservar el derecho a legítima. Fue el caso de la SAP de Valencia de 5 de mayo de 1999 (*R. J. A.* núm. 5352), en el que la reconciliación no notificada había supuesto una reanudación de la vida conyugal durante los trece años previos al fallecimiento de uno de los cónyuges. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, *op. cit.*, pp. 388 y 389.

⁷⁶ La notificación de la reconciliación facilitará su prueba pero no es un requisito para su validez y eficacia. Por todos, TENA PIAZUELO, I.: *La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2000, pp. 194 ss.

La exigencia de notificación «separada» por parte de ambos cónyuges según el actual artículo 84 CC entiendo que tampoco altera la naturaleza jurídica mayoritariamente atribuida a esta notificación, que sigue sin ser, con carácter general, requisito constitutivo y, por tanto, de eficacia, de la reconciliación conyugal.

⁷⁷ Sobre su práctica, CRESPO ALLUÉ, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*, *op. cit.*, Comentarios del nuevo artículo 835 CC, pp. 262 y 263.

afirmación, por primera vez, del presupuesto convivencial de este derecho manifestada a través de la consideración de la separación de hecho como causa de no adquisición del mismo según la disposición inmediatamente precedente a ésta que ahora comentamos, la contenida en el nuevo artículo 834 CC.

Por añadidura, ahora cabría plantearse la duda de si esta exigencia de notificación es igualmente aplicable por analogía a efectos de la sucesión intestada, en cuya sede no se dice nada al respecto, aunque las razones expuestas entendemos que deben inclinar por su consideración como norma excepcional y, por tanto, no susceptible de ser aplicada analógicamente a un supuesto distinto de aquel al que específicamente está referida (art. 4.2 CC)⁷⁸.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CALATAYUD SIERRA, A.: *Consideraciones acerca de la libertad de testar* (Revista de la Academia Sevillana del Notariado, 1996, pp. 241 ss).
- CARRASCO PERERA, A.: *Acoso y derribo de la legítima hereditaria* (Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 580, 5 de junio de 2003, p. 3).
- CRESPO ALLUÉ, F.: *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio* (Ley 15/2005, de 8 de julio). VVAA. Director: Vicente Guilarte Gutiérrez. Lex Nova. Valladolid, 2005, pp. 229 ss.
- DÍAZ ALABART, S.: *La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente* (art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre). (RDP, 2004, pp. 259 ss).
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. Tecnos. Madrid. 1989.
- ESPIAU ESPIAU, S.: *El usufructo viudal y la legítima de los descendientes* (RJC, 1996, pp. 9 ss).
- FORGEARD, M.-C. / CRÔNE, R. / GELOT, B.: *La réforme des successions* (Loi du 3 décembre 2001). Commentaire & Formules. Répertoire du notariat Defrénois. Paris, 2002.
- GARRIDO DE PALMA, V. M.: *Los nuevos artículos 831 y 1056.2.º del Código Civil. Algunas aplicaciones* (Libro homenaje al profesor don Manuel Albaladejo García. Tomo I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Universidad de Murcia. Murcia, 2004, pp. 2021 ss).
- GOMÁ LANZÓN, I.: *El protocolo familiar* (El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión. Thomson-Civitas. Cizur Menor, 2006, pp. 125 ss).
- LEÑA FERNÁNDEZ, R.: *Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003* (Discapacitado, patrimonio

⁷⁸ Por el contrario, CRESPO ALLUÉ entiende que existe «absoluta identidad de razón» en cuanto a la exigencia de notificación al juzgado de la reconciliación conyugal a efectos de la sucesión intestada. (*Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio, op. cit.*, Comentarios del nuevo artículo 945 CC, p. 294).

- separado y legítima. Cuadernos de Derecho Judicial. XX-2005. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006, pp. 179 ss).
- LLOPIS GINER, J. M.: *La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil*. (La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales. María José Reyes López (Coordinadora). Thomson-Aranzadi. Cizur Menor, 2004, pp. 51 ss).
- MAGARIÑOS BLANCO, V.: *La libertad de testar*. (RDP, 2005, pp. 3 ss).
- MARTÍNEZ DÍE, R.: *Reflexiones tras el 9º Congreso*. (Escritura Pública, Monográfico núm. 4 (suplemento al núm. 34), julio 2005, p. 7).
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *El cónyuge separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. Excepción al llamamiento a la sucesión legal en el artículo 216.1 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte (Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 de marzo de 2003)*. (Revista de Derecho Civil Aragonés, 2001/2002, VII-VIII, pp. 233 ss).
- PÉREZ ESCOLAR, M.: *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*. Dykinson. Madrid, 2003.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *La Cautela galdense o Socini y el artículo 820.3º del Código Civil*. Dykinson. Madrid, 2004.
- RENCHON, J.-L.: *Le statut successoral du conjoint survivant: état du droit et réflexions critiques* (Le statut patrimonial du conjoint survivant. Actes de la 5 Journé d'études juridiques Jean Reanuld. Centre de Droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'Université Catholique de Louvain. Bruylant. Bruxelles, 2004, pp. 5 ss).
- ROCA SASTRE, R. M.^a: *Naturaleza jurídica de la legítima. Teoría de la «debita pars valoris bonorum»* (RDP, 1944, pp. 185 ss).
- ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho Sucesorio «mortis causa»*. Edelce. Sevilla, 1951.
- RUEDA ESTEBAN, L.: *La modificación del párrafo segundo del artículo 1.056 del Código Civil*. (Cuadernos de Derecho y Comercio, 2003, núm. 39, pp. 105 ss).
- RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J.: *La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad*. (AC, 2004, núm. 4, pp. 357 ss).
- TENA PIAZUELO, I.: *La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2000.
- TORRES GARCÍA, T. F.: *La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes discapacitados*. (Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados. Escola Galega de Administración Pública. Xunta de Galicia. Santiago de Compostela, 2005, pp. 341 ss).
- *Legítima, legitimarios y libertad de testar. (Síntesis de un sistema)*. (Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Santander, 9 a 11 de febrero de 2006. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Murcia, 2006, pp. 173 ss).
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XI. Artículos 806 a 857 del Código Civil. Edersa. Madrid, 1982.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Actualización del Derecho de familia y sucesiones*. VVAA. Asociación Española de Abogados de Familia - Dykinson. Madrid, 2005.

Las garantías en la venta de bienes de consumo

GIOVANNA CAPILLI

Abogada

Traducción de M.^a Teresa Álvarez Moreno

T. U. Derecho Civil U. C. M.

RESUMEN

Este trabajo es fruto de la acción integrada italo-española sobre las garantías en la venta de bienes de consumo.

La autora ha estudiado el impacto de la transposición de la Directiva 1999/44/CE en el ordenamiento italiano, donde la disciplina sobre las garantías en la venta de bienes de consumo se han incluido en el nuevo Código de Consumo que entró en vigor el 23 de octubre de 2005.

ABSTRAT

This work is the result of the integrated action italo-spanish about «sale of consumer goods and guarantees».

The author studied the impact of the implementation of the directive 1999/44/CEE into the italian legal system, where the regulation about «certain aspects» of the sale of consumer goods and guarantees has been included into the new consumer code that came into force on 23/10/2005.

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *Las disposiciones comunitarias en la evolución del sistema de las garantías.*–3. *El concepto de conformidad en la Convención de Viena y en la Directiva 99/44/CE.*–4. *La garantía legal en la Directiva 99/44/CE y los destinatarios de la garantía.*–5. *La «nueva» garantía de conformidad del bien con el contrato: la experiencia italiana:* 5.1 *Ámbito de aplicación de la normativa sobre garantías en la venta de bienes de consumo. Ámbito negocial de aplicación.* 5.2 *Ámbito subjetivo y objetivo.*–6. *La obligación de conformidad del bien con el contrato:* 6.1 *Incongruencias y lagunas de la disciplina. En particular, la transferencia del riesgo y el deterioro del bien.*–7. *El concepto de conformidad y las presunciones.*–8. *Los remedios del comprador:* 8.1 *Los remedios*

primarios. 8.2 Los remedios subsidiarios.—9. *El resarcimiento del daño.*—10. *La acción de regreso.*—11. *Los plazos.*—12. *La garantía convencional y su relación con la garantía legal.*

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Civil de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea ha experimentado en los últimos años numerosas innovaciones de particular relieve y algunas verdaderamente radicales bajo el impulso de la legislación comunitaria.

El derecho de los contratos es el sector en el que seguramente más se ha notado la influencia de la intervención comunitaria, sea por causa de la centralidad del fenómeno contractual necesario para el buen funcionamiento del mercado único, o sea para lograr una mayor uniformidad de los diferentes sistemas contractuales previstos en los diversos Estados miembros.

También este fenómeno está determinado por la fuerte promoción de una mayor tutela del consumidor debida a la atribución que el tratado de Maastricht ¹ primero, y después el Tratado de Ámsterdam han conferido a la Comunidad Europea ².

En estos años se ha asistido a la creación de un sistema especial propio relativo a los contratos concluidos con consumidores y han sido numerosas las disposiciones comunitarias establecidas en este ámbito (o todavía pendientes de implementar) en los diversos ordenamientos ³. Cada Estado ha reaccionado de un modo diferente ante la necesidad de transponer la normativa comunitaria debiéndola adaptar al Derecho interno, a tenor de los nuevos intere-

¹ El artículo 129 del Tratado de Maastricht establece la necesidad de garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores.

² El artículo 153 del Tratado de Ámsterdam establece que la tutela de los consumidores sea una política horizontal en el sentido de que se la tenga en consideración en la realización de todas las demás políticas comunitarias.

³ Sólo a título ilustrativo se señalan: Dir. 85/450/CE sobre publicidad engañosa, modificada por la Dir. sobre publicidad comparativa 97/55/CE; Dir. 85/374/CE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por daños producidos por productos defectuosos, modificada por la Dir. 1999/34/CE; la Directiva 84/577/CE para la tutela de los consumidores en caso de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil; la Dir. 87/102/CE relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, modificada por las Directivas 90/88/CE y 98/7/CE; la Dir. 88/378/CE relativa a la seguridad de los juguetes; la Dir. 93/13/CE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; la Dir. 93/22/CE relativa a los servicios de inversión en el sector de los valores mobiliarios; la Dir. 2000/31/CE relativa a algunos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico; la Dir. 2001/95/CE relativa a la seguridad general de productos; la Dir. sobre las prácticas comerciales desleales.

ses desarrollados ⁴, y sobre todo teniendo en cuenta las diversas tradiciones jurídicas (se piensa en aquella de tradición romanista y aquella de derivación anglosajona).

Para comprender mejor el largo camino recorrido por los operadores del Derecho en el intento de encontrar una coherencia útil entre los instrumentos contractuales ofrecidos en el comercio y la evolución de todas las exigencias necesarias del progreso, es preceptivo efectuar un salto al pasado y particularmente al inicio del siglo pasado.

En efecto, la exigencia ⁵ de los países más industrializados de seguir una cierta política económica capaz de imponer el paso de las fronteras nacionales para una mejor utilización de los recursos se retrotrae al inicio del 1900. Esta exigencia ha determinado el gran esfuerzo de establecer una disciplina internacional uniforme que permita a los distintos Estados intentar superar la «nacionalidad» del Derecho.

Pero será necesario llegar a 1963 para ver aparecer, con la Convención del Aja de 1964 (de escaso éxito en cuanto no fue ratificada por muchos Estados), la primera piedra de un proyecto más grande, auspiciado ya en los años 20 por Ernesto Rabel ⁶, consistente en la uniformización del Derecho sustancial en materia de bienes muebles ⁷.

En este clima se instituyó en 1966 la UNCITRAL, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho comercial internacional, y

⁴ El interés de la protección de la parte débil de la relación contractual se suma al interés en la salvaguardia de la libertad de la competencia, en el sentido de garantizar el desarrollo y la racionalidad del mercado a través de la responsabilidad y la corrección en las relaciones entre empresas y consumidores, con el fin de obtener una mejor eficiencia del mercado. CASERTA, *La nozione di consumatore secondo la Casazione*, I Contratti, núm. 4/2000, pp. 431 ss.

No se puede olvidar que, además de garantizar el equilibrio del mercado, entre las finalidades de la disciplina establecida para la tutela del consumidor, se encuentra la de proteger a los sujetos que generalmente no están en condiciones de afrontar los costes y los riesgos derivados del contrato con la misma fuerza y el mismo poder de quien lo ha predispuesto. La Directiva de 1999 es un texto de compromiso: por un lado, entre los intereses de los profesionales y de los consumidores; por otro, entre las soluciones de sistemas jurídicos diferentes, especialmente de aquellos de tradición romanista y aquellos de inspiración anglosajona.

⁵ DAVID, *Il diritto del commercio internazionale: nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria?*, Riv. Dir. Civ. it., 1976, I, pp. 578 ss.; SCHLESINGER, *Comparative Law*, 5 ed., Little Brown, Boston, 1988, pp. 30 ss.; MEMMO, *Il contratto di vendita internazionale nel diritto uniforme*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1983, p. 180 ss.

⁶ Véase la relación sobre el Derecho comparado en materia de venta del Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht de Berlín: RABEL, *Gesammelte Aufsätze, III, Rapport Bleu*, pp. 382 ss., el cual es considerado el verdadero cerebro del proyecto sobre la venta internacional; de hecho, fue él mismo quien en 1929 propuso los trabajos sobre la unificación del derecho de la venta con el conocido como «Informe azul».

⁷ BAINBRIDGE, *Trade Usages in International Sales of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Convention*, Virginia Journal of International Law, 1984, pp. 633 ss.; VAN DER VELDEN, *The Law of International Sales*, Hgue Zagreb Essays, pp. 54 ss.

fue seguida por numerosos proyectos presentados por esta última, con ocasión de la conferencia diplomática de las Naciones Unidas celebrada en Viena en 1980, en la que se llegó a la aprobación de la Convención Internacional sobre la venta de mercaderías, que tiene naturaleza de Tratado Internacional de libre ejecución, y ha sido ratificada el 11 de diciembre de 1985 por Italia, el 1 de enero de 1988 por Francia y en 1990 por España ⁸.

Este segundo paso adelante ha tenido un gran consenso, puesto que se ha ratificado por más de 30 Estados, y ha sido tomada como modelo, bien sea para la reforma del Derecho nacional interno en varios países ⁹, o bien sea por la redacción de la Directiva objeto del presente estudio ¹⁰. También ha influido la simplicidad de su redacción, así como la consiguiente comprensión y adaptación del texto a las diversas exigencias de los numerosos Estados.

Pero el mayor mérito de esta Convención radica en haber reunido las normas en materia de obligaciones y de derechos procedentes del contrato. En particular, la Convención de Viena se ha orientado hacia la unificación de las diversas acciones en relación con la noción de falta de conformidad del bien con el contrato en las ventas internaciones de mercaderías entre profesionales.

Este esquema lo ha seguido indudablemente el legislador europeo, mientras que, con la Directiva 99/44/CE sobre algunos aspectos de la garantía en la venta de bienes de consumo, ha introducido la noción de conformidad en las relaciones entre vendedores profesionales y consumidores.

La libertad de circulación de productos en Europa es, a menudo, un dato fáctico cuya consecuencia natural no puede ser otra que intentar uniformar los derechos y las obligaciones de los operadores y de los destinatarios del gran mercado.

La Directiva mencionada, en efecto, testimonia la voluntad precisa de la Comunidad de establecer una protección uniforme mí-

⁸ AA.VV, *La vendita internazionale, La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Giuffrè, 1981 (que recoge los trabajos del Congreso de S. Margherita Ligure de septiembre de 1980).

⁹ FERRARI, *Vendita Internazionale di beni mobili*, Bologna, ed. Zanichelli, 1994, p. 14.

¹⁰ Ya en 1952 RABEL escribía que: «la unificación legislativa del derecho comercial tiene una vía segura frente a sí, y no puede parar su curso; la venta es su punto de arranque natural...; desde tiempo atrás y todavía hoy la venta ha operado como el instrumento jurídico por excelencia para la creación de obligaciones convencionales; destacando cómo en sus líneas esenciales, permanece como el contrato típico más utilizado y el mecanismo más útil para los cambios de mercancías en los mercados nacionales e internacionales: confirmando una vez más su liderazgo histórico; y al propio tiempo la venta es la que prepara la evolución de aquel sector que pronto se espera que se convierta en el Derecho internacional de las relaciones jurídicas privadas». Véase Rabel, *The Hague Conference on the Unification of Sales Law*, en 1 Am. J. Comp. L (1952), 68-69.

nima para los consumidores europeos, basada completamente sobre un nivel de protección que toca el corazón del derecho de la venta.

2. LAS DISPOSICIONES COMUNITARIAS EN LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE LAS GARANTÍAS

Es evidente la finalidad perseguida por las instituciones europeas para la realización de una armonización del Derecho privado europeo, mediante numerosas Directivas comunitarias que afectan a diversos sectores.

Pero es mérito del Parlamento Europeo que el mundo político y el de los operadores económicos y del derecho hayan encontrado la oportunidad de realizar no sólo un espacio económico, sino también un espacio jurídico europeo ¹¹, que permita perseguir el objetivo de la realización de la «aproximación» del derecho de la venta, en cuanto instrumento contractual más utilizado ¹².

Las numerosas Directivas se suman a las convenciones internacionales que regulan supuestos de hecho particulares o tipos contractuales y el *acquis communautaire* es ya una realidad ¹³.

¹¹ CARBONE S. M., *Spazio giuridico europeo*, en Collana del Diritto del commercio internazionale, Giuffrè, 2003.

¹² ALPA, *L'armonizzazione del diritto contrattuale ed il codice civile europeo*, en *Economia e diritto del terziario*, 1, 2004.

¹³ ALPA – Andenas, *Fondamenti del diritto privato europeo*, en *Trattato di diritto privato a cura di Iudica e Zatti*, Giuffrè, 2005, p. 332, el cual sostiene que: «Para definir el ámbito del *acquis communautaire* en materia de contratos es necesario remover algunas opciones que varían según la perspectiva de investigación adoptada por el intérprete. Cada opción amplía o restringe el campo de indagación. Se puede, por lo tanto, proceder desde el ámbito más restringido al más amplio y verificar los resultados que se obtienen, teniendo en cuenta diversos criterios de sistematización de la materia:

1) El criterio terminológico, que sirve para clarificar el significado de los términos utilizados en las fuentes comunitarias, constituido por el Tratado para la Constitución Europea (que ha sido firmado, pero todavía no ratificado por los 25 Estados miembros) y por los Tratados en los que se han consolidado los textos normativos que se han sucedido desde los años 50 hasta hoy, por los Reglamentos y las Directivas, así como las decisiones del Tribunal de Justicia.

2) El criterio conceptual, que sirve para clarificar las nociones o conceptos utilizados por el legislador o el juez comunitario.

3) El criterio sustancial o de contenido, que sirve para clarificar los contenidos de las disposiciones o de la interpretación.

4) El criterio teleológico, que sirve para clarificar los fines perseguidos por el legislador o el juez.

5) El criterio ius-político, que sirve para clarificar las técnicas de resolución de conflictos de los intereses implicados en las materias reguladas.

Estos criterios, todos ellos presentes en la indagación de los intérpretes no siempre son explicitados: A veces, los fines de la reconstrucción del acervo comunitario son múltiples. Al menos se deben considerar:

1) Los fines cognitivos, desde el momento en que la enorme producción normativa puesta en marcha por los órganos comunitarios, con un ritmo impresionante, crea proble-

El proceso de «aproximación» ha venido precedido y facilitado por un intenso estudio por la doctrina de los distintos países europeos que se ha activado, bien para verificar la existencia de un *common core* de reglas, institutos, valores inherentes al Derecho privado en los ordenamientos de los Estados miembros, o bien para efectuar profundos análisis en algunas materias que requieren una armonización, como el derecho de los consumidores, el derecho bancario y asegurativo, el comercio electrónico, y de paso, para elaborar un modelo de código uniforme que abarque materias de Derecho civil y mercantil ¹⁴.

Sobre la base de las precedentes Resoluciones y teniendo en cuenta la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento, (este último ha asumido, el 15 de noviembre de 2001, una nueva Resolución sobre «la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros» a la que nos remitimos ¹⁵, por no poder darle espacio en esta sede), el Parlamento Europeo, a partir del proceso de consulta y discusión preparado con la Comunicación de la Comisión sobre Derecho contractual europeo de julio de 2001 con el fin de individualizar el modo de afrontar a nivel europeo los problemas derivados de las divergencias entre los derechos contractuales nacionales en la unión, ha iniciado el camino a un plano de acción dirigido a: *i*) Acrecentar la coherencia de la compra comunitaria en el campo del derecho comunitario; *ii*) promover la elaboración de cláusulas contractuales Standard aplicables en el conjunto de la UE; *iii*) examinar posteriormente si los problemas ligados al derecho contractual europeo no requieren soluciones específicas no sectoriales, como un instrumento opcional.

Perfectamente en línea con la perspectiva de unificación y armonización del derecho de los Estados miembros de la UE se

mas de cognoscibilidad de las reglas por sus destinatarios, e incluso por parte de los órganos de producción.

2) Los fines sistemáticos, desde el momento en que este cuerpo normativo (incluyendo las disposiciones y su interpretación) crea problemas de coordinación y superposición.

3) Los fines funcionales, desde el momento en que este cuerpo normativo debe ser valorado desde el plano de su eficacia, bien en el sentido de la rápida adaptación por parte de los Estados miembros de las reglas introducidas, o bien en el sentido de los efectos, económicos y sociales, que esto provoca».

¹⁴ Para un conocimiento de estos trabajos, *vid.* ALPA, *Diritto privato europeo*, en *Studi in on. di C. M. Bianca*, Giuffé, Milano, en prensa.

¹⁵ Se trata de la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001 (A5-0384/2001), con la que se ha exhortado a la Comisión a presentar propuestas dirigidas a revisar las actuales Directivas relativas a la protección del consumidor en lo relativo al derecho contractual, para remover las cláusulas de armonización mínima que han impedido la institución de una normativa uniforme a nivel comunitario, en detrimento de la protección del consumidor del buen funcionamiento del mercado interno.

Vid. sobre este punto la Comunicación del 2003 núm. 68 que contiene un plan de acción en materia de derecho contractual europeo.

ubica la Directiva 99/44/CE sobre «algunos aspectos de la venta y la garantía de los bienes de consumo», que indudablemente constituye una de las normativas más importantes adoptadas en favor de los consumidores europeos y responde a la preocupación de estos últimos, los cuales al realizar compras en el extranjero, podrían encontrarse con productos que después de la compra se manifiestan defectuosos ¹⁶. Es evidente, en efecto, que el desarrollo de la UE y del espacio económico interno han vuelto, cada vez más apremiante la exigencia de consentir a todos los ciudadanos europeos la realización de negociaciones en los diversos Estados miembros sobre la base de una normativa de referencia uniforme, dirigida, por un lado, a incrementar las relaciones transfronterizas; y, por otro, a reducir el escepticismo que en los agentes económicos suscita el encontrarse en un derecho extranjero. Por tales motivos, el legislador comunitario ha preparado el proceso de armonización de las reglas jurídicas en materia de compraventa, con particular referencia al sistema de las garantías, con el objetivo de permitir a los consumidores, que residan en un Estado miembro, de adquirir libremente mercancías en el territorio de cualquier otro Estado miembro con un nivel mínimo uniforme de normas equitativas que disciplinan la venta de bienes de consumo ¹⁷.

Ello se debe a que se habían encontrado numerosas diferencias, por ejemplo, en la noción de producto defectuoso, en la duración de la garantía legal, en las acciones dirigidas a obtener la eliminación del defecto, así como en las condiciones necesarias para poder valerse de la garantía.

A la luz de lo que se ha dicho, debe ser leído e interpretado el libro verde sobre las garantías y los servicios postventa de los bienes de consumo ¹⁸, que condujo posteriormente a la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo, pero del que quedan, todavía, algunos aspectos abandonados (se piensa en toda la problemática relativa a los servicios postventa). El legislador europeo ha tomado en consideración la notable diversidad de las legislaciones nacionales en el tema de la venta con particular referen-

¹⁶ La Directiva no ha intentado armonizar completamente las normativas nacionales en materia de venta, como resulta de su propio título, que afecta tan sólo a «algunos aspectos» de la venta de bienes de consumo y de las garantías relativas a éstos.

¹⁷ La Directiva 99/44/CE ha sido definida como la Directiva más importante que se haya negociado jamás a favor de los consumidores europeos (así Emma Bonino, Comisaria Europea de Política de Consumidores).

¹⁸ El Libro Verde sobre las garantías en la venta de bienes de consumo, DOCE COM. 93/378 del 28 de julio de 1993, pertenece a los libros verdes de última generación, que tratan de suscitar un debate incluso fuera de las instituciones comunitarias; de hecho, fue publicado por la Comisión, para estimular un amplio debate sobre la delicada materia de las garantías antes de la adopción de la normativa.

cia a la noción de «no conformidad»¹⁹ con el contrato de los bienes adquiridos por los consumidores, si bien se ha puesto de relieve que algunas disposiciones comunitarias contradicen tal finalidad (*vid.*, por ejemplo, las normas que imponen un orden jerárquico de remedios previstos, antes de prever la libertad de elección²⁰).

El Libro Verde, en efecto, analiza los problemas que encuentran los consumidores en materia de garantías legales y comerciales y de servicios postventa, con ocasión de adquisiciones transfronterizas y define, por un lado, la garantía legal como la protección tradicional existente en todos los Derechos nacionales en virtud de la cual el vendedor responde frente al comprador por los defectos de los productos vendidos; y, por otro, la garantía comercial, como las ventajas adicionales ofrecidas opcionalmente por el vendedor²¹.

Del examen de los sistemas jurídicos nacionales se deduce que: *i*) existen diferencias tales que puede no ser fácilmente determinable el derecho aplicable a las cuestiones de garantía legal; *ii*) los consumidores tienden a no conocer las disposiciones del derecho extranjero; *iii*) las condiciones de garantía comercial, que son diferentes de un país a otro, no disfrutan de un marco jurídico definido, con la consecuencia de que el consumidor difícilmente puede determinar el alcance efectivo de su propio derecho, así como las condiciones prácticas de su aplicación, y también si, en general, puede valerse de la garantía reconocida en su país.

Esta dificultad ha tratado de subvenir la Directiva 99/44/CE, cuyo plazo de recepción expiraba el 1 de enero de 2002. En dicha

¹⁹ Vale la pena subrayar que la noción de conformidad con el contrato es extraña a la tradición jurídica de algunos Estados miembros, entre ellos, por ejemplo, Francia, Italia y España, en los que está presente el concepto –controvertido– de vicio oculto. De ello se deduce la necesidad de coordinación de las normas que regulan la misma materia.

²⁰ Para estas notas críticas se reenvía a LUMINOSO, *La compravendita*, Giappichelli, 2003, p. 297, según el cual: «El texto de la Directiva denuncia tales contradicciones, dado que junto a la finalidad de garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores, aparecen fines que contrastan con tal finalidad, y sobre todo el de asegurar protección al mercado mediante algunas disposiciones dirigidas a proteger más al vendedor-profesional que al consumidor-comprador».

Sobre este punto, entre otros, *vid.* también: DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità...*, p. 22.

²¹ *Vid.* COM (93) 509 final, en JOCE 1994, N. C. 205, p. 562 y en JOCE 1994 N. C. 295, p. 14; European Consumer Law Group (grupo de expertos europeos en Derecho de consumidores), *The EU green paper on guarantees for consumer goods and after sales services – A response*, 17 JCP 1994, p. 363; CRANSTON, *The green paper on guarantees*, *Consum. L. J.* 1995, p. 110; TENREIRO, *Garanties et services après-vente – Brève analyse du livre vert présenté par la Commission européenne*, en REDC 1994, 3.

En particular, del estudio del Derecho comparado se deduce que, para los bienes de mayor valor para los que las peticiones al extranjero podían parecer más ventajosas respecto a los precios internos, los consumidores encontraban fuertes dificultades frente a las garantías legales o comerciales, en cuanto en la fase de ejecución del contrato las garantías constituyen un criterio esencial en la decisión de compra especialmente cuando el producto y el precio son factores claves en la fase de formación del contrato.

fecha, sólo algunos países habían realizado la transposición: Austria con la *Gewährleistungsrecht-Änderungsgesetz-GewRÄG* 8 de mayo de 2001, en vigor desde el 1 de enero de 2002, que modifica el ABGB y la *Konsumertenschutzgesetz*; Alemania con la reforma del *Schuldrecht* que a su vez ha renovado la disciplina de la venta; Finlandia con la Ley de recepción núm. 1258/2001 de 19 de diciembre de 2001, que entró en vigor el 1 de enero de 2002.

En Italia, la transposición de la Directiva se ha realizado mediante el Decreto Legislativo de 2 de febrero de 2002, núm. 24, que ha modificado el Código Civil, introduciendo desde el artículo 1519 *bis* al 1519 *nonies*²², hoy insertados en el Código de Consumo, artículos 128 ss.²³

Han realizado la transposición con retraso: Holanda, con la Ley de 6 de marzo de 2003; Portugal, con el Decreto-Ley núm. 67/2003 de 8 de abril de 2003; España, con la Ley 23/2003 de 10 de julio de 2003; Inglaterra, con la «*Sale an Supply of goods to consumers regulations 2002*», entrada en vigor el 31 de marzo de 2003; Irlanda, con la *Europeans Communities (Certain Aspects of the Sale of Consumers Goods and Associated Guarantees) Regulations 2003* (Statutory Instrument núm. 11 de 22 de enero 2003); Grecia, con la Ley de 2002, núm. 3043; Dinamarca, con la Ley de 22 de abril 2002 (que ha reformado la Ley general sobre la compraventa de 1906); Suecia con la *Consumer Sale Acts*, que ha entrado en vigor el 1 de abril de 2005; Luxemburgo con la Ley de 21 de abril de 2004; Bélgica con la Ley de 1 de septiembre de 2004, que entró en vigor el 1 de enero de 2005; Polonia, con la Ley de 27 de julio de 2002, entrada en vigor el 1 de enero de 2003; Eslovenia, con el *Act Consumer Protection* de 2003; Hungría ha modificado el Código civil de 1 de julio de 2003 armonizándolo con la Directiva 99/44/CE; Francia con la *ordon-*

²² Hay que señalar que el 22 de julio de 2005 el Consejo de Ministros aprobó el Código de Consumo. Se trata más que de un texto único, de una reelaboración orgánica del Derecho de los consumidores, que ha intentado concentrar en el «Código de Consumo» todas las disposiciones relativas al consumidor, aunque algunos aspectos relativos a los contratos bancarios, mercados financieros y contratos de seguro no están contemplados.

Ciertamente, haber recogido «casi» todas las disposiciones en un «código» constituye una notable ventaja para los consumidores reforzando su tutela mediante una obra de simplificación y coordinación legislativa.

El C. Cons. contiene una norma en el artículo 146 con la que se derogan todas las normas insertadas en el CC, y las precedentemente derogadas, con el fin de evitar (también en vía interpretativa) su revivificación. También los artículos 1519 *bis* ss., han sido derogados, por lo que las normas que regulan las garantías en la venta de bienes de consumo están hoy contenidas en el C. Cons., en los artículos 128-135.

Nuestro análisis hará referencia, por tanto, a estos preceptos.

²³ El texto del Código de Consumo se ha publicado en el *Boletín* del 24 de julio de 2005, y oficialmente en la G.U. del 10 de octubre de 2005, y ha entrado en vigor el 23 de octubre de 2005.

nance del 17 de febrero de 2005, ratificada con la Ley 2006-406 del 5 de abril de 2006 ²⁴.

La Directiva sobre la venta de bienes de consumo es considerada como una de las intervenciones comunitarias más importantes en el sector del Derecho privado, como también lo fue la aprobación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, especialmente por su objetivo de armonización de las reglas e individualización de un núcleo mínimo esencial de garantías inderogables por las partes, que permite aportar ventajas tanto en las ventas transfronterizas, como en las ventas del mercado interno ²⁵.

El legislador comunitario, mediante una base mínima de reglas comunes, desvinculadas del lugar de la venta del bien, ha querido crear una disciplina homogénea que tuviese en cuenta el mercado interno único y la moneda común, y que garantizase un mayor nivel de protección del consumidor adquirente, incentivándolo a realizar adquisiciones transfronterizas ²⁶.

La estructura de la Directiva es prácticamente la típica de la legislación comunitaria: contiene una parte dedicada al ámbito de aplicación y las definiciones; y una segunda parte, dirigida a regular los derechos reconocidos al adquirente consumidor.

Una de las novedades sustanciales de la disciplina comunitaria reside en haber introducido una garantía (legal) concebida a partir de un concepto unitario y general de «conformidad del bien con el contrato», adoptando así un tratamiento uniforme para todas las anomalías materiales de la cosa (vicios, falta de calidades esenciales o prometidas, *aliud pro alio*) para las que se ha previsto un conjunto de medidas de tutela y remedios articulado, pero al mismo tiempo homogéneo ²⁷.

En cualquier caso, desde la óptica del legislador comunitario permanece como una disciplina sectorial, puesto que no se ha intro-

²⁴ Francia ha sido condenada por el TJCE por la falta de adaptación de la Directiva comunitaria, por Sentencia de 1 de julio 2004, C-311/03. Hay que señalar que, todavía hoy están incurso en causas sancionatorias por falta de transposición en los plazos señalados, Bélgica, o Luxemburgo. Véase la Sentencia de 19 de febrero de 2004, causa C-312/03 y C-310/03 publicadas en la página web: <http://Europa.eu.int/jurisp>.

²⁵ Cfr. LUMINOSO, *Vendita, Contratto Estimatorio*, Giappichelli, 2004, p. 258, el cual señala los siguientes ámbitos en los que se manifiesta el diseño unificador del legislador comunitario en tema de garantías: «a) Los diversos tipos contractuales...; b) la contraposición entre ventas internas (sometidas a las concretas leyes nacionales) y ventas internacionales...; c) las diversas tipologías –según las particulares leyes nacionales– de vicios y defectos...; d) la distinción entre defectos preexistentes a la venta y defectos sucesivos...; e) la diversidad existente entre formas de responsabilidad y modelos de remedios con respecto a las distintas clases de defectos...».

²⁶ Así también TRAI SCI, *articolo 1519 bis co. 1-2, lett.a*, en *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, coordinado por Patti, Giuffrè, 2004, p. 6.

²⁷ LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 44/99/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, en *Contratto e impresa /Europa*, 2001, p. 107.

ducido en relación con todas las ventas, sino tan sólo para aquellas protagonizadas por consumidores con profesionales y que tengan por objeto bienes muebles de consumo; esto mismo, ha creado, por otra parte, fuertes discusiones a la hora de transponer la Directiva.

Al igual que otras Directivas comunitarias de tutela del consumidor, también esta Directiva ofrece una tutela de carácter mínimo, dejando «a salvo» el ejercicio de derechos distintos y ulteriores, respecto a los expresamente reconocidos en ella, eventualmente atribuidos al consumidor por las específicas legislaciones nacionales; y, autorizando además a los Estados miembros a mantener en su propio Ordenamiento interno disposiciones dirigidas a asegurar a los consumidores un nivel de protección más elevado con respecto al garantizado ²⁸ por la Directiva.

3. EL CONCEPTO DE CONFORMIDAD EN LA CONVENCIÓN DE VIENA Y EN LA DIRECTIVA 99/44/CE

A pesar de un título bastante «modesto», la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo constituye un texto muy importante y ambicioso ²⁹. El concepto unitario de conformidad sobre el que se funda toda la normativa de las garantías encuentra su equivalencia más cercana ya en la Convención de Viena de 1980 ³⁰ sobre la

²⁸ DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, en *I contratti dei consumatori* a cura di Gabrielli e Minervini, Utet, 2005, pp. 973-974.

²⁹ STANDENMAYER a propósito de esta Directiva afirma que se trata de una «milestone in the european consumer and private european law», en REDP 2000, 4, pp. 547-564.

³⁰ Sobre la Convención de Viena se puede ver: D. CORAPI, *La direttiva 99/44/Ce e la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: verso un nuovo diritto comune della vendita?*, en *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 655; GRAFFI, *L'applicazione della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili in alcune recenti sentenze italiane*, en *Eur. Legal Forum*, 2001, p. 240; FERRARI, *Problematiche tipiche della convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili risolte in una prospettiva uniforme* (nota a Trib. Vigevano 12 julio 2000, Soc. Rheinland Versicherungen c. Soc. Atlarex e altro), en *Giur. It.*, 2001, p. 281; FERRARI, *Contratti di distribuzione, ambito di applicazione «ratione materiae» della Convenzione di Vienna del 1980: gli insegnamenti che si possono trarre dalla giurisprudenza straniera* (nota a Cass., sez. un., 14 diciembre 1999, núm. 895, Imperial Bathroom Company Plc. c. Soc. Pozzi sanitari), en *Giust. Civ.*, 2000, I, p. 2334; LIGUORI, *Il diritto uniforme della vendita internazionale: prassi e tendenze applicative della Convenzione di Vienna del 1980*, en *Riv. Dir. Civ.*, 1999, I, p. 143; CALLEGARI, *La denuncia dei vizi nella Convenzione di Vienna: un difficile incontro con il criterio del «reasonable man»* (nota a sent. Pret. Torino 30 enero 1997, Soc. C. e M. c. Bankintzopoulos e OE), en *Giur. It.*, 1998, p. 982; LIGUORI, *La convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili nella pratica: un'analisi critica delle prime cento decisioni* (ficha bibliográfica en Studium Iuris, 1996, 765), en *Foro It.*, 1996, p. 145; FERRARI, *L'ambito di applicazione della convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1994, p. 893; CAPPUCIO, *La deroga implicita nella convenzione di Vienna del 1980*, en *Dir. Comm. Internaz.*, 1994, p. 861; BONELL, M. J., *La prima decisione italiana in tema di Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale* (nota a sent. Trib. Monza 14 enero 1993, Soc. Nuova Fucinati c. Fondmetall international A.B.), en *Giur. It.*, 1994, I,

venta internacional³¹; el cual viene entendido como la no correspondencia del bien con el contrato, y más en general, con las legítimas expectativas del comprador (la convención no se ocupa del aspecto de la transferencia de la propiedad, sino sólo de la entrega del bien)³².

La previsión de una obligación unitaria de conformidad conlleva que el concepto de vicio adquiera la máxima extensión, tanto por comprender, sobre un plano objetivo, las hipótesis de déficit vinculadas a causas preexistentes a la entrega, como sobre un plano subjetivo, la no correspondencia del bien con las expectativas declaradas por el comprador en el momento de la compra.

La disciplina de la garantía se ha reconstruido en clave de incumplimiento contractual³³ y se indican los remedios comunes contra éste.

En particular, el artículo 46 de la Convención prevé, en caso de no conformidad de la mercancía con el contrato, el remedio de la reparación, siempre que ésta no sea irrazonable según las circunstancias, o bien de la sustitución, cuando el defecto de conformidad represente una inobservancia esencial del contrato³⁴.

pp. 2, 145; VENEZIANO, *La convenzione di Vienna vista attraverso le opere di commento a carattere generale e le prime applicazioni giurisprudenziali*, en *Riv. Dir. Comm.*, 1992, I, p. 925; BIN, *La non conformità dei beni nella convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1990, p. 755; BONELL, M. J., *La convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: origini, scelte e principi fondamentali*, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1990, p. 715; DE NOVA, *L'ambito di applicazione ratione materiae della convenzione di Vienna*, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1990, p. 749; AA. VV., *La vendita internazionale, La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Giuffrè, 1981.

³¹ BIN, *La non conformità dei beni nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, en *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.* 1990, pp. 755-768; NEGRI, *I vizi della cosa nella vendita internazionale di beni mobili (Italia-Francia)*, en *Riv. Dir. civ.* 1987, pp. 127-149; ZICCARDI, *Vizi della cosa venduta, Convenzione di Vienna e comparazione giuridica*, en *Scintillae iuris, Studi in memoria di Gino Gorla*, Giuffrè, 1994, II, pp. 1373-1395; RAYNARD, *De l'influence communautaire et internationale sur le droit de la vente – quand une proposition de directive s'inspire d'une convention international pour compliquer, encore, les recours de l'acheteur*, en *RTDC* 1997, pp. 1020 ss.; id., *Droit communautaire et vente – les enjeux d'une transposition à venir (directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation*, en *RTDC*, 2000, 440. Sobre la influencia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Estados, *vid.*: Grundmann, *Introduction*, en *La directive communautaire sur la vente ...*, a cura di Bianca-Grundmann-Stijns, Paris, 2004, pp. 24 ss.

³² El artículo 35 establece que «el vendedor tiene que entregar bienes de la cantidad, calidad y tipo requerido por el contrato...» y que «salvo acuerdo en contrario de las partes los bienes son conformes al contrato si (...) son idóneos para el uso genérico esperado, o para el uso específico requerido».

Se precisa que el bien es conforme (art. 35) cuando posee las características necesarias para su funcionamiento. Se alude tanto a las características que las partes han tenido presentes en la negociación, como los estándares cualitativos objetivos de funcionamiento, en línea con aquellos propios del país donde el bien es vendido o destinado. Se comprende (art. 36) tanto el caso de vicios preexistentes (apartado 1), como el supuesto (apartado 2) de incumplimientos relativos a la fase de la entrega (por ejemplo, el vendedor tendría que haber embalado el bien de un determinado modo, pero ha realizado un embalaje insuficiente que ha causado daños a la mercancía, con posterioridad al traspaso del riesgo).

³³ Ver también SCARPELLO, *articolo 1469 bis núm. 14*, en *Le clause vessatorie nei contratti dei consumatori*, Giuffrè, 2003, p. 524.

³⁴ Según BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, en *Il Codice Civile. Commentario fundado por Schlesinger*, Giuffrè, 2004, p.180, el recurso a la sustitución de la cosa defectuosa

En el ámbito de esta normativa asumen particular relevancia, por un lado, la certeza de las obligaciones asumidas por las partes, y por otro, la conservación del contrato, lo que garantiza la seguridad del tráfico internacional entre operadores económicos profesionales.

La disciplina uniforme no prevé la distinción entre garantías y obligaciones del vendedor, pero atribuye al comprador (art. 46 CV) la acción de exacto cumplimiento del contrato, mediante la reparación o la sustitución del bien, de tal modo que se mantiene en pie la operación económica³⁵.

Los remedios de la sustitución y la resolución son admisibles frente al vendedor (aunque no sea el constructor) sólo en caso de defecto esencial y no remediable, mientras que existe una obligación general de colaboración del comprador para poner al vendedor en condiciones de remediar el incumplimiento³⁶.

Queda así abandonada la teoría de la garantía de los ordenamientos continentales, que presenta una evidente dificultad conceptual de considerar que el incumplimiento contractual no sólo puede no depender de la culpa del vendedor, sino que puede ser ignorado por éste o ser preexistente a la venta. La CV cumple aquel revolucionario paso adelante, después seguido por la Directiva 99/44/CE, que no consiste sólo en considerar el vicio un incumplimiento del contrato, sino sobre todo en predisponer eficaces remedios que permitan al vendedor profesional intervenir en un tiempo razonable, concretando tales remedios en la entrega sustitutiva de otro bien idéntico y privilegiando el mantenimiento del contrato respecto a la resolución. De este modo, la CV crea remedios más adaptados al mundo industrial, permitiendo al productor obtener un gran ahorro de costes mediante la reparación o la sustitución del bien. Las ventajas de este «sistema» son evidentes también para los consumidores, los cuales, en la venta de productos en serie examinan el bien a través de sumarias referencias al catálogo (o folleto), y pueden verificarlo, sólo en un segundo momento, a través de la utilización del mismo. Se hace así referencia a un modelo objetivo (la conformidad) que marca la medida del juicio.

a la única hipótesis de «inobservancia esencial del contrato» encuentra su fundamento en razones de carácter económico.

³⁵ CORAPI, *La direttiva 99/44/CE e la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: verso un nuovo diritto comune della vendita?*, en *L'attuazione della direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa, Atti del convegno internazionale dedicato alla memoria di A. Trabucchi*, Cedam, 2002, p. 137.

³⁶ En sustancia, se acoge el planteamiento de países del *common law* de considerar el defecto/vicio como prestación deficitaria (*non performance*) que causa un incumplimiento contractual culpable (*breach of contract*) con un abanico de posibilidades de tutela más amplio para el comprador, el cual puede reaccionar solicitando el cumplimiento (la reparación), la resolución, la sustitución del bien y la reducción del precio.

La Directiva sobre la garantía de los bienes de consumo re-toma el concepto de conformidad de la Convención, facilitando en esto al consumidor que no tiene que elegir entre las varias hipóte-sis de vicios, falta de calidad, o *aliud pro alio*.

Todavía la solución elegida por el legislador comunitario pre-senta algunas peculiares diferencias respecto a la normativa de De-recho uniforme (es decir, la CV), entre las cuales, debe señalarse, en primer lugar, el carácter dispositivo y derogable de las normas de Derecho uniforme, respecto al carácter imperativo de las propias de la Directiva que conllevan la ineficacia de pactos que no la res-peten. Por otra parte, mientras el ámbito de aplicación de la CV se define en términos objetivos, con exclusión de las ventas no mer-cantiles, es decir, los bienes adquiridos para uso personal, familiar o doméstico, la Directiva tiene un ámbito de aplicación definido, tanto en términos subjetivos, con referencia a las partes del contrato (profesional y consumidor), como objetivos (bienes de consumo).

Existen ulteriores diferencias en lo dispuesto, respectivamente en el artículo 2 de la Directiva y 35 CV: la normativa comunitaria, además de aludir a la idoneidad del uso al que sirven habitual-mente bienes del mismo tipo, establece además que el bien es conforme si presenta la calidad y las prestaciones de un bien del mismo tipo, que el consumidor puede razonablemente esperar, ha-bida cuenta de la naturaleza del bien, y en su caso, de las declara-ciones públicas sobre las características específicas del bien reali-zadas con conocimiento del vendedor, por el productor, o por su representante, en particular, en la publicidad y en el etiquetado ³⁷.

En síntesis, a salvo de ulteriores profundizaciones sobre esta materia, la Directiva precisa, sobre todo, que el vendedor profesio-nal del bien (sea productor o revendedor) está obligado a entregar un bien conforme y que la conformidad es la síntesis de la calidad del bien, tal como sea descrita por el vendedor, requerida por el comprador, o elogiada por el productor en la presentación del pro-ducto. La normativa contempla, por lo tanto, la venta por un pro-fesional a un consumidor, excluyendo las ventas entre particulares y las ventas entre profesionales.

La conformidad contractual aparece así como una categoría más amplia que el vicio/defecto, puesto que comprende casos en los que, propiamente, no se puede hablar de vicios: por ejemplo, se entrega un coche de color amarillo en vez de negro ³⁸. En particular, se aban-

³⁷ Cfr. CORAPI, *La direttiva e la convenzione di Vienna...*, *op. cit.*, en Atti del con-vegno in onore di Trabucchi, p. 138.

³⁸ Para ulteriores ejemplos, *vid.* LEO, *articolo 1519 ter*, in *L'acquisto di beni di consumo*, Ipsa, 2002, p. 23.

dona la concepción de vicio oculto (criterio de valoración estático), a favor del concepto más dinámico de conformidad, que tiene en cuenta: *a)* las cualidades declaradas por el vendedor; *b)* las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo (mismo estándar tecnológico); *c)* la calidad esperada en dicho bien (estándar de calidad mínima del bien). Se trata de conceptos ciertamente nuevos para aquellos ordenamientos como el italiano (que no conocía tal noción) o como el francés (que conoce la acción de conformidad, *stricto sensu*, y la acción de garantía por vicios ocultos).

Debe señalarse, que respecto a la CV, la Directiva aunque más breve, contiene numerosas reglas e ideas que no se encuentran en la CV, adaptándose así a las necesidades actuales, tanto como para poder ser considerada modelo de internacionalización de los derechos nacionales del contrato, sobre todo a la luz de su relación no sólo con la Convención sino con los proyectos de Código europeo o de *lex mercatoria* desarrollados en Europa (PEDC y UNIDROIT). Por otra parte, la Directiva tiene una relevancia práctica superior respecto a la de la Convención por la influencia que tiene y puede asumir sobre los Derechos nacionales ³⁹.

Sobre todo se debe subrayar la importancia que tiene desde la perspectiva del análisis económico del Derecho; de hecho, la garantía en materia de venta constituye: *i)* una especie de póliza de seguro, a través de la cual el vendedor asegura al comprador frente a lo que es un evento negativo e incierto, esto es, el vicio o defecto del producto; *ii)* un índice de calidad, siendo el nivel de calidad de un bien inversamente proporcional a la importancia del defecto; *iii)* un sistema de reducción del riesgo ⁴⁰.

Tratándose, sin embargo, de una Directiva dirigida a realizar una armonización mínima, se ha dejado un cierto margen de maniobra, que, por eso mismo, ha dado lugar en la transposición de la Directiva en los ordenamientos internos de los Estados miembros, a adaptaciones divergentes, con la consiguiente diversidad de regímenes.

4. LA GARANTÍA LEGAL EN LA DIRECTIVA 99/44/CE Y LOS DESTINATARIOS DE LA GARANTÍA

En el seno de la Directiva se suele distinguir entre garantía legal y garantía comercial. Teniendo en cuenta que la armonización, en

³⁹ Cfr. Grundmann, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁰ Para un análisis detallado de los perfiles de análisis económicos del derecho sobre la Directiva 99/44/CE se reenvía a GOMEZ, *Analyse économique de la directive*, en *La directive communautaire...*, a cura di Grundmann, Bianca, Stijns, *op. cit.*, p. 64.

primer lugar, contempla esencialmente la primera, nuestro estudio se concentrará sobre la legal.

No obstante, es necesario hacer algunas precisiones:

La normativa comunitaria, de hecho, no habla expresamente de «garantía legal», sino de «responsabilidad» del vendedor; el término «garantía», sobre todo, está indicado para designar las garantías contractuales, suplementarias y ofrecidas libremente por el profesional (vendedor, productor u otros).

La explicación de esta diferente terminología radica en el hecho de que no todos los Estados miembros conocen la mencionada bipartición mediante la cual, el legislador comunitario se ha limitado a contraponer la responsabilidad del vendedor a la garantía comercial, utilizando sólo para esta última el término «garantía».

En esencia, la garantía legal disciplinada en la Directiva comunitaria consiste en la obligación, impuesta al vendedor final, de entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato.

En tal caso, se consagra una aproximación unitaria al concepto de incumplimiento del contrato, en el que deben incluirse también las hipótesis de falta de entrega, cumplimiento tardío, vulneración de la obligación de transferir la propiedad, y los defectos de conformidad ⁴¹.

Antes de continuar, es necesario aclarar quiénes son los destinatarios de la disciplina comunitaria en cuanto dicha noción resulta diferente en los Estados objeto de nuestro estudio.

Los juristas europeos, en efecto, están obligados a efectuar una *summa divisio* entre una de las partes clásicas en el contrato de venta (adquirente) y la figura del consumidor (adquirente *sui generis*), entendido como persona física (en Italia) o también jurídica (por ejemplo en Francia y España) que adquiere un bien o servicio para un uso no profesional ⁴².

El consumidor se convierte, así, en un sujeto de derecho, destinatario de una particular protección y de nuevos derechos, al margen de los tradicionalmente estipulados para las partes en un contrato de compraventa ⁴³.

La persona física que para fines no profesionales contrata con un sujeto que actúa en el ámbito de su actividad profesional o

⁴¹ Cfr. BIANCA, artículo 3 – *Droit et remèdes du consommateur*, en *La directive...*, *op. cit.*, p. 184.

⁴² Es necesario subrayar que muchos autores consideran la noción de consumidor indeterminable. Se trata, de cualquier modo, de una posición extrema que ciertamente no ayuda en el estudio de esta temática.

⁴³ El TJCE ha facilitado en diferentes etapas una reconstrucción del concepto de consumidor: se reenvía a las siguientes sentencias: 21 de junio de 1978 en C.150/77, *Raccolta*, 1978, p. 1431; 19 de enero de 1993, C 89/91, *Raccolta* 1993, I, p. 139; 14 de julio de 1994 C.353/92, *Boletín CEE* núm. 22/94.

de empresa, deberá beneficiarse, en cuanto parte débil de la relación contractual, de formas particulares de protección más incisivas, que corresponden a diferentes aspectos del contrato, por lo que se sus trae al régimen general previsto para la venta en el ordenamiento.

La importancia de dar una definición de «consumidor» se puede observar desde varias perspectivas; como se ha puesto de manifiesto ⁴⁴, en efecto, su tutela se estructura, desde el punto de vista de técnica normativa, por una parte sobre un nivel definitorio de la noción de consumidor y de asociaciones de consumidores; y por otra, sobre un nivel institucional que contempla el papel de las asociaciones en el ámbito judicial e institucional. Por otra parte, tiene no poco relieve, la valoración de los motivos que hacen necesaria su determinación, y que generalmente vienen identificados en la necesidad de preparar «reglas y remedios tales para proteger los intereses considerados simultáneamente meritorios y débiles» respecto a aquellos del profesional ⁴⁵.

Por otra parte, tampoco se puede menospreciar el hecho de que la definición deba extraerse de las contenidas en el ámbito de las Directivas comunitarias y de su normativa de adaptación al Derecho interno, en la mayor parte de las cuales, se considera consumidor, en efecto, quien adquiere un bien o un servicio para fines no relacionados con la actividad empresarial o profesional realizada ⁴⁶.

En Italia, la definición de consumidor ⁴⁷, ahora en el artículo 128 del Código de Consumo, tiene el siguiente tenor literal: «Per-

⁴⁴ Cfr. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, cit., p. 33.

⁴⁵ Cfr. ALPA, *Ancora sulla definizione di consumatore*, cit., p. 205

⁴⁶ En tal sentido Alpa, *ult. op. cit.*, p. 34.

⁴⁷ En particular sobre la noción de consumidor, puede verse: ALPA, voce *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, en *Digesto Disc. Priv. Sez. civ.*, Utet, 2001, p. 542; ALPA, *Ancora sulla definizione di consumatore*, en *Contratti* 2001, p. 205; ALPA, *Consumatore*, en *Contratto e impresa*, 1987, p. 313; ALPA, *Gli usi del termine «consumatore» nella giurisprudenza*, en *NGCC*, 1999, II, p. 4; MENGIOZZI, *La nozione di consumatore, la direttiva CEE 93/13 ed il diritto italiano*, en *Contratto e impresa/Europa*, núm. 1/2002, p. 54; GHIDINI-CERASANI, *Consumatore (tutela del) (diritto civile)*, en *Enc.dir.Ag.*, V, Milano, 2001; LOFFARI, *Le nozioni di consumatore e di professionista*, en *I contratti in generale*, IV, tomo 1, en *Il diritto privato nella giurisprudenza* coordinado por Paolo Cendon, Utet, 2001, pp. 157 ss.; DI MARZIO, *Intorno alla nozione di «consumatore» nei contratti*, en *Giust. Civ.* 2001, IX, p. 2149; MICKLITZ, H., *La nozione di consumatore nel par.13 BGB*, en *Riv.dir.civ.* 2001, I, p. 623; CAPPUCCIO, *Sulla nozione di «consumatore» tra diritto comunitario e nazionale*, en *Nuovo diritto*, 2000, p. 114; CHINÈ, *Consumatore (contratti del)*, en *Enc.dir.*, Agg., IV, Milano, 2000; COREA, *Ancora in tema di nozione di «consumatore» e contratti a scopi professionali: un intervento chiarificatore*, en *Giust.civ.* 2000, I, p. 2119; MONTINARO, *La figura giuridica di consumatore nei contratti di cui al capo XIV bis titolo II del libro IV del codice civile*, en *Giust. Civ.* 1998, II, p. 218; GATT, *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie*, en *Giust. Civ.* 1998, p. 2341; GATT, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, en *Commentario al Capo XIV – BIS del codice civile: dei contratti del consumatore*, coordinado por C. M. Bianca y F. D. Busnelli, en *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, p. 808; ANTONIOLLI, *Il consumatore, un personaggio in cerca di autore*, en *Resp. civ. prev.* 1995, p. 968.

sona física que actúa con fines ajenos a la actividad empresarial o profesional desempeñada»⁴⁸; si bien, la nueva formulación no hace referencia explícita a los contratos, se considera que la «naturaleza contractual de la actividad relevante para la aplicación de la disciplina de la venta de bienes de consumo se puede recabar con seguridad del tenor comprensivo de la propia disciplina»⁴⁹.

La definición de consumidor⁵⁰ contenida en el Código de Consumo se caracteriza por dos elementos: uno positivo, repre-

Entre las numerosas máximas en las que se ha utilizado la locución de consumidor, podemos citar: Trib. Roma 20 de noviembre de 1999, en *Giust.civ.* 2000, 2117, segundo, a tenor de la cual: «es consumidor el sujeto que adquiere un bien o servicio para utilizar en el ámbito de la propia actividad empresarial o profesional siempre que no entre en el marco de tal actividad la conclusión de contratos del mismo género del celebrado. En efecto, con el fin de establecer si el contratante ha actuado «con fines ajenos a la actividad empresarial o profesional habitualmente desempeñada», es necesario verificar si la conclusión de tal contrato es o no un acto de la profesión de quien adquiere el bien o el servicio, como lo es para su contraparte».

Se considera que sólo la persona física puede ser calificada como consumidor: Corte Costituzionale 22 novembre 2002, núm. 469, en *Contratti* 2003, p. 653 (nota de Capilli); Trib. Firenze 4 aprile 2001, en *Gius* 2001, p. 2137, según la cual: «la cualidad de consumidor, presupuesta por la aplicabilidad de la disciplina especial dictada por los artículos 1469 *bis* ss. puede ser concedida sólo a una persona física, debiéndose excluir su extensibilidad a las personas jurídicas»; Cass. 25 luglio 2001 núm. 10127, en *Mass.Giur.it.* 2001, según la cual: «para aplicar la disciplina prevista en los artículos 1469 *bis* ss., relativa a los contratos del consumidor, debe ser considerado «consumidor» la persona física que, aunque desarrolle una actividad empresarial o profesional, concluye un contrato ... para la satisfacción de exigencias de la vida cotidiana, ajenas al ejercicio de dicha actividad, mientras que debe ser considerado «profesional» tanto la persona física como jurídica, sea pública o privada, que, en cambio, utiliza el contrato ... en el marco de su actividad empresarial o profesional»; Trib. Lucca 4 luglio 2000, en *Giur. Merito* 2001, p. 6; Trib. Ivrea 5 ottobre 1999, en *Danno e resp.* 2000, p. 861; Trib. Lanciano 31 ottobre 2001, en *Giur.Merito* 2002, p. 649, según la cual: «la disciplina del contrato del consumidor es aplicable sólo a las personas físicas, con exclusión de las personas jurídicas. Se debe señalar, además la sentencia del Juez de Paz de Civitanova Marche 4 dicembre 2001, en *Giur. Merito* 2002, p. 654, según la cual: «es entendible como consumidor final, y no como profesional, para favorecerse de los artículos 1469 *bis* ss. CC. el caso del pequeño empresario individual (en el supuesto de hecho, vendedores de periódicos y artículos de monopolio), el cual para fines que atañen a la empresa adquiere en *leasing* un vehículo celebrando un contrato que no entra en el tipo de actividad empresarial desempeñada».

Atribuyen a la cualificación de consumidor a la comunidad: Trib. Bologna 3 ottobre 2000, en *Riv.giur. edil.*, 2001, I, p. 865; véase también Cass. Ordinanza 27 luglio 2001 núm. 10086, en *Contratti* 2001, p. 1077 (commento di G. Capilli), cuya orientación ha sido superada con la sentencia de Cass. 28 agosto 2001 núm. 11282, en *Contratti* 2002, núm. 1 (nota di Senigaglia).

En la jurisprudencia de la Corte di Giustizia se puede ver: Corte Giustizia Comunità Europea, 22 novembre 2001, cause riunite C-541/99 e C-542/99, en *Foro It.*, 2001, IV, p. 501, a tenor de la cual: «la noción de consumidor, tal como está definida en el artículo 2.b) de la Directiva del Consejo de 5 de abril de 1993, 93/13/CEE, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos estipulados con consumidores debe ser interpretada en el sentido de referirse exclusivamente a las personas físicas»; y también, en *Corr. Giur.* 2002, p. 445 (commento di Conti).

⁴⁸ Por último, sobre la noción de consumidor, CHINE', *La nozione di consumatore nel diritto vivente*, in *Lezioni di diritto privat europeo*, Cedam, 2007, p. 895

⁴⁹ Cfr. RICCI, comentario a «*La nozione di consumatore*», en *La vendita dei beni di consumo* (arts. 128-135 del d. lgs. 6 settembre 2005 núm. 206), Commentario a cura di C. M. Bianca, in *NLCC* 2006, núm. 2, p. 351.

⁵⁰ Sobre los caracteres de las definiciones procedentes de fuentes internacionales y comunitarias, ALPA, *Ancora sulla definizione di consumatore*, *cit.*, 206.

sentado por la necesaria cualidad de persona física ⁵¹, con la consiguiente consecuencia de excluir a todos los entes diversos de la persona física que actúen con finalidad no lucrativa; y uno negativo, que se concreta en la ajenidad al fin profesional o empresarial de la actividad realizada; y ello llevaría a excluir a todos aquellos que actúan con finalidad lucrativa, como pequeños empresarios, artesanos, profesionales agrícolas o empresas familiares.

En todo caso, se trata más que de un *status*, de uno de los roles que un sujeto puede desempeñar en la dinámica del mercado ⁵².

Por otra parte, hay que señalar, respecto al dictado de la Directiva, que la norma italiana se caracteriza por diferencias bastante exiguas, limitadas a la precisión de la actuación ajena a la actividad empresarial o profesional, por la marcada distinción existente en nuestro país entre ellas ⁵³.

Considerando, por un lado, estos dos elementos, y en particular el criterio basado en el propósito de la actividad desempeñada; y, por otro, cuanto se ha puesto en evidencia por la Consulta, esto es la finalidad de armonizar las legislaciones nacionales, la predisposición de medios de tutela comunes dirigidos a permitir una mayor simplificación de las relaciones jurídicas de los ciudadanos; así como las diversas legislaciones nacionales y el Proyecto de Código Civil Europeo, no se puede sino llegar, siguiendo las motivaciones de los jueces constitucionales, a resultados restrictivos que inducen a excluir la categoría de los pequeños empresarios, artesanos y empresarios agrícolas ⁵⁴.

La cuestión no es de poca envergadura si se considera que en otros países (Francia y España por ejemplo) la noción de consumidor, ni siquiera después de la intervención de la Corte de Justicia ⁵⁵, no es todavía uniforme ⁵⁶.

Sobre la noción de consumidor en el BGB, véase: MICKLITZ, *La nozione di consumatore nel §13BGB*, en *Riv. dir. civ.* 2001, I, p. 623.

⁵¹ CESARÒ, *op. cit.*, 99, el cual concreta la *ratio* de la norma en la «desigualdad contractual derivada de la asimetría económica e/o informativa de las partes, debida al menor poder económico o a la particular situación de debilidad cognoscitiva de los consumidores que carecería de los necesarios conocimientos técnicos especializados que le permitirían estar adecuadamente instruido acerca del contenido del contrato y de los derechos y obligaciones que derivan de él.

⁵² RICCI, *op. cit.* p. 354.

⁵³ ASTONE, artículo 1469 bis, 2.º *comma*, en Alpa-Patti, *op. cit.*, pp.106 ss.

⁵⁴ Más a fondo en PALMIERI, *Consumatori, clausole abusive e imperative di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte Costituzionale*, *cit.*, p. 339.

⁵⁵ *Vid.* nota 47.

⁵⁶ A título ejemplificativo, se puede ver una sentencia de la Cour de Cassation francesa del 15 de marzo 2005 que recurre a la noción de «no profesional» de que habla el artículo L. 132-1 del Code de la consommation para justificar la tutela de una persona morale (o jurídica) en relación con cláusulas abusivas.

5. LA «NUEVA» GARANTÍA DE CONFORMIDAD DEL BIEN CON EL CONTRATO: LA EXPERIENCIA ITALIANA

Como ya se ha señalado, la disciplina sobre las garantías en la venta de bienes de consumo se ha insertado en el nuevo código de consumo, que ha entrado en vigor el 23 de octubre de 2005.

Respecto a los artículos 1519 bis ss. insertados con la transposición de la Directiva en el Código Civil, el texto de las nuevas normas no presenta diferencias salvo en la parte de las definiciones. La noción de consumidor se ha incluido en el artículo 3 del Código de Consumo.

El «traslado» del Código Civil al Código de Consumo de estas normas, y de aquellas sobre cláusulas abusivas ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina, que se ha preguntado si ello comporta una simple obra de «maquillaje» normativo, o por el contrario tiene un significado ulterior; es decir, si tales normas, una vez suprimidas del Código Civil han perdido su carácter de normas generales para ser interpretadas como *lex specialis*, o, por el contrario, se debe considerar que su inserción en este código de sector no incide sobre su interpretación ⁵⁷.

La opinión dominante considera que la venta de bienes de consumo queda incluida como un caso especial de la venta civil disciplinada en el Código Civil, cuyas normas se aplicarán en lo que no esté previsto en el título específico que regula la venta de bienes de consumo ⁵⁸.

5.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE GARANTÍAS EN LA VENTA DE BIENES DE CONSUMO. ÁMBITO NEGOCIAL DE APLICACIÓN

La disciplina de origen comunitario y la normativa de adaptación, definen el ámbito de aplicación, ahora en el artículo 128 C. Cons. (antes en el derogado art. 1519-*bis* CC it.), titulado «ámbito de aplicación y definición», en el que se individualizan los tipos contractuales susceptibles de ser incluidos en el campo de actuación de la norma. El «grupo de contratos» a los que se aplica la garantía de conformidad comprende, no sólo la venta, sino todos aquellos contratos de abaste-

⁵⁷ Sobre el punto ALPA, *Presentazione al codice del consumo*, in www.consiglionazi onaleforense.it

⁵⁸ BIANCA, in *Commentario* a cura di Bianca, in NLCC, 2006, pp. 317 ss.

cimiento de bienes, como el contrato de suministro (excepto el de agua, gas y energía eléctrica), la permuta, el arrendamiento de servicios, el contrato de obra y todos los contratos dirigidos a la obtención de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse.

Por lo que respecta a la venta, se consideran comprendidas: las ventas nacionales e internacionales, ventas de cosas genéricas o de cosas futuras, venta con eficacia real diferida, venta a prueba o sobre tipo de muestra, ventas a plazo, y también las ventas de bienes de consumo, tanto si tiene eficacia real como meramente obligatoria.

La previsión del contrato de permuta se ha considerado oportuno introducirla ⁵⁹ especialmente en relación a las recurrentes hipótesis de cambio entre profesionales y consumidores de bienes usados ⁶⁰.

Se incluyen también los contratos de arrendamiento de servicios y de obra que tengan por objeto la realización de «bienes de consumo». Se ha considerado ⁶¹ que en tal ámbito hay que considerar las hipótesis en que el profesional se obliga a efectuar sobre bienes muebles propiedad del consumidor, intervenciones destinadas a alterar sus características, en cuanto la prestación de hacer que asume el profesional determina la transformación del bien en cuestión en un bien nuevo y distinto se configurará como contrato de servicios o de obra, y, por lo tanto, le será aplicable el artículo 128 C. Cons. (antiguo art. 1519 bis, párrafo 1.º CC it.); en cambio, en los casos en que el bien no sufra tal transformación como consecuencia de la intervención del profesional, no se aplicará la nueva normativa.

El artículo 128 C. Cons., por otra parte, contiene una especie de cláusula de cierre que equipara a la venta «todos los contratos dirigidos al suministro de bienes de consumo» ⁶²; lo cual ha susci-

⁵⁹ En el Derecho español, aunque no se menciona expresamente, también se considera incluida la permuta, tal como ha señalado la doctrina. Cfr. ÁLVAREZ MORENO, M.ª T. «El ámbito de aplicación de la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», en *Garantía en la venta de bienes de consumo*, coordinado por Silvia Díaz Alabart, Madrid 2006, pp. 38-40.

⁶⁰ CIATTI, *L'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva comunitaria sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, en *Contratto e impresa/Europa*, 2000, p. 434 ss.

En particular sobre los bienes usados se ha emitido una sola sentencia, del Giudice di Pace di Acireale del 22 marzo 2005, publicada en *Contratti* núm. 12/2005 (commento di M. DONA).

⁶¹ DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, en *I Contratti dei consumatori* a cura di Gabrielli e Minervini, II tomo, Utet, 2005, p. 984 sub nota 42.

⁶² Sobre la interpretación de esta norma, *vid.* RICCI, *op. cit.* pp. 323-325 el cual, subrayando la relación entre Directiva comunitaria y normas de adaptación, ha puesto en evidencia la naturaleza de la disciplina de la norma, mediante la cual: «la causa específica de los contratos sometidos a la disciplina de la venta de bienes de consumo puede ser la propia de cualquier otra figura contractual típica o atípica conexas con la suministración del bien del consumo, sin importar que se trate de un bien presente o por fabricar o producir en ejecución del contrato; dado que la entrega sea realizada por un suministrador profesional a un consumidor y determina la adquisición de bienes para éste último».

tado evidentes problemas interpretativos, por ejemplo, en relación a la aplicabilidad de esta regulación al contrato de *leasing*⁶³, que pese a estar muy difundido, todavía hoy tiene una calificación muy controvertida⁶⁴.

En general son tres las formas de *leasing* que se utilizan en el tráfico jurídico: a) *Leasing* financiero; b) *Leasing* operativo; c) *Lease back*.

Sobre este punto, merece señalarse lo indicado en la nota explicativa difundida por la Dirección General para la armonización del Mercado y la Tutela de los Consumidores, del Ministerio de la Actividad Productiva, según la cual: «todos los contratos típicos equiparados a la venta prevén la transferencia de la propiedad de un bien mueble tras el pago del precio. Por este motivo quedan excluidos del ámbito de aplicación los contratos en los que no se verifica la transferencia de la propiedad, como el arrendamiento, o bien aquellos que no prevean el pago de un precio por el consumidor al profesional, como el comodato». El Ministerio, por lo tanto, ha excluido el «*leasing* financiero» de la aplicación de la normativa en consideración a la dificultad de identificar quién sea el «vendedor», es decir, el sujeto obligado a prestar la garantía legal.

En sentido contrario, parte de la doctrina⁶⁵ se inclina por considerar que «la disciplina de la venta de bienes de consumo debería aplicarse a todos los contratos de *leasing* financiero en los que ya en el momento de la estipulación se haya reconocido al usuario la facultad de adquirir el bien a la finalización del plazo y que dicho contratante sea un consumidor y la actividad del suministrador tenga carácter personal». Tal tesis se funda sobre el presupuesto de que la adquisición de un bien no debe ser necesariamente inmediata, sino que podría ser también diferida.

5.2 ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO

El segundo párrafo del artículo 128 C. Cons. mediante la habitual técnica adoptada por el legislador comunitario, contiene la definición preliminar de las nociones utilizadas.

⁶³ Sobre el punto, AQUARO, *Contratto di leasing e nuova disciplina della vendita di beni di consumo*, en *Vita not.* 2004, p. 457, el cual excluye la aplicabilidad de la venta de bienes de consumo; en sentido contrario ZACCARIA-DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, Ipsoa, 2002, p., 15; MANNINO, en AA.VV., *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, coordinado por Garofalo, Cedam, 2003, p. 32.

⁶⁴ MANNINO, *articolo 1519 bis*, en *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo* coordinato da Garofano, pp. 15 ss.

⁶⁵ RICCI, *op. cit.*, p. 326.

Las nuevas normas se aplican a los contratos celebrados entre profesionales y consumidores para procurar a este último un bien de consumo, al margen de las garantías convencionales que vendedores o productores, en el ejercicio de la propia actividad profesional, asuman frente a los consumidores a los que se haya «vendido» un «bien de consumo».

Por lo tanto, no están sujetos a la aplicación del artículo 128 C. Cons. todos los contratos que no reflejen el ámbito subjetivo requerido por la Directiva; lo que equivale a decir que quedan excluidos los contratos entre particulares o entre profesionales ⁶⁶.

La Directiva y la norma de adaptación contienen también la definición de «bien de consumo», en el sentido de «cualquier bien mueble, incluso por piezas» que sea destinado a un uso o consumo privado ⁶⁷, excepto «1) los bienes objeto de venta forzosa o así mismo, vendidos según otras modalidades de la autoridad judicial, también mediante delegación a los notarios; 2) El agua y el gas, cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en una cantidad determinada; 3) la energía eléctrica».

De esto se deduce que «bien de consumo» no es otra cosa que cualquier bien mueble, incluso por piezas, material, o inmaterial, adquirido por un consumidor, excepción hecha de los bienes expresamente excluidos por el legislador. Si el elemento diferenciador está constituido por el destino del bien al mercado de los consumidores ⁶⁸, entran en dicha categoría todos los bienes muebles, incluso usados, fungibles y no fungibles ⁶⁹, y también aquellos bienes que no se caractericen por el requisito de la materialidad, como el software, aunque no se haya incorporado a un soporte material ⁷⁰.

⁶⁶ No entran en el concepto tampoco los contratos en los que un consumidor vende un bien de consumo a un profesional, que por ejemplo, ejerce una actividad de reventa de bienes usados.

⁶⁷ En tal sentido se puede ver también la Sentencia Gruber de la CGCE del 20 gennaio 2005, C-464/2001, que en tema de contratos concluidos con consumidores según la Convención de Bruselas ha establecido que: «un sujeto que ha celebrado un contrato relativo a un bien destinado a un uso, en parte profesional, y en parte ajeno a su actividad, no tiene el derecho de valerse del beneficio de las reglas de competencia específicas previstas en la Convención de Bruselas en materia de contratos celebrados con consumidores, salvo que el uso profesional sea tan marginal que tenga un papel desdeñable en el contexto global de la operación de que se trata, siendo irrelevante a tal respecto el hecho de que predomine el aspecto extraprofesional», para un comentario me permito reenviar a CAPILLI, *La nozione di «contratti conclusi da consumatori»*, en *Casi scelti in tema di diritto privato europeo*, Cedam, 2005, pp. 11 ss.

⁶⁸ Cfr. ROSSI CARLEO, *articolo 1519 bis, 2° comma, lett. b)*, en *Commentario a cura di Patti, op. cit.*, p. 30.

⁶⁹ En sentido contrario ROSSI CARLEO, *op. cit.*, p. 32.

⁷⁰ En tal sentido DE NOVA, en AA. VV., *op. cit.*, p. 18; ROSSI CARLEO, *op. cit.*, en *Commentario a cura di Patti p. 29*.

Merece alguna consideración la cuestión relativa a la fungibilidad o no del bien mueble de consumo objeto de la disciplina en estudio.

No se puede compartir la tesis en virtud de la cual el destino de los bienes muebles al mercado de consumo permitiría afirmar que sólo pueden ser considerados bienes de consumo los producidos en serie o fabricados según criterios estándar, con exclusión, por lo tanto, de los bienes realizados de manera artesanal.

A tal propósito, y a la luz de la finalidad de la disciplina introducida, la exclusión de los bienes «artesanales»⁷¹ no se justifica, en cambio, si se afirma que «bien de consumo» es todo bien mueble adquirido por un consumidor para uso privado. Por otra parte, también en el caso de que el bien constituya un objeto único, podrían aplicarse las presunciones de conformidad tal como aparecen enunciadas en el artículo 129 C. Cons. (antiguo art. 1519 *ter* CC) teniendo en cuenta que las circunstancias indicadas por la norma no deben coexistir necesariamente (se piensa especialmente en la letra *b*) «conformidad con la muestra o modelo») sino que hay que tener presentes las circunstancias que concurren en ese contrato concreto⁷².

La fungibilidad⁷³ del bien no viene exigida por la norma, ni tampoco puede deducirse de los remedios concedidos al consumidor en caso de defecto de conformidad, esto es, reparación o sustitución, resolución del contrato o reducción del precio.

En particular, se considera que también un bien no fungible puede ser reparado, mientras que por lo que respecta a la sustitución, la ley, al dejar la elección al consumidor entre los remedios indicados en el artículo 130 C. Cons. (1519 *quater* derogado) establece que tal elección está limitada en caso de imposibilidad (del remedio) o de excesiva onerosidad, pero por otra parte, la imposibilidad debe ser objetiva, como en el caso de bienes no fungibles.

Evidentemente, a tenor de lo dicho *supra*, se excluyen de la disciplina los bienes inmuebles, derechos de crédito y derechos sobre propiedad intelectual e industrial⁷⁴.

⁷¹ Se piensa por ejemplo en un espejo, una caja u otro bien, no producido en serie, adquirido por un consumidor, que presenta falta de conformidad respecto al contrato celebrado. También en el caso en que un bien se hubiese encargado por un consumidor a un profesional se considera posible aplicar la tutela contenida en los artículos 128 ss.

⁷² Se reenvía a la Nota Explicativa del «Ministero delle Attività Produttive» consultable en la página de internet www.minindustria.it

⁷³ En el Derecho español, cuando se trata de compra de un bien no fungible, se priva al consumidor del remedio de la sustitución artículo 6.g de la Ley 23/2003 de 10 de julio de garantías en la venta de bienes de consumo. Cfr. ALVAREZ MORENO, M.^a T., «El ámbito de aplicación de la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», *op. cit.*, pp. 34-35.

⁷⁴ MANNINO, artículo 1519 bis (*ambito di applicazione e definizioni*), *op. cit.*, p. 45.

El legislador comunitario e igualmente el italiano han querido someter a los remedios ofrecidos al consumidor en caso de defecto de conformidad con el contrato de bienes de consumo también a los bienes usados, pese a que las nuevas normas deberán ser aplicadas «teniendo en cuenta el tiempo de utilización previa»⁷⁵, y además «limitándolo a los defectos que no se deriven del uso normal de la cosa»⁷⁶.

En relación con estas previsiones, hay que aportar algunas precisiones sobre qué se entiende por «uso normal» y por «utilización previa»⁷⁷.

Si por lo que respecta al uso previo se puede considerar que sea el efectuado por precedentes propietarios del bien adquirido hasta el momento de la transferencia de la propiedad a otro consumidor, mayor perplejidad supone la expresión final de la norma relativa a la exclusión de la garantía legal por los defectos del bien que deriven del uso normal de la cosa.

Se entiende que con tal expresión se pretende excluir de la garantía aquellos casos de no conformidad provocados por el desgaste de la cosa debido al uso normal de la misma⁷⁸.

Uno de los aspectos más innovadores de esta disciplina radica en la regulación de la compraventa de bienes de segunda mano, ámbito en el que en el pasado se consideraba que el comprador asumía los riesgos y peligros de la compraventa, y que se excluía cualquier garantía por vicios⁷⁹.

No obstante, la interpretación de las nuevas reglas en esta materia es un poco controvertida. Por ejemplo, se piensa en la expresión «uso normal de la cosa»: el legislador ha previsto la exclusión de

⁷⁵ Considera discutible la elección del legislador comunitario de incluir los bienes usados, ROSSI CARLEO, *op. cit.*, p. 51: «ya que cada bien usado muta las propias cualidades originarias en razón del particular uso al que ha estado sometido, en virtud del cual asume una diversa identidad y sus propias características específicas, por lo que (además de volver inaplicable el remedio típico de la sustitución, el bien usado podría no ser fácilmente confrontado con otros bienes de consumo de la misma especie, como en cambio es siempre posible para los bienes nuevos producidos o fabricados en serie o mediante criterios estándar».

⁷⁶ Subraya la desafortunada expresión de la norma DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, *op. cit.* p. 987, y también ROSSI CARLEO, *op. cit.*, pp. 51-52.

⁷⁷ Sobre la utilización previa, Di Pietropaolo, *vid. Commento al comma 3 dell'art. 1519 bis*, en AA.VV. *Commentario a cura di Mannino*, *op. cit.*, pp. 109 ss.

⁷⁸ La propia jurisprudencia en materia de garantías en bienes muebles usados ha afirmado siempre que: «también en la venta de cosas muebles usadas opera la garantía por vicios del artículo 1490 CC, debiendo distinguirse el vicio de la cosa del desgaste que haya tenido debido al uso normal» (Cass. 24 gennaio 1995 núm. 806).

⁷⁹ Se ha subrayado que tal disciplina afecta en particular a la venta de vehículos usados, (y también de vehículos de km 0) que es el principal mercado de bienes de segunda mano. *Vid.* REPRESA POLO, *Los derechos del consumidor ante el incumplimiento de la obligación de conformidad*, en *Garantía en la venta de bienes de consumo*, coordinado por Silvia Díaz Alabart, Madrid 2006, pp. 146-147.

la garantía concedida a favor del consumidor por los defectos que deriven del tal uso ⁸⁰. Parece ⁸¹ entonces, que la garantía opera precisamente en relación con aquellos defectos que se deriven del uso «anormal» del bien; razonando de este modo, se imputaría al vendedor (a quien ha reintroducido el bien en el mercado) el mal funcionamiento del bien derivado de un uso anómalo del mismo por parte de los precedentes usuarios del mismo, y el vendedor asumiría sobre sí la responsabilidad por vicios provocados por hechos ajenos.

Para los bienes de segunda mano no puede recurrirse al remedio de la sustitución evidentemente por la dificultad de encontrar un bien perfectamente correspondiente al bien usado.

Se ha observado ⁸² que tampoco se podría cumplir el remedio de la reparación del bien vendido como usado cuando la no conformidad con el contrato consista en que el bien está más usado de lo que ha declarado o aparentado el vendedor.

6. LA OBLIGACIÓN DE CONFORMIDAD DEL BIEN CON EL CONTRATO

Tal como dispone el artículo 129, apartado 1.º C. Cons. el vendedor tiene «la obligación de entregar al consumidor bienes conformes al contrato», lo que significa que debe subsistir una correspondencia entre el bien entregado al consumidor y cuanto se ha previsto en el contrato ⁸³.

La doctrina se ha preguntado sobre la naturaleza de esta obligación. Algunos consideran que se trata de una verdadera y propia obligación que dimana del contrato de venta, distinta de la obligación que tiene por objeto la transferencia de la posesión de la cosa ⁸⁴. Otros piensan que se trata de un mero aspecto característico de la

⁸⁰ Lo que parecería (como ha subrayado Dona) que la garantía operaría para aquellos defectos que derivasen de un «uso anormal» del bien; de tal modo, que se correría el riesgo de imputar al vendedor (quien ha reintroducido el bien en el mercado) aquellos defectos de funcionamiento derivados del uso anómalo del bien por parte de precedentes usuarios, haciendo así que el vendedor asuma sobre sí la responsabilidad por vicios provocados por hechos de otros.

⁸¹ Cfr. DONA, *Vendita di beni di consumo usati...*, *op. cit.*, p. 1131, el cual considera que: «se abriría de este modo la vía para una interpretación que impondría al vendedor con una carga de “puesta a punto” del bien usado, con el fin de restablecer la originaria funcionalidad a excepción del deterioro derivado del uso normal».

⁸² BIANCA, *Commento sub artículo 128*, en *Commentario NLCC 2006*, *op. cit.*, p. 350.

⁸³ PATTI, *Commentario sulla vendita di beni di consumo* a cura di Patti, Giuffrè 2004, p. 73.

⁸⁴ DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità*, *op. cit.*, p. 53; Cabella Pisu, *Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie?*, en *Contratto impresa/Europa*, 2001, 38; GRUNDMANN, *La directive communautaire sur la vente*, *Commentaire*, en BIANCA, GRUNDMANN, STIJNS, LGDJ, Paris 2004, p. 145.

obligación de entrega del bien, deducida del contrato ⁸⁵. Finalmente, para otros no entraría en la categoría de obligación, sino en aquella de noción de garantía ⁸⁶.

Prevalece la tesis, que compartimos, de que «la obligación de entregar bienes conformes al contrato» es una obligación verdadera y propia, distinta y autónoma, de la de entregar la cosa en sentido estricto ⁸⁷.

Sobre el vendedor gravita, como efecto de la conclusión del contrato, una obligación de resultado, en cuanto que deberá conseguir que, en el momento de la entrega del bien al consumidor, dicho bien posea todas las características y la calidad contractualmente previstas.

En virtud de tal obligación, el vendedor se ve constreñido por el contrato a intervenir sobre el bien que presente un defecto para restablecer la conformidad ⁸⁸.

El legislador comunitario y el italiano dejan a las partes libertad para definir la calidad y las características que debe poseer el bien para poder ser «conforme al contrato». En su defecto, el artículo 129.2.º C. Cons. fija algunas «presunciones» ⁸⁹ para determinar el exacto cumplimiento querido como resultado objetivamente debido. Se trata, así mismo, de circunstancias que no deben coexistir necesariamente.

La conformidad con el contrato representa, así, el parámetro principal dentro de la nueva disciplina de la venta de bienes de con-

⁸⁵ Moscati, *articolo 1519 quater (diritti del consumatore)*, en AA.VV. Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo a cura di Garofalo, *op. cit.*, p. 299, quien precisa que «se trata de una obligación de dar caracterizada no sólo por el específico comportamiento del deudor (*rectius*: del vendedor) que se sustancia en la entrega de la cosa, sino en el hecho de que la cosa objeto de la entrega debe encontrarse en un determinado estado (la conformidad del contrato)»; BOCCHINI, *La vendita di beni di consumo tra piazze diverse*, en *Diritto dei Consumatori e nuove tecnologie* a cura di Bocchini, Giappichelli, 2003, p. 263, para quien «la conformidad del bien con el contrato, a menudo, más que configurarse como obligación autónoma y distinta del vendedor, se añade como modalidad de actuación de la obligación de entrega».

⁸⁶ LUMINOSO, *Obbligazione di consegnare beni conformi al contratto e garanzia per difetto di conformità*, *op. cit.*, p. 373.

⁸⁷ HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA, M. D.: «*El concepto de falta de conformidad*» en *Garantía en la venta de bienes de consumo*, coordinado por Silvia Díaz Alabart, Madrid 2006, pp. 47-48. Entiende la autora que la falta de conformidad supone «un incumplimiento en sentido amplio y unitario, en donde quedan equiparados el cumplimiento inexacto o prestación defectuosa, los vicios ocultos, la entrega de una cosa por otra, o incluso determinados supuestos de error del contrato o sobre las cualidades esenciales del mismo».

⁸⁸ En tal caso AMADIO, *Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo*, en *Riv. Dir. civ.* 2004, p. 138.

⁸⁹ NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, en *Europa e diritto privato*, 2003, p. 577, quien estima que se trata de criterios no taxativos; para una profundización sobre las concretas presunciones se reenvía a DE CRISTOFARO, *op. cit.*, pp. 1005 ss.

PATTI, en *Commentario* a cura di Bianca en NLCC 2006, p. 365, señala que pese a la terminología utilizada no puede hablarse de presunción de falta de conformidad del bien, sino todo lo más, de una presunción de acuerdo contractual que presenta el contenido señalado en la norma.

sumo, y es innegable la estrecha relación existente entre la «conformidad» del bien con el contrato y el momento de la entrega que representa el momento jurídicamente relevante en torno al cual se reconduce la responsabilidad del profesional.

Es evidente que el consumidor podrá verificar la conformidad del bien con el contrato sólo en el momento de la entrega y únicamente desde dicho momento podrá utilizar los remedios del artículo 130 C. Cons.

En el caso de que a un bien adquirido le falte una sola de las características, de la calidad o de los requisitos que debe poseer para poder ser considerado conforme al contrato, existirá un defecto de conformidad que legitima al consumidor para hacer valer los remedios contemplados en el artículo 130 C. Cons. frente al vendedor que sea responsable del incumplimiento.

En nuestro ordenamiento, antes de la implementación de la disciplina comunitaria, en materia de vicios, el momento de referencia era el de la conclusión del contrato ⁹⁰.

En el sistema de las ventas a consumidores se puede afirmar que el momento de la entrega coincide con el de la efectiva disponibilidad material del bien para el adquirente-consumidor (se piensa en la hipótesis en que para entregar el bien hay que transportarlo de un lugar a otro distinto de aquel de la conclusión del contrato).

Reconducir al momento de la entrega la posibilidad del consumidor de hacer valer el defecto de conformidad, y consecuentemente ejercitar los remedios que concede el artículo 130 C. Cons. constituye una evidente ventaja para el consumidor en los casos en que el defecto de conformidad se produzca entre la entrega del bien al porteador y la efectiva aprehensión material de éste por el consumidor ⁹¹.

Entre los parámetros indicados para valorar la conformidad se incluyen las «declaraciones públicas sobre las características específicas de los bienes realizadas al respecto por el vendedor, el productor o por su agente o representante, en particular, las efectuadas en la publicidad y en el etiquetado».

Es evidente que ha adquirido particular relevancia el contenido de los mensajes publicitarios. Las declaraciones allí efectuadas

⁹⁰ BONFANTE-CAGNASSO, *Risoluzione del contratto e azione di adempimento quali strumenti di tutela del consumatore o dell'impresa?*, en *Contratto e impresa* /Europa, 2001, p. 24.

⁹¹ CHERTI, *Le garanzie commerciali nella vendita*, Cedam 2004, p. 206; CABELLA PISU, *op. cit.*, p. 38, la cual configurando la no conformidad del bien vendido con el contrato como inexactitud en la atribución traslativa (que debería efectuarse conforme al programa contractual) ponía de relieve la necesidad de llegar a efectuar modificaciones que tutelasen al comprador contra las faltas de conformidad hasta el momento de la entrega mediante una modificación de las reglas sobre la transferencia del riesgo contractual. A tal fin sugería la introducción de una derogación de las reglas sobre el traspaso del riesgo circunscrita sólo a las ventas de bienes de consumo.

deben considerarse contractuales ⁹². Se habla, en este sentido, de la «contractualización de la información» ⁹³, la cual no sólo no debe «engañar», sino que debe suministrar informaciones completas y comprensibles para el consumidor.

6.1 INCONGRUENCIAS Y LAGUNAS DE LA DISCIPLINA. EN PARTICULAR, LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO Y EL DETERIORO DEL BIEN

La normativa de adaptación de la Directiva comunitaria no se ocupa de la transferencia del riesgo relativa a la pérdida total o parcial del bien en caso de traspaso de la propiedad, en cuanto que ya la Comisión Europea en los considerandos de la Directiva ha dejado a los Estados miembros libertad para regular tales aspectos ⁹⁴. Por consiguiente, el intérprete deberá resolver la cuestión teniendo en cuenta el espíritu de la Directiva comunitaria, dirigido a atribuir al consumidor una mayor tutela, evitando, por lo tanto, aquellas paradojas que privarían al consumidor de protección y le obligarían a pagar íntegramente el precio, en caso de pérdida total del bien después de la transferencia de la propiedad ⁹⁵.

Prevalece en la doctrina la tesis a tenor de la cual la obligación de entrega a la que se refiere el artículo 1477 CC (italiano) se complementa con ulteriores elementos, en cuanto que en la venta de bienes de consumo tendrá por objeto la de transferir bienes conformes al contrato, con la consiguiente derogación del principio sobre el reparto del riesgo.

Otro aspecto que no ha afrontado el legislador comunitario es la venta de bienes de consumo entre plazas diversas ⁹⁶, siendo el

⁹² FUENTESECA DEGENEFTE, C.: «La calidad, las prestaciones habituales, las esperanzas fundadas del consumidor y las declaraciones públicas» en *Garantía en la venta de bienes de consumo*, coordinado por Silvia Díaz Alabart, Madrid 2006, p. 115. Según esta autora, el anunciante quedará obligado por las declaraciones públicas «del mismo modo que lo está por el resto del contenido contractual».

⁹³ CAFAGGI, voce *Publicità commerciale*, en *Digesto IV ed. Disc. Priv., Sez. comm. XI*, Torino, 1995, p. 474.

⁹⁴ Sobre la regulación de la transferencia del riesgo, véase ANGELICI, *La disciplina del passaggio dei rischi*, en *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Milano, 1981, p. 220.

⁹⁵ VECCHI, P. M., *articolo 1519 ter (conformità al contratto)*, en *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di Garofalo, *op. cit.*, p. 141, quien subraya que, en este caso, el consumidor estaría sujeto a consecuencias económicas más graves, debidas a la pérdida integral de la cosa.

⁹⁶ Sobre este punto, con mayor profusión, BOCCHINI, *op. cit.*, pp. 249 ss., quien denuncia la profunda laguna presente en la Directiva considerando razonable esperar una regulación de la venta de bienes de consumo entre plazas diversas, como mecanismo de enajenación de cosas que deben ser transferidas de un lugar a otro.

consumidor libre de elegir, dentro del mercado común, el lugar donde comprar el bien.

Si se tiene en cuenta el gran desarrollo que ha experimentado la tecnología y el comercio electrónico, será fácil ver que no se trata de una cuestión baladí, también con motivo de la necesaria coordinación con las normas en materia de venta de cosas muebles regulada en nuestro CC (art. 1510 CC ss.) en la que se prevé expresamente que con la entrega al porteador se realiza la determinación de la cosa y la transferencia del derecho con la consiguiente liberación del vendedor, tanto de la obligación de entrega como de los riesgos inherentes a las mercancías. De aquí nace, inevitablemente, la necesidad de interpretar la normativa de modo coherente con los fines perseguidos por la misma, haciendo que se mantengan sobre el vendedor los riesgos inherentes a la cosa hasta que se le entregue (tome posesión de la misma) al consumidor.

7. EL CONCEPTO DE CONFORMIDAD Y LAS PRESUNCIONES

El principio de conformidad con el contrato de venta (esto es, de la correspondencia que debe existir entre el bien entregado al adquirente y aquel previsto en el contrato en el momento de la entrega) pone en evidencia que el término de comparación para valorar la «conformidad» es el contrato; por lo que un bien, para ser considerado «conforme» debe poseer aquellas características contenidas en la regulación contractual acordada por las partes ⁹⁷.

Se trata de una noción nueva en un sistema como el italiano, que conocía la garantía por vicios ocultos, falta de calidad y *aliud pro alio*.

Esta noción incluye indiscutiblemente todas estas hipótesis, a excepción de los vicios jurídicos ⁹⁸, para los cuales continuarán aplicándose las normas de los artículos 1479-1489 CC.

En este sentido, es útil recordar el texto del 8.º Considerando de la Directiva, según el cual: «con el fin de facilitar la aplicación del principio de la conformidad con el contrato, conviene introducir una presunción impugnable de conformidad con el contrato que abarque

⁹⁷ HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA, M. D., *op. cit.*, p. 60. Se ha definido el principio de conformidad en las compraventas de bienes de consumo como «la adecuación del objeto de las mismas a las especificaciones contractuales concretas, y en su defecto, a las exigencias de interpretación de los criterios que fija la propia Directiva».

⁹⁸ *Vid.* LEO, *op. cit.*, p. 22, quien pone en evidencia que la exclusión ya estaba prevista en los trabajos preparatorios y que la regulación de la falta de conformidad aparece modelada sobre el supuesto del defecto material.

las situaciones más comunes; que esta presunción no limita el principio de libertad contractual de las partes; que, además, a falta de cláusulas contractuales concretas, así como cuando se aplique la cláusula de protección mínima, los elementos mencionados en la presunción podrán utilizarse para determinar la falta de conformidad de los bienes con el contrato; que la calidad y el rendimiento que el consumidor puede razonablemente esperar dependerán, entre otras cosas, de si los bienes son nuevos o usados; que los elementos mencionados en la presunción son acumulativos; que cuando por las circunstancias de cada caso un elemento particular sea manifiestamente inadecuado, seguirán siendo aplicables, sin embargo, los elementos restantes de la presunción».

En caso de inexistencia de regulación contractual entre las partes, el legislador ha introducido una serie de circunstancias, cuya concurrencia conduce a presumir que el bien es conforme al contrato ⁹⁹.

Se ha manifestado alguna perplejidad en cuanto a la naturaleza de las presunciones, puesto que mediante éstas se realiza una valoración de tipo comparativo, atendiendo a las características del bien entregado ¹⁰⁰ en relación con: 1) idoneidad para el uso normal; 2) idoneidad para el uso particular solicitado por el consumidor; 3) conformidad con la descripción realizada por el vendedor; 4) calidad del bien correspondiente a la muestra o modelo presentado; 5) calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede razonablemente esperar habida cuenta de la naturaleza del bien y eventualmente de las declaraciones públicas realizadas sobre las características del bien por el vendedor (por ejemplo, en carteles), por el productor o por su agente o representante, en particular en la publicidad y en el etiquetado.

La conformidad abarca también a la instalación del bien en el caso en que haya sido realizada por el vendedor o por persona que deba responder ante éste, o incluso por el propio consumidor conforme a las instrucciones indicadas en el producto.

En el caso de que la instalación ¹⁰¹ se haya efectuado por obra del consumidor puede existir un defecto de conformidad cuando *a)* el producto se ha concebido para ser instalado por el consumidor; *b)* se ha instalado de un modo no correcto; *c)* la incorrecta instalación se debe a una carencia en las instrucciones de instalación.

⁹⁹ Sobre la noción de conformidad con el contrato y sobre las presunciones se reenvía, por todos, a: VECCHI, *artículo 1519 ter*, en *Commentario a cura di Garofalo, Mannino Moscati, Vecchi, op. cit.*, pp. 132 ss.

¹⁰⁰ Sobre este punto CALVO, en BIN, LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, Cedam, 2003, p. 174.

¹⁰¹ En tal concepto debe incluirse tanto el ensamblaje del bien vendido como su puesta en marcha.

En la hipótesis de instalación realizada por el vendedor, la doctrina ha considerado siempre que ésta entra en el ámbito de su prestación contractual, con la consecuencia implícita de que el defecto en el montaje podría ser valorado a la luz del criterio de la no escasa importancia en aras de la resolución del contrato ¹⁰².

Con la nueva disciplina se ha equiparado la mala instalación con la falta de conformidad con el contrato, con el fin de extender los remedios más favorables al consumidor también a estos supuestos ¹⁰³. Se considera que la instalación entra en el contrato de venta (superando así la eventual duplicidad formal que vería, por un lado, un contrato de venta, y por el otro, un contrato de arrendamiento de servicios o de obra) por lo que si la instalación defectuosa del bien es imputable al vendedor, el consumidor podrá valerse de los remedios previstos para la falta de conformidad.

En el supuesto de la instalación efectuada por el comprador, la disciplina prevé que el defecto de conformidad proceda de las instrucciones de montaje, por ejemplo cuando no se han redactado atentamente y faltan algunas indicaciones. Deberá ser el consumidor quien demuestre que el montaje no se ha conseguido por la carencia de instrucciones.

8. LOS REMEDIOS DEL COMPRADOR

8.1 LOS REMEDIOS PRIMARIOS

El artículo 130 C. Cons. (ex art. 1519 *quarter* derogado) regula los remedios concedidos al consumidor en caso de falta de conformidad ¹⁰⁴.

¹⁰² BIANCA, La vendita e la permuta, en Trattato dir. civ. it. Dirigido por Vassalli, VII, 1, Torino, 1993, p. 37.

¹⁰³ Sobre esta cuestión, en un sentido más amplio, VECCHI, sub artículo 129, en Commentario a cura di Bianca en NLCC 2006, p. 426, quien pone en evidencia las diferencias entre los supuestos en que la instalación está comprendida en el contrato de venta, y aquellos en los que se configura como un contrato posterior con respecto a la venta. En este último caso se estaría ante un contrato de prestación de servicios o de obra al que habría que referir la conformidad, con la consecuencia de que «frente a una instalación defectuosa no se podría configurar a favor del consumidor ni el remedio de la sustitución, dado que la cosa en el momento de la entrega puede no presentar falta de conformidad con respecto al contrato de venta, ni aquellos de la resolución de la propia venta o la reducción proporcional del precio pagado por la cosa, puesto que la prestación que ha resultado disconforme no era la prevista en el contrato de venta, sino la ejecutada en virtud del contrato de obra o de servicios».

¹⁰⁴ Sobre la terminología de los remedios, vid. DI MAJO, I «rimedi», en Seminario di diritto privato europeo (8 de julio de 2005) organizado por el Consiglio nazionale forense, Milano, 2005.

Ya en la CV de 1980, la expresión «remedios» se introduce expresamente en el texto y entre ellos se coloca el cumplimiento *in natura* (ex art. 46 ss.) y la resolución (ex art. 49 ss.).

También en la Directiva 99/44/CE, el legislador comunitario hace referencia al «remedio» contra la entrega de bienes no conformes con el contrato, consistente en «restablecer» la conformidad ¹⁰⁵.

Todos los comentaristas de la Directiva comunitaria sobre garantías ¹⁰⁶ ya habían subrayado que los remedios de la reparación y la sustitución del bien no conforme al contrato constituían una novedad para el sistema italiano de las garantías, puesto que se trata de remedios: que conservan el contrato, en cuanto pretenden asegurar al consumidor la «corrección o la sustitución del resultado traslativo a fin de volverlo conforme a aquello programado en el contrato» ¹⁰⁷; y que, superando la cuestión de la admisibilidad o no en nuestro ordenamiento de una acción de exacto cumplimiento ¹⁰⁸, dan lugar a un nuevo escenario normativo en el que la cuestión no radica en valorar la admisibilidad o no de los remedios dirigidos a restablecer *in natura* la conformidad del bien, sino sobre todo, en determinar el fundamento, naturaleza y caracteres de tales remedios ¹⁰⁹.

La normativa de origen comunitario y su adaptación originan un «sistema articulado de medios de reacción frente a la falta de

¹⁰⁵ Como señala DI MAJO, *op. ult. cit.*, el restablecimiento de la conformidad, en cuanto obligación de hacer, es un remedio contra el incumplimiento.

¹⁰⁶ Para algunas contribuciones italianas sobre la Directiva 99/44/CE vid. DE CRISTOFORO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000; BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della comunitaria*, en *Contratto e impresa/Europa*, 2000, p. 403; FADDA, *Il contenuto della direttiva 1999/44/CE: una panoramica*, en *Contratto impresa/Europa*, 2000, p. 410; CIATTI, *L'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva comunitaria sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, en *Contratto impresa/Europa*, 2000, p. 433; FALZONE CALVISI, *Garanzie legali nella vendita: quale riforma?*, *ivi*, p. 488; CALVO, *L'attuazione della direttiva núm. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita*, *ivi*, p. 463; DELOGU, *I patti modificativi della responsabilità del venditore: la direttiva 1999/44/CE, l'odierno diritto italiano e le prospettive di riforma*, *ivi*, p. 489; PINNA, *I termini nella disciplina delle garanzie e la direttiva 1999/44/CE sulla vendita dei beni di consumo*, *ivi*, p. 516; ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva núm. 1999/44/CE «su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo»*, en *Studium iuris* 2000, p. 260; LODOLINI, *La direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio su taluni aspetti della vendita e della garanzie dei beni di consumo: prime osservazioni*, en *Europa e dir. priv.* 1999, p. 1275.

¹⁰⁷ LUMINOSO, *Vendita, Contratto estimatorio, op. cit.*, p. 292.

¹⁰⁸ Para la tesis dominante que excluye la acción de cumplimiento exacto, vid. MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959, p. 60; BIANCA, *La vendita e la permuta*, en *Trattato di diritto civile*, dirigido por Vassalli, VII, Torino, 1993, p. 1008; en sentido contrario, GIORGIANNI, *L'inadempimento, Corso di diritto civile*, Milano, 1974, p. 53.

¹⁰⁹ LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, en *Tratt. Di dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, Cedam, 2003, p. 385. Para una reconstrucción teórica de los remedios en examen, se reenvía a LUMINOSO, *Vendita, op. cit.*, p. 305.

conformidad»¹¹⁰ y jerarquizado, en el que el derecho al restablecimiento de la conformidad del bien mediante la reparación o la sustitución deviene prioritario respecto a la tutela de tipo extintivo o modificativo de la relación contractual mediante la resolución del contrato o la rebaja del precio. Remedios, estos últimos, que se podrán ejercitar sólo cuando restablecer la conformidad sea imposible o «desproporcionado», o bien cuando ello no pueda ser efectuado en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes.

Se trata de una jerarquía rígida¹¹¹, salvo acuerdo en contra de las partes. El vendedor, de hecho, en el momento de la denuncia del defecto podrá ofrecer al consumidor cualquier remedio sin que ello sea vinculante para el consumidor que podrá rechazarlo e indicarle otro distinto.

Por consiguiente, el vendedor, salvo acuerdo distinto, estará vinculado por la elección del consumidor¹¹².

El sistema de remedios de la reparación o sustitución podrá ser requerido sólo frente al vendedor directo, habiéndose excluido la posibilidad de extender la legitimación pasiva también frente al productor del bien de consumo.

Según la idea del legislador comunitario, la pareja de remedios puede ser concedida en relación con las faltas de conformidad del bien anteriores y posteriores al momento de la transferencia de la propiedad, y de modo gratuito, por lo que será el vendedor quien deba soportar todos los gastos necesarios para conseguir volver al bien conforme al contrato (por ejemplo, gastos de mano de obra, montaje, revisiones, envío de un producto sustitutivo).

Es necesario subrayar que los remedios de la sustitución y la reparación del bien pueden exigirse siempre que no sean «objetivamente imposibles» o excesivamente onerosos».

La imposibilidad debe ser objetiva (*v. gr.* en caso de bien no fungible, o bien una imposibilidad objetiva de eliminar el defecto), en el sentido de que no puede ser objetivamente realizada; por lo que cuando la imposibilidad afecta al vendedor (en lo atinente a

¹¹⁰ AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in Riv. Dir. Civ., 6/2001, p. 901.

¹¹¹ LUMINOSO, *Vendita*, *op. cit.*, p. 293. La técnica utilizada para conceder los remedios recalca que en la Convención de Viena, todavía no se conoce una graduación jerárquica en relación con las acciones ejercitables por el comprador en caso de falta de conformidad del bien con el contrato.

¹¹² REPRESA POLO, P.: *op. cit.*, p. 141. El derecho de opción concedido al consumidor resulta lógico y necesario lo que no excluye que se tengan en cuenta otros intereses que justifiquen que la elección se encuentre limitada por los principios de proporcionalidad y posibilidad.

que no pueda realizar la reparación personalmente), éste deberá confiar la actuación a un tercero ¹¹³.

La excesiva onerosidad se producirá cuando el remedio imponga al vendedor «gastos irrazonables con respecto a otro remedio» ¹¹⁴.

La normativa nada dice sobre el modo en que puede efectuarse la elección del consumidor y acerca de la posibilidad o no de cambiarla, por lo que se considera ¹¹⁵ que puede realizarse también mediante una reclamación extrajudicial y que, una vez efectuada, es irrevocable, salvo en caso de que el vendedor no obedezca en el cumplimiento del remedio. En este caso, el consumidor retomará la facultad de elegir.

Reparación y sustitución son remedios que eliminan la falta de conformidad, de tal modo que el comprador podrá obtener un resultado equivalente a lo que le era debido ¹¹⁶. Se trata, por lo tanto, de remedios contra el incumplimiento.

El supuesto de incumplimiento o cumplimiento inexacto de la obligación «secundaria» de restablecer la conformidad del bien es una cuestión en la que no se ha profundizado particularmente en la regulación comunitaria ni en el Derecho interno.

En este sentido, la doctrina ¹¹⁷ ha considerado diversas hipótesis: 1) reparación o sustitución realizada de modo imperfecto; 2) bien reparado o sustituido no conforme al contrato cuyo defecto determina un inconveniente menor; 3) reparación o sustitución que acarrea notables inconvenientes al consumidor, pero que no inciden sobre la conformidad del contrato; 4) inobservancia del «plazo congruente» para la reparación o sustitución.

1) En el primer caso, se considera que se pueden aplicar los remedios edilicios previstos por la norma cuando el defecto asuma el rango de un «mayor inconveniente» para el consumidor ¹¹⁸. En el caso de bien sustituido o reparado de modo imperfecto, de tal modo que presente todavía una falta de conformidad, el consumidor tendrá la posibilidad de valerse de los remedios previstos en el

¹¹³ DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, *op. cit.*, p. 203.

¹¹⁴ *V. gr.* no podrá ser requerida la sustitución cuando el bien presente un leve defecto de conformidad, que pueda resolverse con una pequeña intervención por parte del vendedor.

¹¹⁵ LUMINOSO, *Vendita*, *op. cit.*, p. 298.

¹¹⁶ Se trata de remedios «restablecedores» que prescinden de la culpa del vendedor, para ulterior profundización, *vid.* BIANCA, sub. artículo 130 en *Commentario a cura di Bianca*, *op. cit.*, p. 438.

¹¹⁷ Por todos LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 299.

¹¹⁸ En tal caso LUMINOSO considera que el consumidor pueda ejercitar nuevamente los remedios de la sustitución o la reparación.

artículo 130 C. Cons., y desde el momento de la entrega comienzan a transcurrir nuevamente los plazos del artículo 132 C. Cons.

2) En el segundo caso, la doctrina considera aplicables sólo los remedios de la reparación o sustitución, salvo el resarcimiento del daño, teniendo en cuenta que para poder ejercitar los remedios edilicios debe concurrir el requisito de los «mayores inconvenientes».

3) En el tercer caso no habría lugar para el ejercicio de los remedios reparatorios, sino sólo para los edilicios.

4) En la última hipótesis, la doctrina no es unánime, sino que se divide entre aquellos que consideran que nace una nueva garantía que atribuiría al consumidor la facultad de elección y quienes estiman que el consumidor está legitimado para valerse sólo de la resolución del contrato o de la reducción del precio ¹¹⁹.

La «congruencia» del plazo (adjetivo utilizado por el legislador italiano en lugar de «razonable») debe ser valorada, o en relación con el bien, o con el fin perseguido por el consumidor, y conocido por el vendedor; el cual pondría en relación con el fin que se pretende perseguir con la adquisición del bien, no tener interés en esperar el tiempo necesario para la reparación o sustitución del bien.

La ventaja con respecto a la técnica de la garantía por vicios ocultos es evidente. La previsión de una prestación de hacer, mediante la reparación o sustitución, a cargo del vendedor, y así, de un remedio de carácter específico, modifica la misma relación contractual entre vendedor y comprador, quedando el primero obligado a entregar una cosa «conforme» a cuanto haya declarado el vendedor y sea objeto de expectativa por parte del comprador ¹²⁰.

8.2 LOS REMEDIOS SUBSIDIARIOS

Respecto a lo previsto en los Ordenamientos de origen romanista, en la regulación comunitaria, y en la italiana, la resolución del contrato y la reducción del precio se convierten en mecanismos subsidiarios, dado que el consumidor podrá recurrir a éstos en caso de imposibilidad o de excesiva onerosidad de los remedios restauradores de la conformidad (reparación o sustitución).

Sin detenerse sobre la naturaleza del remedio resolutorio ¹²¹, vale la pena subrayar las diferencias entre los dispuesto en el artículo 130 C. Cons. y el artículo 1453 CC.

¹¹⁹ En el primer sentido ZACCARIA-DE CRISTOFARO, p. 85; en el segundo sentido LUMINOSO, *op. cit.*, p. 301.

¹²⁰ Para profundizar sobre el punto: DI MAJO, *op. cit.*

¹²¹ Para profundizar, *vid.* LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 308.

En el primer caso, se trata de un remedio subsidiario, basado en el presupuesto objetivo de la no conformidad y sujeto a los términos de prescripción y caducidad señalados en el artículo 131 C. Cons.

Respecto al procedimiento judicial de la resolución de la que habla el artículo 1453 CC, nada se dice en el artículo 130 C. Cons.; por lo que la *ratio* de la disciplina permite considerar válida la obtención de los efectos resolutorios también por vía extrajudicial ¹²².

Igualmente, en relación con el remedio de la reducción del precio surgen algunas cuestiones bien con respecto a la determinación de la «adecuación» o «congruencia» de la rebaja; o bien, sobre la posibilidad de una estructura extrajudicial ¹²³.

Sobre el primer punto, la pregunta concierne a la posibilidad o no de utilizar el criterio de proporcionalidad ¹²⁴, dada la formulación de la norma.

Suscita perplejidad el tipo de criterio utilizable para las ventas de bienes de consumo si no se acoge el tradicional del Código (arts. 1492 y 1464 CC), en tal caso podría verificarse no sólo un reequilibrio económico de la relación contractual, sino también un restablecimiento del perjuicio sufrido por el comprador, con la consecuencia de que, indirectamente, se tendría un efecto resarcitorio.

9. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO

Merece unas breves reflexiones el tema del reconocimiento a favor del consumidor del derecho al resarcimiento del daño ¹²⁵.

En numerosas ocasiones, la doctrina ha puesto de manifiesto la laguna existente en el texto comunitario, debido a la falta de regulación del resarcimiento del daño ¹²⁶. Por otra parte, la previsión de un reenvío explícito a las «normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual y extracontractual» contenida en el artículo 8 de la Directiva y en el artículo 135 C. Cons. permite

¹²² Manifiesta dudas sobre tal posibilidad LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita...*, *op. cit.*, pp. 37 ss. y pp.100 ss.

¹²³ En sentido negativo LUMINOSO, *Vendita, op. cit.*, p. 311.

¹²⁴ El precio se reduciría en proporción a la disminución del valor del bien como consecuencia del vicio.

¹²⁵ Sobre esta cuestión, entre otros, LUMINOSO, *Vendita, op. cit.*, p. 323; PISCIOFFO, *Il risarcimento del danno*, en *La vendita di beni di consumo*, a cura di R. Alessi, Giuffrè, 2005, pp. 103 ss.; FADDA, *Il risarcimento dei danni*, en *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, a cura di Bin-Luminoso, *op. cit.* pp. 439 ss.; PADOVINI, *articolo 1519 octies*, en *Commentario sulla vendita di beni di consumo* a cura di Patti, pp. 383 ss.; BIANCA, sobre el artículo 130 C. Cons., en *Commentario* a cura di Bianca in NLCC 2006, *op. cit.*, p. 454.

¹²⁶ En efecto, el 6.º Considerando de la Directiva subrayaba expresamente la inoportunidad de «intervenir sobre disposiciones y principios de las legislaciones nacionales relativas a la responsabilidad contractual y extracontractual».

considerar admisible tal remedio resarcitorio, bien por integración de lo indicado en el artículo 130 C. Cons., o bien por vía autónoma con respecto a estos últimos ¹²⁷, quedando firme, asimismo, la licitud de las cláusulas de exclusión o limitación del derecho al resarcimiento de los daños pactadas por el comprador.

También se ha subrayado que la aplicabilidad de la norma sobre la venta que prevé el resarcimiento está perfectamente alineada con la tesis que considera la venta de bienes de consumo una figura particular de venta por la que se regulan sólo algunos aspectos ¹²⁸.

10. LA ACCIÓN DE REGRESO ¹²⁹

El derecho de regreso, regulado en el artículo 131 C. Cons., representa una forma de tutela del vendedor final en caso de que la falta de conformidad sea imputable a una acción u omisión del productor o de otro intermediario en la cadena de distribución.

El legislador comunitario, que no ha introducido una acción directa del consumidor frente al productor ¹³⁰, ha previsto el derecho de regreso (salvo renuncia o pacto en contrario) del vendedor final que haya hecho frente a los remedios ejercitados por el consumidor ¹³¹.

Analizando el sistema de la venta de bienes de consumo, es posible distinguir entre las diferentes relaciones jurídicas: entre consumidor y vendedor final; entre consumidor y productor; entre productor, mayorista y minorista ¹³².

¹²⁷ En tal sentido MANIACI, *articolo 1519 nonies*, en *L'acquisto dei beni di consumo*, *op. cit.*, p. 105; en sentido contrario, por todos: LUMINOSO, *Vendita*, *op. cit.*, p. 324, quien considera que «aunque se admitiese que el consumidor pudiese demandar en vía autónoma el resarcimiento del daño (por equivalente pecuniario), es decir, sustitutivo... quedaría vulnerado el rango primario que la norma asigna a los remedios de la reparación y la sustitución», por lo que lo admite como alternativa a la resolución del contrato o a la reducción del precio.

¹²⁸ En tal sentido BIANCA, *ult. op. cit.*, p. 454.

¹²⁹ Sobre la naturaleza del derecho de regreso, la doctrina se ha pronunciado de modo diverso: algunos (ZACCARIA, DE CRISTOFORO) consideran que se trata de una sanción contra el incumplimiento de una obligación que gravita sobre cada uno de los anillos de la cadena distributiva frente al vendedor final; otros (COLOMBI, CIACCHI, CORSO) estiman que el derecho de regreso tiene una naturaleza extracontractual por la que la responsabilidad en regreso tendría la misma estructura de la responsabilidad aquiliana, y ello, porque el derecho de regreso surge independientemente de la violación, por parte del sujeto pasivo de una obligación frente a la parte actora; otros, por su parte, (CASTRONOVO) sostienen que el derecho de regreso del Código de Consumo constituye un supuesto de regreso en sentido propio.

¹³⁰ Sobre esta cuestión es necesario recordar que en 2006, como consecuencia de las consultas relativas a la adaptación de la Directiva sobre garantías, podrá incluirse la previsión de una acción directa del consumidor.

¹³¹ La previsión de un derecho de regreso del vendedor frente al responsable del defecto no es nueva en nuestro ordenamiento que regula su ejercicio en materia de responsabilidad del contratista por ruina de edificio (art. 1669 CC).

¹³² DELOGU, *La proposta modificata...*, *op. cit.*, p. 1044.

El legislador comunitario se limita a regular la primera de las mencionadas relaciones (reenviando al 2006 eventuales decisiones, con respecto a la acción directa del consumidor frente al productor), aceptando una solución de compromiso entre el modelo tradicional que se centra en el principio de relatividad contractual (*privity of contract*), en virtud del cual los remedios propios de la responsabilidad contractual son ejercitables exclusivamente frente al contratante directo, y el modelo francés, que en materia de garantías por vicios en la venta permite la acción directa del comprador frente al productor ¹³³.

El compromiso entre *privity of contract* y *action directe* se ha llevado a cabo mediante la inserción del artículo 4 de la Directiva, adaptado al Derecho italiano con el artículo 131 C. Cons., el cual permite al vendedor final actuar en vía de regreso contra cualquier anillo de la cadena ¹³⁴ distributiva que haya provocado el defecto o haya omitido su eliminación; incluso aunque no esté ligado a él por una relación contractual, salvo que pertenezcan a una misma cadena de contratos ¹³⁵.

Según la orientación predominante en la doctrina, se considera que dicha norma da lugar a una forma de responsabilidad por hecho ilícito, cuyo fundamento se reconoce en la imputabilidad a uno o más sujetos de una «acción u omisión» tal que determina el defecto de conformidad; la responsabilidad en el regreso se funda, así, sobre el hecho de haber causado, u omitido la eliminación del defecto, incluso aunque no haya existido ninguna obligación negocial frente al titular del derecho ¹³⁶.

El derecho de regreso se puede hacer valer aunque el defecto no haya sido denunciado con celeridad por el vendedor final, puesto que está sujeto al plazo fijado por el artículo 131 C. Cons: un año que se computa desde la ejecución de la garantía frente al consumidor, de tal modo que no puede darse el caso de que el consumidor solicite la garantía después del vencimiento del plazo para el ejercicio del derecho de regreso por parte del vendedor final ¹³⁷.

¹³³ Sobre esta cuestión se reenvía a COZIAN, *L'action directe*, París, 1969; JAMIN, *La notion d'action directe*, París, 2001, 225.

¹³⁴ Por venta en cadena se entiende el fenómeno caracterizado por la consecución de una pluralidad de negocios traslativos que tienen por objeto el mismo bien.

¹³⁵ CIACCHI, *artículo 1519 quinquies*, en *Commentario a cura di Patti*, p. 307.

¹³⁶ Sobre la asimilación de la función del derecho de regreso a la de la acción directa de garantía o de responsabilidad, véase, con mayor profundidad: CHIAPPETTA, sub artículo 131 C. Cons, en *Commentario a cura di Bianca en NLCC 2006, op. cit.*, p. 499, el cual subraya que «la acción del vendedor final denominada «regreso» no es más que un sistema para hacer gravitar sobre el responsable las consecuencias económicas negativas de los defectos reclamados por el consumidor».

¹³⁷ Esta perplejidad había sido avanzada por ZACCARIA, *Riflessioni...., op. cit.*, p. 268.

11. LOS PLAZOS

La norma prevé que la responsabilidad del vendedor se configura en todo caso siempre que la falta de conformidad se manifieste dentro de los dos años desde la entrega del bien.

El plazo para la ejecución de los remedios es un tema fundamental en la presente normativa si se observa lo que ha ocurrido en Francia con la esperada modificación del artículo 1648 CC relativo al *bref délai*.

La norma de recepción de la Directiva fija el plazo de garantía en dos años desde la fecha de entrega del bien, introduciendo así para el vendedor un sistema de responsabilidad seguramente más riguroso, en cuanto que exonera al consumidor del respeto a los plazos previstos en el artículo 1495 CC, e instaurando un plazo más largo.

La duración del plazo de garantía de conformidad a favor del consumidor constituye, ciertamente una de las cuestiones más delicadas atinentes a la materia que estamos tratando, especialmente si se considera el caso particular en que el producto presente un defecto no detectable en el momento de la entrega.

El plazo de dos años ha sido considerado por los intérpretes de la Directiva como muy breve con respecto a determinados tipos de bienes: teniendo en cuenta, por ejemplo, bienes duraderos, destinados a un uso continuo y reiterado durante un período relativamente largo ¹³⁸.

Para algunos tipos de bienes es probable que la falta de conformidad pueda manifestarse después de algunos años desde la entrega ¹³⁹, tanto que para algunos autores ¹⁴⁰, se debería haber previsto un tratamiento de plazos diferenciado en función del tipo de bien de consumo ¹⁴¹.

Otro aspecto importante en relación con la manifestación de la falta de conformidad, concierne a la concreción del momento exacto

¹³⁸ PINNA, *I termini nella disciplina delle garanzie e la direttiva 1999/44/CE sulla vendita dei beni di consumo*, en *Contratto e impresa/Europa*, 2000, 527.

¹³⁹ Por ejemplo, un defecto oculto se ha encontrado en la vulnerabilidad frente al hielo de las tejas de la cubierta, que consiste en que la humedad y el hielo consiguientemente llevan a su rotura; el caso ha sido examinado por la jurisprudencia transalpina: Cass. Com. 4 febbraio 1964, Bull. civ. III, núm. 53; Cass. Com. 9 febbraio 1965, Bull. civ. III, núm. 103.

¹⁴⁰ PINNA, *op. cit.*, 530 ss.

¹⁴¹ A tal propósito, cfr. PINNA, *op. cit.*, 530-531, quien distingue entre diversos períodos de vida del producto: «El primer período atañería sólo a algunos productos. Generalmente es breve, y es aquel en el que el producto se pone a prueba; el segundo período es del uso normal del producto, durante el cual el riesgo de que aparezca un defecto es escaso (tal período varía según el producto); el tercer período es aquel en el que el desgaste normal del producto será la causa de nuevos y frecuentes incidentes».

en que comienza a correr el plazo dentro del cual debe manifestarse, el cual, como hemos señalado muchas veces, ha sido fijado (tanto en la Directiva como en la norma interna) en el día de la entrega; fecha, esta última que coincide con el día en que el bien ha entrado materialmente en la esfera de control del consumidor, permitiéndole realmente revisarlo y verificar su conformidad; en el caso de que el consumidor tenga la disponibilidad del bien antes de la conclusión del contrato, el *dies a quo* del plazo de prescripción será la fecha de la estipulación del contrato de venta ¹⁴².

La norma fija los plazos de prescripción y de caducidad para el ejercicio de las acciones que le competen al consumidor, contribuyendo a reforzar las garantías del consumidor respecto a la normativa vigente.

En particular, el segundo apartado regula el régimen de denuncia de la falta de conformidad y el plazo de caducidad dentro del cual debe efectuarse.

En base a las normas civiles vigentes, la acción de resolución por vicios de la cosa vendida prescribe en un año desde la entrega del bien, con tal de que el vicio haya sido denunciado en el plazo de ocho días desde que se ha descubierto, y de un año desde la entrega; mientras que la acción dirigida a reclamar un defecto de funcionamiento prescribe a los seis meses desde que se ha descubierto, con la carga de denunciarlo en los treinta días siguientes a su manifestación (art. 1512 CC).

La norma examinada, en cambio, prevé un plazo de prescripción de dos años y una carga de denunciar la falta de conformidad por el consumidor, en el plazo de dos meses desde que se manifieste ¹⁴³.

Análogamente a lo dispuesto en el artículo 1495 CC, la carga de la denuncia no debe ser respetada en caso de defectos dolosamente ocultados por el vendedor, o reconocidos por él mismo.

La falta de denuncia en el plazo de dos meses desde la fecha en que se ha descubierto el defecto de conformidad, determina la pérdida para el consumidor de los derechos que le concede el artículo 130.2 C. Cons.; por consiguiente, el inicio del transcurso del término bimensual de pérdida de la garantía coincide con el momento en que el

¹⁴² En este sentido, DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore, L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 2000, pp. 224 ss.

¹⁴³ En relación con el momento desde el que comienza a transcurrir el plazo de vencimiento para la denuncia de los vicios de la cosa, se puede destacar la orientación de la jurisprudencia, que concreta el *dies a quo* en el momento en que el comprador haya adquirido la certeza objetiva y completa de la presencia y entidad del vicio, y en el caso en que su descubrimiento ocurra en un tiempo posterior no comienza a correr el plazo hasta que se complete su descubrimiento: Cass. 28 novembre 1997 núm. 12011; Cass. 8 luglio 1995 núm. 7541; Cass. 20 gennaio 1995 núm. 1082.

consumidor haya descubierto efectivamente la falta de conformidad, lo que no parece que sea objetivamente susceptible de ser comparado mediante una ordinaria diligencia ¹⁴⁴.

El legislador, por lo tanto, hace referencia al descubrimiento efectivo de la falta de conformidad como momento desde el cual transcurrirá el plazo para efectuar la denuncia ¹⁴⁵.

Para poder ejercitar los remedios introducidos con la nueva normativa, el consumidor asume la carga de probar que el bien que le ha suministrado el profesional presenta una falta de conformidad; que tal defecto existía en el momento de la entrega del bien, y por último, que el defecto se ha manifestado en el plazo de dos años desde la fecha de entrega del bien ¹⁴⁶.

Como ocurre con el artículo 1495 CC, tampoco la norma de origen comunitario indica de manera específica el modo en que debe efectuarse la denuncia; no se requiere una formalidad ¹⁴⁷ particular ni específicas instancias de verificación; el consumidor adquirente que intenta conservar su derecho a la garantía, en el sentido de esta norma, podrá limitarse a predisponer una denuncia sumaria que ponga en conocimiento del vendedor la falta de conformidad ¹⁴⁸, si bien en un segundo momento, deberá especificar mejor la naturaleza y la entidad de los vicios encontrados ¹⁴⁹.

El comprador queda exonerado de la carga de denuncia en caso de reconocimiento o de ocultamiento por parte del vendedor de la falta de conformidad, en el sentido del segundo apartado del

¹⁴⁴ DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 236.

¹⁴⁵ DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 236, sostiene que no existe una correspondencia entre carga de denuncia y carga/obligación de proceder a un examen diligente del bien recibido en la entrega.

¹⁴⁶ Cfr. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 242.

¹⁴⁷ Al igual que en el Derecho español, como ha puesto de relieve la doctrina, cualquier forma será adecuada, «pero siendo el consumidor quien tiene que probar que cumplió en tiempo, aún con la libertad de forma mencionada, el consumidor habrá de preocuparse de preconstituir la prueba de que hizo la denuncia». Cfr. DÍAZ ALABART, S.: «Los plazos en la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo», en *Garantía en la venta de bienes de consumo*, coordinado por Silvia Díaz Alabart, Madrid 2006, p. 218.

¹⁴⁸ Cfr. Cass., 15 maggio 2000, núm. 6234, en *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 1022, a tenor de la cual «la denuncia de los vicios de la cosa vendida en el sentido de los artículos 1492 y 1495 CC no debe consistir necesariamente en una exposición detallada de los vicios que presenta la *res vendita*, sino que “en consideración de la finalidad” de la denuncia, consistente en poner al vendedor sobre aviso respecto a las intenciones del comprador y simultáneamente, en condiciones de verificar tempestivamente la veracidad de la queja, una denuncia genérica puede ser idónea para este fin siempre que con ella el vendedor haya sido instruido de que el comprador ha encontrado, aunque no sea de manera todavía clara y completa, que la cosa está afectada por vicios que la convierten en no idónea para el uso al que está destinada o que disminuyen en modo apreciable su valor».

Para la aplicabilidad del artículo 1495 CC sólo a los casos de vicios de la cosa vendida y no a los casos de venta de *aliud pro alio*, véase por todas, Cass. 3 agosto 2000, núm. 10188, en *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 1697.

¹⁴⁹ En tal sentido Cass. 9 giugno 1986 núm. 3816, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, p. 1252; Cass. 25 maggio 1993, núm. 5878.

precepto examinado. El reconocimiento por parte del vendedor se produce cuando éste admita que la cosa presenta, por cualquier causa que sea, características que hacen que el bien no corresponda a las expectativas del consumidor ¹⁵⁰.

Debe recordarse la orientación constante, formada sobre la base del artículo 1495 CC, pero que puede invocarse también en relación con las normas examinadas, a tenor de la cual, por un lado, el reconocimiento por parte del vendedor de los vicios no requiere ninguna forma en particular, pudiendo realizarse también por hechos concluyentes (*facta concludentia*, v. gr. ejecución de reparaciones o sustituciones de partes, etc.) ¹⁵¹; por otro, tal comportamiento determina la constitución de una obligación nueva y diversa respecto a aquella originaria, que no está vinculada a los plazos del artículo 1495 CC, sino sometida a la ordinaria prescripción decenal.

Por lo tanto, debe señalarse que la orientación jurisprudencial es casi unívoca al considerar que el consumidor que quiera hacer valer las garantías debe asumir la carga de la denuncia, y configura ésta como la única condición necesaria para el ejercicio de la acción redhibitoria y estimatoria ¹⁵².

Se ha dicho que el consumidor tiene la carga de demostrar que la falta de conformidad del bien recibido del profesional existía en el momento de la entrega, es decir, cuando el bien de consumo ha entrado en su esfera de disponibilidad material.

El tercer inciso del artículo en examen precisa que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis primeros meses ¹⁵³ desde la fecha de la entrega del bien se presumen existentes en tal fecha, salvo:

- Cuando se haya demostrado lo contrario.
- Cuando tal presunción sea incompatible con la naturaleza del bien o con la naturaleza de la falta de conformidad.

Se trata de una presunción relativa, en cuanto cabe prueba en contrario por el profesional, el cual deberá demostrar que el bien, en el momento de la entrega resultaba plenamente conforme a lo

¹⁵⁰ Cass. 12 maggio 2000 núm. 6089, en *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 1000.

¹⁵¹ Cass. 20 febbraio 1997 núm. 1561; Cass. 12 giugno 1991 núm. 6641; Cass. 24 aprile 1982 núm. 2543.

¹⁵² En tal sentido, Cass. 26 agosto 1989 núm. 3796, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, p. 437, con nota de P. M. Putti, quien se detiene, especialmente, en la problemática derivada de la tempestividad o no de la denuncia y sobre los perfiles de la carga de la prueba.

¹⁵³ BOCCHINI, sub artículo 132, en *Commentario a cura di Bianca en NLCC 2006*, p. 517, quien pone en evidencia que si de un lado, la norma «sanciona el comportamiento del vendedor por la no conformidad con el contrato del bien entregado», por otro, «activa la autorresponsabilidad del consumidor en el control del bien recibido, a fin de que la suerte de la operación económica pueda encontrar una solícita definición».

establecido en el contrato y que la falta de conformidad denunciada por el consumidor se ha manifestado posteriormente como consecuencia de causas externas.

Para algunos autores ¹⁵⁴, el límite temporal (seis meses) de la presunción de preexistencia de la falta de conformidad en el momento de la entrega no resulta apropiado para facilitar al consumidor una protección adecuada por la dificultad de probar, después de tanto tiempo, que la falta existía en el momento de la entrega; incluso se advierte, que la norma refuerza la tutela del comprador respecto al sistema de garantías previsto en nuestro ordenamiento, en cuanto que la prueba de la preexistencia incumbe no sólo al comprador, sino también al vendedor.

Ciertamente el vendedor, en el caso de que la falta de conformidad se manifieste dentro de los seis meses, se encuentra en una situación a menudo desfavorable, en cuanto que será particularmente difícil demostrar que el defecto se haya producido por un evento fortuito, o incluso por una conducta del consumidor, negligente, dolosa o incauta ¹⁵⁵. La situación del consumidor, en cambio, es ciertamente favorable, puesto que no pierde la posibilidad de ejercitar sus propios derechos por la dificultad ligada a la prueba de la existencia del defecto en el momento de la entrega; así, probablemente, el consumidor verificará la conformidad dentro de los primeros seis meses, especialmente para disfrutar de la presunción de no conformidad.

Se inserta así, en nuestro ordenamiento un mecanismo, distinto respecto a aquel que se halla en vigor, que impone al comprador la carga de probar la existencia del vicio en el momento de la transferencia del riesgo ¹⁵⁶; no obstante, la orientación jurisprudencial tradicional ya afirmaba que le incumbía al comprador la carga de la prueba, tanto en caso de mal funcionamiento, como de vicio o defecto de calidad de la cosa ¹⁵⁷.

La norma, por otra parte, prevé que la acción prescribe, en todo caso, cuando se trate de defectos no ocultados con dolo por el vendedor ¹⁵⁸, en el plazo de 26 meses desde el vencimiento del

¹⁵⁴ FADDA, *Il contenuto della direttiva 1999/44/CE: una panoramica*, en *Contratto e impresa/Europa* 2000, p. 431.

¹⁵⁵ DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 245.

¹⁵⁶ En la jurisprudencia, por todas cfr. Cass. 18 luglio 1991, núm. 7986.

¹⁵⁷ Siempre en relación con la carga de la prueba de la que habla el artículo 1495 CC, puede verse la sentencia de Cass. 10 settembre 1998 núm. 8963, a cuyo tenor, la carga de la prueba de los defectos y de sus eventuales consecuencias perjudiciales, así como de la existencia del nexo causal entre los primeros y las segundas, corre a cargo del comprador que ejerce la garantía, mientras que incumbe al vendedor la prueba liberatoria de la falta de culpa.

¹⁵⁸ La ocultación del vicio se produce cuando el vendedor haya utilizado particulares medios para esconder los vicios. Se debe subrayar que la ocultación de los vicios del

plazo previsto en el primer apartado, esto es desde la entrega; si el consumidor que ha concurrido para la ejecución del contrato, ha denunciado la falta de conformidad dentro de los dos meses desde su descubrimiento y antes del plazo de 26 meses desde la entrega, puede ejercitar los derechos concedidos por las nuevas normas.

La previsión de dos meses suplementarios respecto al plazo bienal, a efectos de prescripción, se ha insertado, evidentemente, para evitar la paradoja del vencimiento del plazo de prescripción coincidiendo con el último día del plazo de los dos años, en el que se establece la responsabilidad del profesional en el sentido del primer apartado.

De este modo, se ha atribuido la posibilidad de promover actos interruptivos durante los dos meses siguientes al vencimiento del plazo bienal ¹⁵⁹.

La no perfecta coincidencia entre el plazo dentro del cual el consumidor tiene el derecho de exigir la responsabilidad del vendedor, y el plazo de prescripción de tal derecho evita que el consumidor que descubra el vicio en el propio momento del vencimiento del plazo de prescripción, vea nacer en su patrimonio un derecho ya prescrito que no le permitiría ejercitarlo en un plazo razonable. Se debe subrayar que el último inciso del apartado examinado, relativo a la posibilidad para el consumidor de objetar el defecto incluso más allá del plazo de prescripción de la acción, no encuentra específica conexión en la Directiva 99/44/CE, sino que parece corresponder al ejercicio de la facultad de adoptar, en la adaptación al Derecho interno, disposiciones más favorables frente al consumidor.

Por último, vale la pena destacar que el plazo de prescripción estipulado por la presente norma está sujeto, al igual que el previsto en el artículo 1495 CC, a las reglas comunes establecidas en materia de interrupción y de suspensión.

12. LA GARANTÍA CONVENCIONAL Y SU RELACIÓN CON LA GARANTÍA LEGAL

Se ha dicho que el legislador comunitario en la Directiva 99/44/CE no se ha limitado a regular la responsabilidad del vendedor contra eventuales faltas de conformidad de bienes vendidos a los

bien vendido, para dispensar al comprador de la denuncia, no puede basarse sólo en el silencio del vendedor, sino que requiere una particular actividad ilícita desarrollada por el vendedor, y dirigida, con medios adecuados, a esconder el propio vicio.

¹⁵⁹ En estos términos, véase la Relación ilustrativa del Decreto.

consumidores, sino que ha disciplinado también las garantías contractuales, denominadas también convencionales o comerciales.

Esta terminología se ha utilizado mucho en el sistema de la venta y es muy conocida en algunos Estados miembros, como Italia, Francia, España, Bélgica, Grecia y Portugal, mientras en otros Estados la distinción entre garantía legal y comercial no está presente.

En el presente trabajo, se ha considerado importante mantener la distinción entre garantía legal y garantía comercial. Es posible definir la primera como la protección de la que goza el comprador en caso de no conformidad del bien adquirido; se trata de una garantía de derecho de la que disfruta el comprador, y que la Ley impone a cargo del vendedor.

En cambio, la garantía convencional contiene una protección específica de la que disfruta el adquirente, y puede surgir por voluntad de ambas partes (vendedor y comprador), o tan sólo por voluntad del vendedor, del productor o de otro sujeto.

A diferencia de la legal, la garantía convencional es voluntaria y facultativa, no habiéndose previsto ninguna obligación a cargo del productor o del vendedor, pese a que esté expresamente regulada en la Ley.

En la práctica, las garantías convencionales pueden tenerse bajo diversas formas: por ejemplo, en las condiciones generales de venta, en las condiciones específicas de la venta, en un folio separado (v. *gr.* certificado de garantía); otras veces se encuentran en la caja en la que se contiene el producto, o incluso en las «instrucciones de empleo».

Indudables son las ventajas que la garantía comercial determina, tanto para el garante (vendedor, productor, distribuidor) para quien puede constituir un elemento para vender el producto, como para el comprador, porque para él los derechos previstos en estas garantías son, en algunos casos, más ventajosos que los atribuidos en la Ley.

Hay que destacar un riesgo inherente a la garantía comercial, cual es el hecho de que, frecuentemente, el consumidor, sabiendo que disfruta de esta última, olvida o cree erróneamente que no tiene otras formas de tutela ante los eventuales defectos del bien adquirido.

Para evitar este riesgo, señalado por el legislador comunitario, la Directiva trata de poner fin a esta «creencia», estableciendo expresamente que las garantías comerciales deben indicar que, en todo caso, el consumidor puede ejercitar los remedios previstos en la ley.

A tal fin, la Directiva establece que: «La garantía comercial obligará a la persona que la ofrezca en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad. 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. A petición del consumidor, la garantía deberá figurar por escrito o en cualquier otro soporte duradero disponible que le sea accesible. 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. 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» (art. 6 Directiva 99/44/CE).

La transposición italiana de la citada norma establece que: «la garantía convencional vincula a quien la ofrece según las modalidades indicadas en la misma declaración de garantía o en la publicidad respectiva. La garantía debe, a cargo de quien la ofrece, al menos señalar: *a)* la especificación de que el consumidor es titular de los derechos concedidos por el presente párrafo y que la citada garantía deja a salvo tales derechos. *b)* en modo claro y comprensible, el objeto de la garantía y los elementos esenciales necesarios para exigirla, incluidos la duración y la extensión territorial de la garantía, así como el nombre o la firma y la dirección o la sede de quien la ofrece. A petición del consumidor, la garantía debe estar disponible por escrito o sobre otro soporte duradero accesible para el consumidor. La garantía debe estar redactada en lengua italiana con caracteres no inferiores a los utilizados en otras lenguas. Una garantía que no se corresponda con los requisitos exigidos en los apartados 2, 3 y 4 continúa siendo válida y el consumidor puede seguir valiéndose de ella y exigir su aplicación (art. 133 C. Cons.).

Del examen del texto surge claramente la relevancia dada a las informaciones contenidas en la garantía, con el fin de consentir una mayor transparencia de la misma en defensa del consumidor.

La definición de garantía convencional, se contiene en el artículo 129 C. Cons., en el que se especifica que se trata de «cualquier

compromiso de un vendedor o de un productor, asumido frente al consumidor... de reembolsar el precio pagado, sustituir, reparar, o intervenir de otro modo sobre el bien de consumo, cuando éste no corresponda a las condiciones enunciadas», y se prevé que dicha garantía debe ser concedida «sin coste suplementario».

Interesa destacar que esta última expresión ha sido fuente de dificultades interpretativas, pudiendo inducir a creer que la Directiva regula sólo las garantías gratuitas para distinguirlas de los servicios post-venta. Si la norma tuviese que interpretarse en esos términos, se podría verificar que cuando un vendedor requiriese un precio simbólico para conceder la garantía, conseguiría huir de la aplicación de las reglas contenidas en la Directiva.

En efecto, la *ratio* de la Directiva es diferente, aspirando más bien a regular tanto aquellas de pago, como las gratuitas, con la consecuencia de que lo más importante es considerar el contenido del compromiso asumido para ver si se trata de una garantía contractual ¹⁶⁰.

Una solución podría ser eliminar la expresión «sin coste suplementario», pudiendo así constituir un modo de ofrecer mayores garantías al consumidor.

Como se ha puesto de manifiesto en la definición, la garantía comercial puede ser concedida tanto por el vendedor como por el productor, con lo que se consigue un campo de aplicación más amplio de tal garantía con respecto al de la garantía legal.

Además, en teoría, tal extensión afecta sólo a las obligaciones que derivan del artículo 6 de la Directiva, pero en el caso en que la haya ofrecido el productor, las normas sobre la garantía legal no deben ser respetadas por éste, puesto que estas últimas sólo deben aplicarse a las relaciones entre vendedor final y consumidor.

Por el contrario, las disposiciones sobre la garantía comercial se aplicarán al productor.

Pero, en la práctica, se debe destacar que en el caso de que el vendedor final ofrezca una garantía comercial, estará sometido a las reglas del artículo 6 de la Directiva o de la norma de adaptación, así como a las reglas de la garantía legal.

Cuando la garantía comercial la ofrezca el productor u otro intermediario de la cadena de venta, se aplicará sólo el artículo 6 ó su correlativo en el Derecho interno, pero, en cambio, no se apli-

¹⁶⁰ Esta cuestión interpretativa ha sido superada en Bélgica o en España, que en la adaptación de la Directiva ha suprimido la citada frase. Con respecto al Derecho español, puede verse el estudio de ÁLVAREZ MORENO, M.^a T. «*La garantía comercial*», en *Garantía en la venta de bienes de consumo*, coordinado por Silvia Díaz Alabart, Madrid 2006, pp. 177 ss.

carán las reglas de la garantía legal (por ejemplo, sobre plazos y remedios).

Otro aspecto que hay que valorar concierne al papel obligatorio de la publicidad, como aparece en el contenido de las disposiciones sobre la garantía comercial.

Es posible observar que ésta tiene una incidencia directa en la decisión de adquisición del comprador ¹⁶¹. Desde tal perspectiva, el legislador comunitario, dándose cuenta de que uno de los instrumentos fundamentales para las empresas en la difusión de sus productos es propiamente la publicidad, ha especificado su carácter vinculante.

La publicidad se ha convertido en un instrumento de contratación y no sólo de sugestión; el mensaje publicitario tiene también la función de informar al comprador sobre las características del bien que se va a adquirir, y por ello mismo influye en las decisiones de compra de la persona.

Tratándose de una forma de comunicaciones particularmente importante e incisiva, se requiere que suministre noticias verdaderas, que no provoquen distorsiones de la realidad, y eviten hacer incurrir en errores o engañar a los consumidores. Y ello vale tanto para las empresas como para el consumidor, aunque este último ya está protegido por la Directiva sobre publicidad engañosa.

Sobre el tema de la publicidad hay que tomar en consideración que, por primera vez se ha establecido en el artículo 2. apartado 2.º, letra *d*) de la Directiva, relativo a la conformidad con el contrato, el valor contractual de la publicidad y de las declaraciones públicas del vendedor.

Dicho artículo contiene toda una serie de circunstancias en las que el vendedor no resulta obligado por las declaraciones públicas, tales circunstancias no se han previsto en la norma relativa a las garantías comerciales, pero parece oportuno estimar que las mismas excepciones al carácter obligatorio de la publicidad se aplican también a la garantía comercial ¹⁶².

El concepto de publicidad es extremadamente importante en el sistema de ventas a los consumidores, puesto que estos se basan más sobre la publicidad informativa que el productor u otro sujeto

¹⁶¹ Sobre la publicidad en la venta de bienes de consumo, *vid.* M. DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA, *Aspectos publicitarios de la ley de garantías en la venta de bienes de consumo*, en RDP 2004, p. 324; ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Laterza, 2006; GHIDINI, *Comunicazione pubblicitaria e consumatori*, Centro Internazionale Magistrati Luigi Severini, Atti del xxxvi Corso di studi, Perugia, novembre 1989, pp. 29 ss.

¹⁶² STIJNS, *Les garanties commerciales et l'action récursoire du vendeur final dans la directive sur la vente au consommateur*, en *Garantías en la venta de bienes de consumo*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, p. 106.

facilita, que sobre el contenido de la garantía comercial cuyo documento sólo podrá verse, en general, después de haber adquirido el bien. El mensaje publicitario, por lo tanto, representa generalmente el primer y único contacto con el vendedor y con las relativas garantías, influyendo de modo determinante, sobre la conclusión del contrato.

El carácter tan relevante de la publicidad no puede dejar de tener consecuencias en caso de contradicción entre ésta y la garantía comercial; así, cuando esta última sea menos favorable para el consumidor, prevalecerá la publicidad ¹⁶³.

Desde el punto de vista de la conclusión de la relación contractual que tiene por objeto la garantía convencional nada dice la Directiva ni la normativa de adaptación, que se limitan a especificar que «vincula a quien la ofrece».

Las partes, por lo tanto, pueden elegir la modalidad de oferta y constitución del vínculo negocial, siempre que exista transparencia en la modalidad de garantía.

«La garantía corre con la cosa» ¹⁶⁴ y por ello no depende del contrato de venta, sino que tiene una vida autónoma, pudiendo por ejemplo, exigirla quien trae causa del adquirente-consumidor.

¹⁶³ TENREIRO, *La proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation*, en REDC 1996, 187, p. 216.

¹⁶⁴ ALPA, *artículo 1519 septies*, en *L'acquisto di beni di consumo*, *op. cit.*, p. 76.

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

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

1. Información sobre la fecha de entrada en vigor del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. *DOUE*, L, núm. 94, de 4 de abril de 2007.
2. Información relativa a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. *DOUE*, L, núm. 94, de 4 de abril de 2007.
3. Reglamento (CE) núm. 681/2007 del Consejo, de 13 de junio de 2007, por el que se modifican las listas de los procedimientos de insolvencia, los procedimientos de liquidación y los síndicos de los anexos A, B y C del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia. *DOUE*, L, núm. 159, de 20 de junio de 2007.
4. Decisión de la Comisión, de 16 de julio de 2007, que modifica la Decisión 2001/781/CE de la Comisión, por la que se aprueba un manual de organismos receptores y un léxico de los documentos transmisibles o notificables, en cumplimiento 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 [notificada con el número C (2007) 3365]. *DOUE*, L, núm. 185, de 17 de julio de 2007.

PROPIEDAD INDUSTRIAL

5. Reglamento (CE) núm. 876/2007 de la Comisión, de 24 de julio de 2007, que modifica el Reglamento (CE) núm. 2245/2002 de ejecución del Reglamento (CE) núm. 6/2002 del Consejo sobre los dibujos y modelos comunitarios a raíz de la adhesión de la Comunidad Europea al Acta de Ginebra del Arreglo de La Haya relativo al

registro internacional de dibujos y modelos industriales. *DOUE*, L, núm. 193, de 25 de julio de 2007.

6. Reglamento (CE) núm. 877/2007 de la Comisión, de 24 de julio de 2007, que modifica el Reglamento (CE) núm. 2246/2002, relativo a las tasas que se han de abonar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos), a raíz de la adhesión de la Comunidad Europea al Acta de Ginebra del Arreglo de La Haya relativo al registro internacional de dibujos y modelos industriales. *DOUE*, L, núm. 193, de 25 de julio de 2007.

SOCIEDADES

7. Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. *DOUE*, L, núm. 184, de 14 de julio de 2007.

VALORES

8. Directiva 2007/16/CE de la Comisión, de 19 de marzo de 2007, que establece disposiciones de aplicación de la Directiva 85/611/CEE del Consejo por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) en lo que se refiere a la aclaración de determinadas definiciones. *DOUE*, L, núm. 79, de 20 de marzo de 2007.

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

CONSUMIDORES

9. Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo. *DOUE*, C, núm. 61, de 15 de marzo de 2007.
10. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores», versión codificada, *COM (2006) 692 final - 2003/0099 (COD)*. *DOUE*, C, núm. 161, de 13 de julio de 2007.
11. Resolución del Consejo, de 31 de mayo de 2007, sobre la estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013. *DOUE*, C, núm. 162, de 14 de julio de 2007.
12. Resolución del Consejo, de 31 de mayo de 2007, sobre la estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013. *DOUE*, C, núm. 166, de 20 de julio de 2007.
13. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El mercado interior de servicios - Los requisitos del mercado laboral y de

la protección del consumidor». *DOUE*, C, núm. 175, de 27 de julio de 2007.

14. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 1997/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia», *COM (2006) 514 final*. *DOUE*, C, núm. 175, de 27 de julio de 2007.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

15. Posición Común (CE) núm. 8/2007, de 13 de junio de 2007, 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 Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico «Justicia civil», integrado en el programa general «Derechos fundamentales y justicia». *DOUE*, C, núm. 171 E, de 24 de julio de 2007.

INSOLVENCIA

16. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (versión codificada)», *COM (2006) 657 final - 2006/0220 (COD)*. *DOUE*, C, núm. 161, de 13 de julio de 2007.

INSTITUCIONES

17. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre los «25 actos que deben adaptarse urgentemente a la Decisión del Consejo 1999/468/CE, de 28 de junio de 1999, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión, modificada por la Decisión del Consejo 2006/512/CE de 17 de julio de 2006», *COM (2006) 901, 902, 903, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926 final*. *DOUE*, C, núm. 161, de 13 de julio de 2007.
18. Declaración común del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre las modalidades prácticas del procedimiento de codecisión (artículo 251 del Tratado CE). *DOUE*, C, núm. 145, de 30 de junio de 2007.

MARCAS

19. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en

materia de marcas», versión codificada, COM(2006) 812 final - 2006/0264 (COD). DOUE, C, núm. 161, de 13 de julio de 2007.

SOCIEDADES

20. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 78/855/CEE del Consejo, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, y la Directiva 82/891/CEE del Consejo, referente a la escisión de sociedades anónimas, por lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión», COM (2007) 91 final - 2007/0035 (COD). DOUE, C, núm. 175, de 27 de julio de 2007.**

TRANSPORTES

21. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (versión codificada)», COM (2006) 722 final - 2006/0241(COD). DOUE, C, núm. 161, de 13 de julio de 2007.**

II. PRÁCTICA DEL TJCE, DEL TPICE Y DEL TRIBUNAL DE LA AELC

DERECHO DE LA COMPETENCIA

22. **Asunto T-340/03. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de enero de 2007 - France Télécom/Comisión. Competencia - Abuso de posición dominante - Mercado de los servicios de acceso a Internet de alta velocidad - Precios predatorios. DOUE, C, núm. 69, de 24 de marzo de 2007.**
23. **Asunto C-273/06. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 26 de enero de 2006. Petición de decisión prejudicial planteada por el Handelsgericht Wien (Austria). Auto Peter Petschenig GmbH/ Toyota Frey Austria GmbH. Artículo 104, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento - Competencia - Acuerdo de distribución de vehículos automóviles - Exención por categoría - Reglamento (CE) núm. 1475/95 - Artículo 5, apartado 3 - Rescisión por el proveedor - Entrada en vigor del Reglamento (CE) núm. 1400/2002 - Necesidad de reorganizar la red de distribución. DOUE, C, núm. 82, de 14 de abril de 2007.**
24. **Asunto C-95/04 P. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de marzo de 2007 - British Airways plc/Comisión de las Comunidades Europeas, Virgin Atlantic Airways Ltd. Recurso de casación - Abuso de posición dominante - Compañía aérea - Acuerdos con agencias de viajes - Remuneraciones en función del crecimiento de ventas de billetes emitidos por esta compañía durante un período determinado con relación a un período de refe-**

- rencia - Remuneraciones concedidas no sólo por los billetes vendidos una vez alcanzado el objetivo de ventas, sino también por todos los billetes emitidos durante el período tomado en consideración. *DOUE*, C, núm. 95, de 28 de abril de 2007.
25. Asunto T-107/04. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de marzo de 2007 - *Aluminium Silicon Mill Products/Consejo*. Recurso de anulación - Dumping - Importaciones de silicio originario de Rusia - Perjuicio - Relación de causalidad. *DOUE*, C, núm. 95, de 28 de abril de 2007.
26. Asunto T-339/04. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de marzo de 2007 - *France Télécom/Comisión*. Competencia - Decisión por la que se ordena una inspección - Cooperación leal con los órganos jurisdiccionales nacionales - Cooperación leal con las autoridades nacionales de la competencia - Artículo 20, apartado 4, del Reglamento CE núm. 1/2003 - Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia - Motivación - Proporcionalidad. *DOUE*, C, núm. 95, de 28 de abril de 2007.
27. Asunto T-340/04. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de marzo de 2007 - *France Télécom/Comisión*. Competencia - Decisión por la que se ordena una inspección - Cooperación leal con los órganos jurisdiccionales nacionales - Cooperación leal con las autoridades nacionales de la competencia - Artículo 20, apartado 4, del Reglamento CE núm. 1/2003 - Motivación - Proporcionalidad - Motivo nuevo - Inadmisibilidad. *DOUE*, C, núm. 95, de 28 de abril de 2007.
28. Asunto C-328/05 P. Sentencia del Tribunal de Justicia Sala Cuarta de 10 de mayo de 2007 - *SGL Carbon AG/Comisión* de las Comunidades Europeas Recurso de casación. Competencia - Prácticas colusorias - Directrices para el cálculo del importe de las multas - Comunicación sobre la cooperación - Principio *non bis in idem*. *DOUE*, C, núm. 140, de 23 de junio de 2007.
29. Asunto T-357/02. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de mayo de 2007 - *Freistaat Sachsen/Comisión*. Ayudas de Estado - Ayudas concedidas por las autoridades del Land de Sajonia - Régimen de ayudas a favor de las pequeñas y medianas empresas - Procedimiento acelerado de aprobación - Aplicación en el tiempo de las Directrices comunitarias y del Reglamento de excepción relativo a las ayudas a favor de las pequeñas y medianas empresas - Proyecto de ayudas notificado antes de la entrada en vigor del Reglamento de excepción - Confianza legítima - Seguridad jurídica - Notificación completa. *DOUE*, C, núm. 140, de 23 de junio de 2007.
30. Asunto T-151/01. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de mayo de 2007 - *Duales System Deutschland/Comisión*. Competencia - Abuso de posición dominante - Sistema de recogida y de valorización de envases comercializados en Alemania y que llevan el distintivo *Der Grüne Punkt* - Decisión por la que se declara la explotación abusiva de una posición dominante - Barrera a la

entrada en el mercado - Canon debido en concepto de contrato de utilización del distintivo. *DOUE*, C, núm. 155, de 7 de julio de 2007.

31. Asunto T-289/01. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de mayo de 2007 - *Duales System Deutschland*/Comisión. Competencia - Prácticas colusorias - Sistema de recogida y de valorización de envases comercializados en Alemania y que llevan el *distintivo Der Grüne Punkt* - Decisión de exención - Cargas impuestas por la Comisión para garantizar la competencia - Exclusividad concedida por la empresa que explota el sistema a las empresas de recogida utilizadas - Restricción de la competencia - Necesidad de garantizar el acceso de los competidores a las instalaciones de recogida de envases utilizadas por la empresa que explota el sistema - Compromisos asumidos por la empresa que explota el sistema. *DOUE*, C, núm. 155, de 7 de julio de 2007.

DERECHOS HUMANOS

32. Asunto C-302/06. Auto del Tribunal de Justicia Sala Tercera de 25 de enero de 2007 petición de decisión prejudicial planteada por el *Krajský súd v Prešove* - República Eslovaca - *František Koval'ský/Mesto Prešov, Dopravný podnik Mesta Prešov, a. s.* Petición de decisión prejudicial - Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales - Derecho de propiedad - Instalaciones eléctricas en terrenos privados sin compensación para los propietarios - Incompetencia del Tribunal de Justicia. *DOUE*, C, núm. 82, de 14 de abril de 2007.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

33. Asunto C-292/05. Sentencia del Tribunal de Justicia Sala Segunda de 15 de febrero de 2007 petición de decisión prejudicial planteada por el *Efeteio Patron*, Grecia - *E. Lechouritou, V. Karkoulis, G. Pavlopoulos, P. Brátsikas, D. Sotiropoulos, G. Dimopoulos/Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*. Convenio de Bruselas - Artículo 1, párrafo primero, primera frase - Ámbito de aplicación - Materia civil y mercantil - Concepto - Acción de indemnización ejercitada contra un Estado contratante por los derechohabientes de las víctimas de masacres de guerra causadas por sus fuerzas armadas en otro Estado contratante. *DOUE*, C, núm. 82, de 14 de abril de 2007.
34. Asunto C-386/05: Sentencia del Tribunal de Justicia Sala Cuarta de 3 de mayo de 2007 petición de decisión prejudicial planteada por *Oberster Gerichtshof (Austria) - Color Draek GmbH/Lexx International Vertriebs GmbH*. Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil - Reglamento CE núm. 44/2001- Competencias especiales - Artículo 5, apartado 1, letra b, primer guión - Tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación contractual que sirve de

base a la demanda - Compraventa de mercancías - Mercancías entregadas en distintos lugares del mismo Estado miembro. *DOUE*, C, núm. 140, de 23 de junio de 2007.

MARCAS

35. Asunto C-239/05. Sentencia del Tribunal de Justicia Sala Segunda de 15 de febrero de 2007 petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van beroep te Brussel (Bélgica) - *BVBA Management, Training en Consultancy/Benelux-Merkenbureau*. Marcas - Directiva 89/104/CEE - Solicitud de registro de una marca para un conjunto de productos y servicios - Examen del signo por la autoridad competente - Consideración de todos los hechos y circunstancias pertinentes - Competencia del órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso. *DOUE*, C, núm. 82, de 14 de abril de 2007.
36. Asunto T-204/04. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de febrero de 2007 - *Indorata-Serviços e Gestao/OAMI*. Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria *Hairtransfer* - Motivos absolutos de denegación de registro - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra c, del Reglamento CE núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 82, de 14 de abril de 2007.
37. Asunto T-256/04. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de febrero de 2007 - *Mundipharma/OAMI-Altana Pharma Respicur*. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa *Respicur* - Marca nacional denominativa anterior *Respicort* - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b, del Reglamento CE núm. 40/94 - Prueba del uso de la marca anterior - Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C núm. 82 de 14 de abril de 2007.
38. Asunto T-353/04. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de febrero de 2007 - *Ontex/OAMI - Curon Medical Curon*. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca denominativa comunitaria *Curon* - Oposición del titular de la marca denominativa comunitaria *Euron* - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b, del Reglamento CE núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 82, de 14 de abril de 2007.
39. Asunto T-477/04. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de febrero de 2007 - *Aktieselskabet af 21. november 2001/OAMI - TDK Kabushiki Kaisha TDK*. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa *TDK* - Marca comunitaria figurativa anterior *TDK* - Marcas nacionales denominativas o figurativas anteriores *TDK* - Motivo de denegación relativo - Notoriedad - Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior - Artículo 8, apartado 5, del Reglamento CE núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 82, de 14 de abril de 2007.
40. Asunto T-501/04. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de febrero de 2007 - *Bodegas Franco-Españolas/OAMI* -

Companhia Geral da Agricultura das Vinhas do Alto Douro ROYAL. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa: *ROYAL* Marca comunitaria denominativa anterior *ROYAL FEITORIA* - Motivo de denegación relativo - Inexistencia de riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*, del Reglamento CE núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 82, de 14 de abril de 2007.

41. Asunto T-88/05. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de febrero de 2007 - *Quelle/OAMI - Nars Cosmetics NARS*. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca figurativa comunitaria *NARS* - Marcas figurativas nacionales anteriores que incluyen el elemento denominativo *MARS* - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Falta de similitud de los signos - Artículo 8, apartado 1, letra *b*, del Reglamento CE núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 82, de 14 de abril de 2007.
42. Asunto T-317/05. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de febrero de 2007 - *Kustom Musical Amplification/OAMI*. Forma de una guitarra. Marca comunitaria - Solicitud de marca tridimensional - Forma de una guitarra - Motivo de denegación absoluto - Violación del derecho de defensa - Motivación - Artículo 73 del Reglamento CE núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 82, de 14 de abril de 2007.
43. Asunto T-124/06. Auto del Tribunal de Primera Instancia de 24 de enero de 2007 - *MIP Metro/OAMI - MetroRED Telecom MetroRED*. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 82, de 14 de abril de 2007.
44. Asunto C-29/05 P. Sentencia del Tribunal de Justicia Gran Sala de 13 de marzo de 2007 - Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos)/Kaul GmbH, Bayer AG. Recurso de casación - Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Presentación de hechos y pruebas nuevas en apoyo de un recurso interpuesto ante la Sala de Recurso de la OAMI. *DOUE*, C, núm. 95, de 28 de abril de 2007.
45. Asunto C-171/06 P. Sentencia del Tribunal de Justicia Sala Séptima de 15 de marzo de 2007 - *T.I.M.E. ART Uluslararası Saat Ticareti ve diş Ticaret AŞ /Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Devinlec Développement Innovation Leclerc, S. A.* Recurso de casación - Marca comunitaria - Reglamento CE núm. 40/94 - Artículo 8, apartado 1, letra *b* - Marca figurativa - Oposición del titular de una marca nacional anterior - Riesgo de confusión. *DOUE*, C, núm. 95, de 28 de abril de 2007.
46. Asunto T-215/03. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de marzo de 2007 - *SIGLA/OAMI - Elleni Holding VIPS*. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca denominativa comunitaria *VIPS* - Marca nacional denominativa anterior *VIPS* - Artículo 8, apartado 5, del Reglamento CE núm. 40/94 - Artículo 74 del Reglamento CE núm. 40/94 - Principio dispositivo - Derecho de defensa. *DOUE*, C, núm. 95, de 28 de abril de 2007.

47. Asunto T-230/05. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de marzo de 2007 - *Golf USA/OAMI GOLF USA*. Marca comunitaria - Solicitud de marca denominativa comunitaria *GOLF USA* - Motivos de denegación absolutos - Carácter descriptivo - Falta de carácter distintivo. *DOUE*, C, núm. 95, de 28 de abril de 2007.
48. Asunto T-322/05. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de marzo de 2007 - *Brinkmann/OAMI - Terra Networks Terranus*. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca denominativa comunitaria *Terranus* - Marca anterior figurativa comunitaria y nacional *Terra* - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Similitud de los productos y de los signos - Artículo 8, apartado 1, letra b, del Reglamento CE núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 95, de 28 de abril de 2007.
49. Asunto T-364/05. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de marzo de 2007 - *Saint-Gobain Pam/OAMI - Propamsa PAM PLUVIAL*. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca denominativa comunitaria *PAM PLUVIAL* - Marcas gráficas nacionales anteriores *PAM* - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Prueba del uso - Artículo 8, apartado 1, letra b, y artículo 43 del Reglamento CE núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 95, de 28 de abril de 2007.
50. Asuntos acumulados T-239/05, T-240/05, T-245/05 a T-247/05, T-255/05, T-274/05 a T-280/05. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de mayo de 2007 - *Black & Decker/OAMI - Atlas Copco* Representación tridimensional de una herramienta eléctrica amarilla y negra. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Plazo del procedimiento de oposición - Remisión por fax - Admisibilidad - Indicación clara de la marca anterior - Regla 18, apartado 1, del Reglamento CE núm. 2868/95. *DOUE*, C, núm. 140, de 23 de junio de 2007.
51. Asunto T-47/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de mayo de 2007 - *Antartica/OAMI - Nasdaq Stock Market nasdaq*. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca gráfica comunitaria *Nasdaq* - Marca denominativa comunitaria anterior *NASDAQ* - Motivo de denegación relativo - Renombre - Artículo 8, apartado 5, del Reglamento CE núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 140, de 23 de junio de 2007.
52. Asunto C-312/05 P. Auto del Tribunal de Justicia Sala Sexta de 27 de marzo de 2007 - *TeleTech Holdings, Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), OAMI, Teletech International, S. A.* Recurso de casación - Marca comunitaria - Reglamento CE núm. 40/94 - Marca denominativa comunitaria - Solicitud de nulidad - Marca denominativa nacional anterior. *DOUE*, C, núm. 155, de 7 de julio de 2007.
53. Asunto T-491/04. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de mayo de 2007 - *Merant/OAMI - Focus Magazin Verlag Focus*. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca denominativa comunitaria *Focus* - Marca anterior figurativa nacional *Micro Focus* - Riesgo de confusión - Similitud entre los

- signos - Artículo 8, apartado 1, Letra *b*, del Reglamento CE núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 155, de 7 de julio de 2007.
54. Asunto T-137/05. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de mayo de 2007 - *La Perla/OAMI - Worldgem Brands NIMEI La Perla Modern Classic*. Marca comunitaria - Procedimiento de anulación - Marca comunitaria denominativa *NIMEI La Perla Modern Classic* - Marcas nacionales figurativas y denominativa anteriores *La Perla* y *La Perla Parfums* - Motivo de denegación relativo - Artículo 52, apartado 1, letra *a*, del Reglamento CE núm. 40/94 - Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 155, de 7 de julio de 2007.
55. Asunto T-158/05. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de mayo de 2007 - *Trek Bicycle/OAMI - Audi ALLTREK*. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa *ALLTREK* - Marca nacional denominativa anterior *TREK* - Motivo de denegación relativo - Inexistencia de riesgo de confusión - Inexistencia de similitud entre los productos - Artículo 8, apartado 1, letra *b*, del Reglamento CE núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 155, de 7 de julio de 2007.
56. Asuntos acumulados T-241/05, T-262/05 a T-264105, T-346/05, T-347/05, T-29/06 a T31/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de mayo de 2007 - *The Procter & Gamble Company/OAMI*. Marca comunitaria - Solicitudes de marcas comunitarias tridimensionales - Pastillas cuadradas blancas con un dibujo floral de color - Motivo de denegación absoluto - Artículo 7, apartado 1, Letra *b*, del Reglamento CE núm. 40/94 - Falta de carácter distintivo. *DOUE*, C, núm. 155, de 7 de julio de 2007.
57. Asunto T-342/05. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de mayo de 2007 - *Henkel/OAMI - SERCA COR*. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca denominativa comunitaria *COR* - Marca anterior figurativa nacional que contiene el elemento denominativo «dar» en letras góticas - Motivo de denegación relativo - Falta de riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*, del Reglamento CE núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 155, de 7 de julio de 2007.
58. Asunto C-334/05 P. Sentencia del Tribunal de Justicia Sala Tercera de 12 de junio de 2007 - Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos)/*Shaker di L. Laudato & C. Sas, Limiñana y Botella, S. L.* Recurso de casación - Marca comunitaria - Reglamento CE núm. 40/94 - Artículo 8, apartado 1, Letra *b* - Riesgo de confusión - Solicitud de marca figurativa comunitaria con los elementos verbales *Limoncello della Costiera Analfitana* y *shaker* - Oposición del titular de la marca denominativa nacional *Limonchelo*. *DOUE*, C, núm. 170, de 21 de julio de 2007.
59. Asuntos acumulados T-53/04 a T-56/04, T-58/04 y T-59/04. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de junio de 2007 - *Budějovický Budvar/OAMI - Anheuser-Busch Budweiser*. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca denominativa comunitaria *Budweiser* - Denominaciones de origen

registradas en virtud del Arreglo de Lisboa - Artículo 8, apartado 4, del Reglamento CE núm. 40/94 - Desestimación de la oposición. *DOUE*, C, núm. 170, de 21 de julio de 2007.

60. Asuntos acumulados T-57/04 y T-71/04. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de junio de 2007 - *Budějovický Budvar y Anheuser-Busch/OHMI AB Genuine Budweiser King of beers*. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria gráfica que comprende los términos «AB», «genuine», «budweiser» «king of beers» - Marca denominativa internacional anterior *Budweiser* - Denominaciones de origen registradas en virtud del Arreglo de Lisboa - Artículo 8, apartados 1, letra *b*, y 4, del Reglamento CE núm. 40/94 - Aceptación y desestimación parciales de la oposición. *DOUE*, C, núm. 170, de 21 de julio de 2007.
61. Asuntos acumulados T-60/04 a T-64/04. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de junio de 2007 - *Budejovicky Budvar/OAMI - Anheuser-Busch BUD*. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa *BUD* - Denominación de origen registrada en virtud del Arreglo de Lisboa - Artículo 8, apartado 4, del Reglamento CE núm. 40/94 - Desestimación de la oposición. *DOUE*, C, núm. 170, de 21 de julio de 2007.
62. Asunto T-105/05. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de junio de 2007 - *Assembled Investments Proprietary/OAMI - Waterford Wedgwood Waterford Stellenbosch*. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa *Waterford Stellenbosch* - Marca comunitaria denominativa anterior *Waterford* - Motivo de denegación relativo - Inexistencia de riesgo de confusión - Falta de similitud de los productos - Falta de complementariedad - Artículo 8, apartado 1, letra *b*, del Reglamento CE núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 170, de 21 de julio de 2007.
63. Asunto T-167/05. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de junio de 2007 - *Grether/OAMI - Crisgo Fennel*. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa *Fennel* - Marca comunitaria denominativa anterior *FENJAL* - Motivo de denegación relativo - Inexistencia de riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*, artículo 73, segunda frase, y artículo 74, apartado 1, del Reglamento CE núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 170, de 21 de julio de 2007.
64. Asunto T-190/05. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de junio de 2007 - *Sherwin-Williams/OAMI Twist & Pour*. Marca comunitaria - Solicitud de marca denominativa comunitaria *Twist & Pour* - Motivo absoluto de denegación del registro - Marca carente de carácter distintivo - Artículo 7; apartado 1, letra *b*, del Reglamento CE núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 170, de 21 de julio de 2007.
65. Asunto T-339/05. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de junio de 2007 - *MacLean-Fogg/OAMI Lokthread*. Marca co-

munitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa *Lokthread* - Motivos absolutos de denegación de registro - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra c, del Reglamento CE núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 170, de 21 de julio de 2007.

66. Asunto T-441/05. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de junio de 2007 - *IVG Immobilien/OAMI*. Marca comunitaria - Signos figurativos - Motivos de denegación absolutos - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b, del Reglamento CE núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 170, de 21 de julio de 2007.
67. Asunto T-207/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de junio de 2007 - *Europig/OAMI Europig*. Marca comunitaria - Solicitud de la marca denominativa comunitaria *EUROPIG* - Motivos de denegación absolutos - Carácter descriptivo - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letras b y c, y artículo 7, apartado 3, del Reglamento CE núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 170, de 21 de julio de 2007.

RESTRICCIONES CUANTITATIVAS

68. Asunto C-126/06. Auto del Tribunal de Justicia Sala Octava de 19 de enero de 2007 petición de decisión prejudicial planteada por el *Dioikitiko Protodikeio Tripolis* - Grecia - *Carrefour - Marinopoulos AE/Nomarchiaki aftodioikisi Tripolis*. Libre circulación de mercancías - Artículo 28 CE - Restricciones cuantitativas - Medidas de efecto equivalente - Comercialización de productos congelados de panadería. *DOUE*, C, núm. 82, de 14 de abril de 2007.

SOCIEDADES

69. Asunto C-391/04. Sentencia del Tribunal de Justicia Sala Tercera de 10 de mayo de 2007 petición de decisión prejudicial planteada por el *Symvoulío tis Epikrateias* - Grecia - *Ypourgos Oikonornikon, Proistamenos DOY Amfissas/Charilaos Georgakis* Directiva 89/592/CEE - Operaciones con información privilegiada - Conceptos de «información privilegiada» y de «explotación de información privilegiada» - Operaciones bursátiles previamente acordadas realizadas en el seno de un grupo de personas que pueden disponer de información privilegiada - Incremento artificial de la cotización de los valores negociables cedidos. *DOUE*, C, núm. 140, de 23 de junio de 2007.

III. INFORMACIONES

70. Lista de las autoridades centrales designadas por los Estados miembros en materia de restitución de bienes culturales que han salido de manera ilegal del territorio de un Estado miembro, publicada en aplicación del artículo 3 de la Directiva 93/7/CEE del Consejo. *DOUE*, C, núm. 136, de 20 de junio de 2007.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo: *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, ed. Ratio Legis, Salamanca, 2007, 573 pp.

El autor de este libro es en la actualidad Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile, con sede en Santiago, y está a cargo de la prestigiosa Revista Chilena de Derecho que edita dicha Universidad desde hace más de treinta años. Posee una envidiable formación académica que ha adquirido en distintas universidades, destacando su trabajo con el Profesor Andreas Wacke en la Universidad de Colonia. Ha culminado esta etapa con el doctorado con mención europea obtenido en la Universidad de Salamanca y su tesis, dirigida por un joven civilista de esta Universidad, el Profesor José Antonio Martín Pérez, recibió informes favorables de las Universidades de Perugia, Génova y Salerno. El tribunal, que le otorgó la calificación máxima, estuvo presidido por el respetado maestro salmantino, el Profesor Mariano Alonso Pérez –cuya feliz jubilación acabamos de celebrar– y estuvo integrado además por conocidos especialistas españoles y un italiano, el Profesor Vitto Rizzo. La obra reseñada es, en fin, el resultado de una profunda revisión y síntesis de la mencionada tesis doctoral.

El daño moral es una categoría que no ha dejado de suscitar dificultades desde su aparición entre nosotros, al menos, desde la célebre sentencia de 1912. Una vez admitida, es opinable su relación con el daño patrimonial y con el daño corporal, así como los supuestos que comprende, a lo que se unen los aspectos procesales y los complejos problemas de prueba, valoración y reparación. Esta es la materia que estudia el autor, no sólo en el Derecho español, que conoce a fondo, sino que analiza con notable profundidad la gestación y reformas que ha sufrido la figura en el Código civil alemán, a la vez que sus recurrentes vicisitudes en el sistema anglosajón. Aunque abarca la amplia problemática descrita, interesa recalcar que el hilo conductor de la obra radica moderno supuesto del daño moral debido al incumplimiento de obligaciones contractuales o, en general, de las obligaciones basadas en las relaciones patrimoniales existentes entre el causante del daño y la víctima que lo padece.

Como es habitual, la obra se inicia con el concepto y las figuras afines. El daño moral suele definirse en términos negativos, lo que el autor critica a la par que lamenta, como el daño no patrimonial, con el riesgo, a nuestro modo de ver, de ocultar la autonomía de los daños corporales o estrictamente personales, que en la terminología italiana se corresponden con el daño biológico o a la salud. Por su función compensatoria, el daño moral se distingue netamente de las hipótesis anglosajonas de los daños punitivos, los daños ejem-

plares y los daños nominales o de cuantía trivial, que se asimilan a las condenas simbólicas, tan criticables en teoría como generalizadas en la práctica.

Sobre el fundamento del resarcimiento, subraya el autor que la función del daño moral es exactamente compensatoria –no reparadora– y se encamina hacia alcanzar una determinada suma de dinero que en Alemania se denomina *solatium*, esto es, la suficiente en orden a mejorar la situación patrimonial de la víctima para mitigar las sensaciones desagradables, o lo que en Austria se estima como superación del daño, es decir, la necesaria para sobrellevar sus consecuencias en atención a las dificultades objetivas de un (teórico) hombre medio.

Tras estas cuestiones preliminares, el autor intenta trazar una tipología de los supuestos de daño moral admitidos por los distintos ordenamientos europeos, siguiendo la pauta marcada por el Derecho francés. Junto a los perjuicios afectivo, estético, de amenidad, sexual y a la salud, se detiene en las intromisiones ilegítimas al honor y la intimidad –donde discute el discutible honor de las personas jurídicas–, al tiempo que resalta el sorprendente paralelismo que ofrecen las diferentes legislaciones del *Common Law*.

Asimismo, el autor estudia los problemas relacionados con la acción judicial para reclamar la indemnización por los daños morales; en particular, se ocupa de la concurrencia de pretensiones, la legitimación de los parientes próximos en caso de muerte, la falta de transmisión hereditaria de la acción y la indemnización de los daños morales sufridos por quien los reclama *iure proprio*. Además, el autor examina de forma pormenorizada el problema de la reparación de esta clase de daños. Muy útil es el estudio de la decena de criterios que utilizan los tribunales ingleses para fijar la indemnización hasta desembocar en un baremo de aplicación facultativa. Tendencia semejante aprecia el autor en la docena de ordenamientos europeos que estudia, cuya necesidad se justifica entre otras razones, a su juicio, por la falta del carácter vinculante de los precedentes judiciales. Con especial atención analiza las vicisitudes del baremo obligatorio español, donde constata su constitucionalidad, así como su *vis expansiva*, y los criterios aplicados por los tribunales españoles en la práctica.

Finalmente, la parte central de la obra está constituida por un extenso estudio sobre las concepciones del daño moral en los distintos ordenamientos europeos, con especial referencia al daño derivado de contrato o supuestos similares. Singular relieve presenta el detallado recorrido del *Schmerzensgeld* –literalmente, precio del dolor– desde las fuentes bárbaras, como la ley sálica, hasta su incorporación en el *BGB* y su posterior reforma y ampliación en 2002, aun cuando el daño moral en el Derecho alemán sigue siendo restrictivo pues sólo es reparable cuando afecta al cuerpo, la salud, la libertad y la autodeterminación sexual, lo mismo en el ámbito extracontractual que en los daños causados por el incumplimiento. Restrictivos, entre otros, son el ordenamiento austríaco, el italiano –en el que se descarta el daño moral por incumplimiento– el estadounidense y el inglés.

En cambio, en Francia impera una marcada tendencia expansiva desde una sentencia de 1833, pasando por la obligación de seguridad y la previsibilidad del incumplimiento –no del daño– como bien destaca el autor siguiendo la acertada distinción apuntada por J. M. León González, que vale tanto para el Código francés como para el español. En efecto, nuestro Derecho se inscribe en la misma tendencia, que cuenta con el remoto precedente recogido en las Partidas del «destruymento que ome recibe en si mismo» (P. 7.15.1), con presunciones legales en materia de propiedad intelectual e industrial, así

como en los derechos de la personalidad, y con la opinión mayoritariamente favorable de la doctrina y la jurisprudencia. Además, existe una rica casuística que concierne al incumplimiento por ruina de edificios, la omisión de servicios funerarios o la mala práctica de prestaciones médicas, a los que se unen atrasos en los contratos de transportes y viajes combinados, la infracción del contrato de cambio de moneda por la entrega de dólares falsos u otros supuestos análogos. Todos los cuales inciden, directa o indirectamente, en los derechos de la personalidad de la víctima.

El autor estudia con cierto detalle el novedoso caso de la pérdida de una oportunidad judicial, que el abogado o el procurador han dejado de ejercer en el momento procesal oportuno, de modo que hay un incumplimiento contractual que provoca normalmente la existencia de un daño patrimonial, salvo acaso la pérdida de tiempo que se puede asimilar para el autor a un daño moral. Aunque esto sea muy discutible, parece claro que la posibilidad de ejercer o no la pretensión procesal omitida está muy cerca de la esfera personal y podría aproximarse, por ello, a un daño moral. A nuestro juicio, lo francamente criticable es que el juez valore este daño atendiendo a la probalidad de éxito que tendría la pretensión no ejercida en su momento ante el órgano competente. Y ello porque el juez aquí, no sólo sustituye sin fundamento al tribunal que debería resolver dicha pretensión, sino que emite una opinión subjetiva y carece del conocimiento pleno del caso, así como de las alegaciones y de las pruebas de las partes; se trata más bien de una declaración de ciencia que sólo se podría equiparar a un informe pericial.

En definitiva, de esta apretada síntesis se desprende que el libro reseñado es un excelente trabajo de investigación, bien orientado, con abundante documentación y elaborado con acierto y rigor. Hay numerosas observaciones del autor, muchas de ellas de carácter crítico y otras de índole comparativa, que son de compartir, en general, por ser atinadas y estar bien fundadas. Estamos, en fin, ante una obra científica madura que representa una importante aportación a la siempre compleja problemática del daño moral, de tanto interés para el jurista teórico como utilidad para el práctico.

Carlos VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Burgos

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (coordinador): *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, 246 pp.

El volumen que ahora ve la luz es fruto del *Coloquio* celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza en los días 9 y 10 de noviembre de 2006, sobre el tema «Invalidez e ineficacia de los actos jurídicos». En él se recogen las siete ponencias que vertebraron el ámbito de la discusión, pues el debate era el principal objetivo perseguido por los organizadores, dirigidos, al igual que el Grupo Nulidad en cuyo seno se ha gestado el Coloquio, por los Profesores Doctores don Jesús Delgado Echeverría y doña María Ángeles Parra Lucán, Catedráticos de Derecho Civil de la Universidad anfitriona.

No puede ser obviado ni tratado superficialmente el proyecto de investigación que ha dado origen al Grupo, cuyo objetivo es el estudio de la nulidad

de los actos jurídicos; tema amplio, como pocos, presente en el Derecho en general y el civil en particular, circunstancia ésta que pone de manifiesto una vez más el papel central de nuestra rama del saber en el quehacer jurídico, pues es difícilmente imaginable que un propósito semejante en amplitud al emprendido por el Grupo pudiera ser liderado por investigadores provenientes de otros campos jurídicos, lo que conviene poner de relieve en una época en que bajo el pretexto de la modernización de los planes de estudio se ha erosionado la atención dedicada a las instituciones del Derecho privado.

El propósito confesado que anima a este grupo investigador de Zaragoza es el estudio de las cuestiones teóricas y prácticas que se plantean en relación con la invalidez e ineficacia de los actos jurídicos, buscando tanto la depuración de los conceptos como el análisis de sus aplicaciones y consecuencias en los variados ámbitos de la experiencia jurídica. Y para ello se han agrupado una veintena de profesores de Derecho Civil (la gran mayoría) y de otras áreas de conocimiento, tanto de Derecho privado como público, cuyo empeño investigador ha cristalizado ya en una obra llamada a convertirse en monografía de referencia, como es el *Manual sobre las nulidades de los contratos en el Derecho español*, de Jesús Delgado y María Ángeles Parra, editado por Dykinson, Madrid, 2005. Pero no sólo el citado *Manual* ha hecho públicos los resultados de la investigación desarrollada; además, tal función la vienen cumpliendo numerosos comentarios de sentencias publicados en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, y dos revistas electrónicas auspiciadas por el Grupo, denominadas *Estudios sobre invalidez e ineficacia*, y *Comentario de Sentencias*, por citar sólo las iniciativas más relevantes.

Con estos antecedentes no debe extrañar el éxito del Coloquio celebrado en noviembre, donde fueron objeto de debate las ponencias que constituyen los respectivos capítulos del libro ahora reseñado. Éxito puesto de manifiesto, entre otros puntos, en la cantidad y calidad de las diversas comunicaciones, en número de veintiséis, que se presentaron, y que abordaron la nulidad en temas tan variados como los relacionados con la contratación en general y los consumidores en particular; el patrimonio histórico, los espacios naturales y el urbanismo; las donaciones y sucesiones; etc.; en suma, numerosos campos del Derecho Civil y de otras disciplinas jurídicas donde las instituciones del Derecho privado cumplen la misión de recordar la primacía de la persona y las cuestiones que le son más próximas. Todo este trabajo de investigación se halla publicado *on-line* en la *web* del *Grupo Nulidad*, pero, además, ahora tenemos la oportunidad de acceder al texto definitivo de las ponencias a través de la publicación en papel del libro objeto de estas líneas.

Los temas –siete– en torno a los cuales se articuló el «Coloquio» y ahora el libro cabe agruparlos en dos grandes bloques: el primero, general; y el segundo, particular. De tipo general son las tres primeras ponencias, desarrolladas por los Profesores Vattier Fuenzalida (Universidad de Burgos), Clavería Golsálvez (Universidad de Sevilla) y Delgado Echeverría (Universidad de Zaragoza).

En primer lugar, bajo el título «Invalidez e ineficacia en los proyectos europeos de Derecho de los contratos», el Profesor Vattier efectúa un análisis comparativo del régimen establecido para la invalidez en el Anteproyecto de Código Civil Europeo elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía (Proyecto Gandolfi), y en los Principios de Derecho Contractual Europeo, de la llamada Comisión Lando. El lector puede seguir perfectamente el estudio crítico del autor, ya que la ponencia contiene un anexo donde se transcriben los preceptos sobre «anomalías del contrato y sus remedios», del

Anteproyecto de Pavía (arts. 137 a 155); y los preceptos sobre «validez» e «ilicitud», de los Principios de Lando (arts. 4:101 a 4:119, y 15:191 a 15:105, respectivamente); traducidos al castellano, cada bloque normativo, por María Ángeles Parra Lucán, P. Barres Benlloch y el propio ponente.

Cabe destacar de este análisis cómo en el tema de inexistencia, regulada solo por el Anteproyecto de Pavía, las novedades que observa son pocas, pues los problemas que trata se pueden resolver tanto por las reglas sobre la formación del consentimiento contractual como por las relativas a la nulidad. En materia de nulidad absoluta advierte que los dos textos «convergen» en las causas de nulidad, pero se distancian en las consecuencias de la nulidad; por otra parte, en cuanto a la anulabilidad los dos proyectos presentan pocas novedades y concuerdan en las causas y consecuencias. Analiza sintéticamente la incapacidad, los vicios de la voluntad (error, dolo –que inexplicablemente elimina el Anteproyecto de Pavía–, e intimidación –no se ocupa ninguno de los textos de la violencia física–), lesión (coinciden sustancialmente, pero difieren en la sanción: Anteproyecto de Pavía, rescisión; Principios Lando, anulabilidad), cláusulas abusivas, régimen de la anulación («bastante similar entre sí»), supuestos de ineficacia (ineficacia en sentido estricto, inoponibilidad, simulación), etc. En el apartado de subsanación y remedios destaca el paralelismo formal entre los dos textos; en la nulidad se muestra especialmente crítico con el Anteproyecto de Pavía, cuyo régimen califica de «desafortunado», ya que limita los daños a los causados a terceros y porque la confirmación del contrato nulo es de muy escasa utilidad. Observa cómo los dos proyectos concuerdan en la nulidad parcial, pero lo hacen partiendo de dos concepciones distintas, subjetiva en el Anteproyecto de Pavía y objetiva en los Principios Lando, si bien los resultados son semejantes, ya que la persistencia del resto del contrato o bien es acordada por los contratantes o bien debe ser asentada sin la oposición de cualquiera de ellos. En la anulabilidad coinciden en los medios de subsanación y en la determinación de los daños y perjuicios (los daños se limitan al interés negativo); por el contrario, se diferencian de forma significativa en el régimen de la confirmación, negativo y restrictivo en el Anteproyecto de Pavía mientras que en los Principios de la Comisión Lando es positivo y expansivo.

También posee un carácter general el tema desarrollado por el Profesor Clavería, bajo el título «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato». En ella se ofrece una crítica del régimen de la nulidad del Código civil, pasando continuamente del *iure condito* al *iure condendo*, en expresiones repetidamente empleadas por el autor. Su trabajo tiene la virtualidad de identificar todos los aspectos de la teoría de la nulidad, señalando el estado actual de la doctrina y apuntando posibles soluciones en orden a una futura reelaboración de la materia. A título de ejemplo cabe destacar las reflexiones que articula en torno a la rescisión, con la que es particularmente crítico, destacando el carácter variopinto de los supuestos allí incluidos: junto a la lesión y el fraude de acreedores, existen otros dispersos por el Código civil en materia de compraventa y partición de la herencia, incluso en la Ley concursal (*cf.* arts 71 ss). Termina formulando una propuesta, en la que cabe destacar la conveniencia de mantener la distinción entre invalidez e ineficacia en sentido estricto, si bien rechaza la reproducción de las dos subfiguras clásicas, la nulidad y la anulabilidad: por ejemplo, propone desarrollar más el error (para que pueda comprender los arts. 1469, 1470, 1483 y 1486, con especial atención al error en la transacción), y suprimir el dolo, por absorción del error o por proximidad a la intimidación, según los casos.

La tercera ponencia de carácter general cabe ubicarla en el ámbito de la Teoría jurídica, a diferencia de las dos precedentes, pertenecientes al Derecho europeo y el Derecho español común, respectivamente. Con el título de «¿Sanción de invalidez? Los conceptos de invalidez y de sanción», el Profesor Delgado Echeverría, que recientemente había hecho públicas sus reflexiones en el trabajo «El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado» (*Anuario de Derecho Civil*, 2005, p. 4 ss.), se plantea la pregunta de si la «invalidez» de un acto jurídico pertenece o no a la categoría de las «sanciones», para llegar a la conclusión negativa con base fundamentalmente en la tesis de Hart, que asume Irti, según la cual existen dos tipos de normas: las de mandato y las que confieren poderes; y la nulidad es consecuencia no del incumplimiento de un mandato (sanción) sino de la falta de presupuestos para que el acto derivado de la voluntad del individuo produzca efectos. Por ello, concluye afirmando que la nulidad no es una sanción.

El segundo bloque de ponencias posee un ámbito más particular. Son las desarrolladas por los Profesores Rams Albesa (Universidad Complutense de Madrid), Carrasco Perera (Universidad de Castilla-La Mancha), Miquel González (Universidad Autónoma de Madrid) y Pasquau Liaño (Universidad de Granada).

El primero de ellos nos ofrece sus reflexiones en torno a «El objeto ilícito de los contratos». Se muestra muy crítico con la noción de objeto ilícito, la que califica de absurda, ya que, en su opinión, no hay objetos ilícitos sino objetos de tráfico restringido por las más variadas razones. En concreto, denuncia reiteradamente la falta de engarce lógico-discursivo entre los artículos 1271 y ss. –que califica de casuistas– y el artículo 1261.2º CC, el cual en su opinión efectúa un tratamiento del objeto del contrato más apropiado que el efectuado por los primeros. Destaca el valor relativo de la noción de extracomercialidad, que califica como concepto de referencia en razón de que casi nunca puede mostrarse como un absoluto. En concreto, considera que los bienes de dominio público son prescriptibles respecto de su afectación, y desde entonces susceptibles de adquisición por usucapción ordinaria como bienes de dominio privado de las Administraciones públicas; por ello concluye que el dominio público no puede tratarse como ilícito en la contratación civil en general, pues resulta bien distinto que no pueda o deba ser objeto ordinario de la titularidad dominical privada a que no sea objeto lícito del contrato. Concluye manifestando la escasa utilidad del concepto de extracomercialidad a la hora de ejercer el control de la validez del contrato. En cuanto a los servicios, es partidario de observar la máxima libertad contractual, ya que los límites de ilegalidad o inmoralidad no sólo deben interpretarse de forma meramente restringida sino que debe mantenerse un criterio radicalmente estricto.

El Profesor Carrasco, por su parte, estudia el tema de la «Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores», tomando como elemento en torno al cual vertebra su comentario el conjunto de cláusulas abusivas que figuran como anexo a la Ley general para la defensa de consumidores usuarios, introducidas por la Ley de condiciones generales de 1998. Reserva al juez el control del contenido de las cláusulas contractuales; concretamente rechaza que un Registrador de la Propiedad pueda apreciar la nulidad de una cláusula contractual y actuar en consecuencia. Los paradigmas en torno a los cuales hacer pivotar el juicio de abusividad son la «contrariedad a la buena fe» y el «desequilibrio importante de derechos y obligaciones» en perjuicio del consumidor. Entiende, contra lo que opina la generalidad de la doctrina,

que el derecho dispositivo es incapaz de surtir de reglas de control del contenido; dicho de otro modo, el pacto contrario a una norma dispositiva no es sin más contrario a la buena fe ni una cláusula que cause un desequilibrio importante de derechos y deberes de las partes. Por otra parte, observa, tras un detenido análisis doctrinal y jurisprudencial, que la materia sobre la que recae el juicio de abusividad comprende también los elementos esenciales del contrato (destaca singularmente el precio), citando en su favor los artículos 9.2 LCGC y 10 *bis*.1 y 2 LCU, por las razones que explica. En fin, estamos en presencia de un detallado estudio que pasa revista a las cláusulas no negociadas («todo aquello que de hecho tuve que aceptar es algo que de hecho no pude negociar», si bien añade, con aparente contradicción, que la cláusula es negociada, «aunque no haya sido modificada, cuando la negociación ha conducido a la modificación de otras cláusulas o a la obtención de determinadas compensaciones»), las que llama «de arbitrio del predisponente» (regla 4.^a principalmente, y las 5.^a y 8.^a parcialmente), las indeterminadas (por ejemplo, los plazos insuficientemente indeterminados), las cláusulas restrictivas (por ejemplo, la que establece un plazo demasiado breve, respecto de lo cual propugna su ampliación; también regla 7.^a), las que carecen de reciprocidad (reglas 15 a 17.^a), la contratación vinculada (prohibida por la regla 23.^a), et cetera.

El Profesor Miquel, en la ponencia sobre «La nulidad de las condiciones generales», centra su análisis crítico en torno al artículo 8 LCGC, el cual en opinión del autor viene a hacer inútil la LCGC, porque la función del precepto es precisamente dejar claro que el régimen de nulidad de las condiciones generales en los contratos entre empresarios es el general, privando a la Ley de un propio control de contenido, que era lo mínimo que se podía esperar de una ley de condiciones generales. Es llamativo cómo defiende insistentemente la competencia de los Registradores de la Propiedad para efectuar el control de legalidad del título que se presente a la inscripción, pues ello es consecuencia del artículo 18 LH, lo que contrasta con lo expuesto unas páginas más arriba por el Profesor Carrasco, que niega que el juicio de abusividad corresponda al Registrador de la Propiedad (RDGRN de 19 de abril de 2006) o a la Administración pública (art. 34.9 LCU). También hace pública su crítica a otro de los coautores del volumen reseñado, el Profesor Pasquau, en tema de contrato anulable, apreciación de oficio de la nulidad y prescripción.

Finalmente, el Profesor Pasquau Liaño defiende ardorosamente la tesis que da título a su ponencia: «La acción de nulidad sí prescribe», sobre la base de que el instituto de la prescripción no guarda relación con el contrato, sus vicios o naturaleza, sino con la acción de nulidad. Rechaza la tesis de que no prescribe ni la acción de nulidad –de pleno derecho– ni la que pretende hacer valer las consecuencias de la nulidad (acción de restitución), lo cual observa que se basa en las ideas de que lo inicialmente vicioso no puede convalidarse con el transcurso del tiempo, y en que nunca es tarde para «poner las cosas en su sitio». Asimismo rechaza la tesis más comúnmente admitida en la doctrina, consistente en que no prescribe la acción declarativa de la nulidad pero sí la que pretende hacer valer las consecuencias de la nulidad, y señala la utilidad de esta tesis –que no comparte– en la defensa del demandado que opone frente a una acción de cumplimiento la excepción de contrato nulo, que es el título que sirve de base al actor para reclamar; y también ve la utilidad de la tesis en el caso de que se ejercite una acción reivindicatoria después de transcurrido el plazo de prescripción de la acción restitutoria y antes de la consumación de la usucapión extraordinaria, lo que privaría –la nulidad del contra-

to— al demandado de la defensa que le proporcionaría la alegación de la adquisición a través del contrato. De modo gráfico califica la acción meramente declarativa de nulidad, como pretensión que se agota en la constatación judicial de la existencia del vicio de nulidad, como una «entelequia». En fin, sostiene la prescriptibilidad de la acción de nulidad con fundamento en el artículo 1930.II CC («también se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean») y en la seguridad jurídica, ya que, entre otras consecuencias, resuelve mejor el problema derivado del desajuste entre los plazos de la acción restitutoria y la usucapión. El plazo de prescripción es el mismo que el de la acción de cumplimiento del contrato: quince años, que comenzará a computarse conforme dispone el artículo 1969 CC: no a partir del momento en que se conoce la existencia de la causa de nulidad y es posible subjetivamente acudir al juez para pedir que se declare, sino a partir del momento en el cual la situación de hecho exige del titular de la acción la carga de hacer valer la nulidad para corregir el efecto que ha provocado ese contrato nulo. Aborda las relaciones entre la acción de nulidad y la acción reivindicatoria y usucapión, articulando estos aspectos expuestos de su análisis y otros que hemos omitido en una propuesta que, al igual que sucede con otras que salpican el volumen entero, hará muy bien el legislador en tenerlas presentes para futuras reformas legales.

Para concluir este comentario y dar ya paso a la lectura del libro, únicamente cabe añadir que se echa en falta, quizá, un comentario breve, mucho más completo del que encabeza estas líneas, acerca del Grupo Nulidad y su plan de investigación, y en concreto, del Coloquio celebrado en Zaragoza, auténtico Congreso científico cuya calidad no puede quedar oscurecida por la modestia de los organizadores al emplear ese término más familiar. Pues congreso es «congregación» de personas animadas por un mismo fin; en este caso, el intercambio espontáneo de ideas, el debate científico alejado del formalismo, la comunicación fluida de experiencias jurídicas entre todos los asistentes. Y sobre todo, el punto de partida del que esperamos continuidad en el debate científico y nitidez en las propuestas de *lege ferenda*. Todo ello hace muy recomendable la lectura de los diferentes capítulos del libro, que ojalá sean fuente de futuros estudios.

José María CABALLERO LOZANO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Burgos

GÓMEZ CALLE, Esther: *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, ed. Thomson-Civitas, monografías, Cizur Menor (Navarra), 2007, 422 pp.

1. Dadas las peculiaridades del negocio jurídico testamentario, la interpretación de la voluntad del testador es uno de los temas que más problemas teóricos y prácticos plantea en el ámbito del Derecho de sucesiones. En concreto, la representación inexacta de la realidad por parte del testador o el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al momento del otorgamiento del testamento son dos de las cuestiones que tienen mayor repercusión sobre la eficacia de las disposiciones testamentarias. Ambas constituyen el objeto central de estudio de esta obra, lo que sin duda pone de manifiesto

la relevancia y el especial interés que suscita la presente monografía de Gómez Calle.

La autora lleva a cabo un exhaustivo y riguroso examen de estos problemas interpretativos. Para ello sistematiza su estudio en dos partes claramente diferenciadas. En primer lugar, realiza un completo análisis doctrinal y jurisprudencial de la incidencia del error en el testamento y, en segundo lugar, aborda de forma innovadora, tomando como referencia el Derecho alemán, el tema del cambio sobrevenido de las circunstancias al otorgamiento del testamento, tema que, por otra parte, y a pesar de su importancia, ha sido tratado de forma muy general por nuestra doctrina.

2. La autora dedica la primera parte de la obra al estudio del *error en el negocio jurídico testamentario*. Este vicio del consentimiento tiene una especial relevancia en el testamento, donde, dado el carácter unilateral y no recepticio del mismo, los principios de confianza y autorresponsabilidad quedan en un segundo plano. En este ámbito, el error no ha de ser excusable para ser relevante y las motivaciones erróneas son valoradas como un error esencial. No obstante, como indica Gómez Calle, dada su relevancia, es necesario ser muy cuidadoso a la hora de apreciar su existencia en un caso concreto y de determinar los efectos jurídicos que produce.

2.1. Por este motivo, se parte del análisis del *régimen jurídico del error testamentario en el Código Civil*. Se constata la existencia de una regulación casuística sobre el error en el Código y se estudian las dos interpretaciones doctrinales sobre la ausencia de mención del error en el artículo 673 CC. Estoy de acuerdo con la autora en que la disparidad entre estas doctrinas se centra en los medios de prueba que una y otra admiten para verificar que se cumplen los presupuestos del error (arts. 767.I y 773.I CC), y que el tratamiento casuístico del error que realiza el Código es el idóneo, puesto que permite regular de manera distinta sus efectos, teniendo en cuenta cada tipo de error y la disposición a la que afecta.

2.2. En buena lógica, Gómez Calle continúa este estudio del error haciendo referencia al *error en la declaración, error obstativo o impropio* y a la aplicación del artículo 773.I CC a estos casos. Se trata del error en la denominación o en las cualidades identificativas del heredero, es decir, son errores donde la voluntad testamentaria es clara y no está viciada, pero el problema es que el testador no consigue declararla correctamente. Es por ello que como regla general y conforme al artículo 773.I CC –manifestación de la regla *falsa demonstratio non nocet*–, este error no priva de efectos a la disposición testamentaria, lo que también es conforme con lo dispuesto en el artículo 675 CC, que da prioridad a la voluntad real del testador, con independencia de que el error sea o no excusable. La autora destaca que es preciso admitir excepciones a esta regla general cuando las cualidades del heredero fueran determinantes para la disposición, lo que, a su juicio, puede suceder respecto de la cualidad de cónyuge del testador. En cuanto a los medios de prueba admisibles para indagar dicha voluntad, Gómez Calle, al igual que la mayoría de la doctrina, está a favor del recurso a la prueba extrínseca, siempre que la voluntad averiguada tenga un reflejo, aunque sea incompleto, en el tenor literal del testamento. Para concluir, se destaca cómo, a pesar de que el artículo 773.I CC sólo hace una mención expresa al heredero, este precepto ha de considerarse aplicable a cualquier otro supuesto de error en la declaración que afecte a otras personas (v. gr. legatarios) o las cosas objeto de la disposición (su designación o sus cualidades identificativas).

2.3. Una vez se ha determinado este tipo de error, se analiza minuciosamente el denominado *error proprio o error vicio* del testador, que parte de la irrelevancia de la expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento del legatario (art. 767.I CC). Gómez Calle sistematiza su estudio doctrinal y jurisprudencial, en primer lugar, analizando la expresión «causa falsa». Se destaca cómo la causa se ha de entender como el motivo para hacer la atribución testamentaria y la falsedad puede deberse a dos motivos: o bien a que el testador miente, o bien a que está en un error. En el caso de que mienta, la causa carece de relevancia y debe tenerse por no puesta, sin embargo, cuando la causa es falsa porque el testador estaba en un error en los motivos para llevarla a cabo, al ser ésta una causa determinante de su voluntad puede tener eficacia invalidante de la disposición. La autora concluye que el carácter esencial del error ha de valorarse adoptando el punto de vista del testador y que si el testador expresa varios motivos habrá que precisar cuál es el determinante, al igual que no serán constitutivos de error los falsos juicios o apreciaciones subjetivas que el testador realice de los hechos objetivos. Respecto a la cuestión de si el artículo 767.I CC es aplicable cuando la causa falsa se refiere a la no institución de una persona, la autora opina, acertadamente a mi modo de ver, que el citado artículo sólo hace referencia a disposiciones de contenido positivo, y que, de admitirse la analogía con la no institución, lo cierto es que el resultado también sería la ineficacia de la cláusula de exclusión, pero esto no implicaría un llamamiento a favor del excluido más allá de lo que le corresponda legalmente.

En materia de prueba, Gómez Calle destaca la polémica doctrinal existente sobre los medios de prueba admisibles en estos supuestos para acreditar el motivo y su eficacia determinante. En este caso, la autora se manifiesta a favor de la admisibilidad de la prueba extrínseca. Con buen criterio, se afirma que lo que resulta de un testamento no es sólo lo que en él se dice expresamente, sino también todo lo que de él se pueda deducir mediante su interpretación. Por ello, la autora considera que el motivo o la causa del artículo 767.I CC puede considerarse expresado también cuando quede apuntado o insinuado por medio de alusiones a alguna cualidad o acción atribuida al instituido heredero o legatario, o a alguna característica del objeto.

Para concluir, es preciso hacer mención a los efectos jurídicos del error relevante. La autora considera que el régimen aplicable no es el de la anulabilidad, sino el de la nulidad y realiza una importante distinción entre la situación en vida del testador, y la que surge con su muerte. En vida del testador, la disposición testamentaria errónea no puede ser impugnada por nadie y si el testador descubre el error puede revocar el testamento, pero qué sucede si no lo hace y permanece inactivo. Me parece muy acertada la reflexión de la autora que considera que, lo correcto en estos casos, no es entender que su pasividad implica una confirmación de la voluntad testamentaria expresada, sino que, dado que las disposiciones otorgadas por error esencial son nulas, el testador no tiene por qué revocarlas para invalidarlas. Esto es así, porque, tal y como se señala en esta obra, lo que es nulo no precisa ser revocado. Cuando muere el testador, cualquiera que demuestre un interés legítimo puede instar la nulidad de una disposición, pero no confirmarla, por lo que se entiende que el ejercicio de esta acción de nulidad es imprescriptible, con independencia de que en el caso concreto las posibilidades efectivas de ejercitarla se vean limitadas por otros motivos (v. gr. usucapión de los bienes de la herencia por el heredero aparente). Gómez Calle entiende que la ineficacia de la disposición errónea es la única respuesta admisible cuando sólo sea posible constatar que

el testador no habría hecho esa disposición de haber tenido una correcta representación de la realidad. No obstante, la autora, adelantando una idea que constituye el estudio esencial de esta monografía, destaca cómo si es posible determinar qué es lo que el testador habría dispuesto al tiempo de testar de no haber estado en un error, lo más oportuno es admitir la preferencia de la interpretación integradora. Esta interpretación va a evitar la ineficacia de la disposición *mortis causa* otorgada por error en los motivos y permite dar cumplimiento a la voluntad del testador, aunque sea una voluntad presunta deducida de su finalidad real.

3. Es por ello, por lo que en la segunda parte de esta obra se estudia con minuciosidad *el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al momento de otorgar el testamento*. Esta segunda parte constituye el núcleo central del libro y, en ella, es donde se llevan a cabo las aportaciones más innovadoras de Gómez Calle en materia de interpretación de la voluntad testamentaria.

3.1. La autora comienza planteándose el posible enfoque de esta cuestión desde la perspectiva del error y llega a la conclusión de que el artículo 767.I CC es aplicable también a los casos de imprevisión del testador, siempre que no exista una norma particular de preferente aplicación referida al caso concreto de que se trate. En este punto, se desarrolla una completa exposición doctrinal y jurisprudencial de algunos supuestos de imprevisión del testador específicamente contemplados en el Código civil y se sistematizan otros supuestos atípicos relativos a los cambios de la persona del instituido heredero o legatario o a la persona no designada en el testamento, así como los cambios que afectan al objeto de la disposición.

3.2. Posteriormente, la autora hace hincapié en que junto a estos supuestos de imprevisión regulados y no regulados, es preciso distinguir dos tipos de casos: *a)* cuando los cambios son previos a la apertura de la sucesión donde es necesario valorar la pasividad del testador; y *b)* cuando los cambios son posteriores a esa apertura. En el supuesto de los cambios previos a la apertura, de nuevo, destaca su interpretación de la pasividad del testador y como ésta no es necesariamente sinónimo de que se quiere seguir dotando de eficacia a la disposición. En su fundada opinión, si es posible determinar la voluntad real del testador, aunque sea manifestada *a posteriori*, ésta se impondrá a la voluntad hipotética plasmada en la norma a través de reglas de integración y, de no establecerse por el legislador ninguna previsión, entonces habrá que remitirse a la regla general del artículo 767.I CC, y, por ello, a la ineficacia de la disposición. Cuando los cambios son posteriores a la apertura será necesario acudir, en primer lugar, a los casos previstos por el legislador y fuera de los casos previstos, habrá que determinar dónde conviene fijar el límite temporal para la consideración de los acontecimientos sucedidos tras el otorgamiento y que el testador no previó. Según Gómez Calle, es necesario ser muy restrictivo a la hora de ponderar la posible relevancia de los hechos ocurridos tras la muerte del causante, más aún cuando las disposiciones han devenido plenamente eficaces, pues en ese caso, su corrección *a posteriori* o su ineficacia sobrevenida sólo pueden admitirse muy excepcionalmente.

3.3. Una vez vistos los supuestos de imprevisión regulados y no regulados, y los problemas particulares que surgen dependiendo del momento en el que éstos se producen, la autora pasa a determinar la solución que procede en Derecho civil común para los casos atípicos. Es aquí donde comienza uno de los capítulos más destacados e innovadores de esta obra. Gómez Calle realiza un brillante y fundado estudio del *Derecho alemán* en esta materia. Así, dentro de los instrumentos con los que se cuenta en el sistema alemán para resolver los

cambios sobrevenidos al otorgamiento del testamento, se centra en el estudio del § 2078.2 BGB sobre el error en los motivos y la interpretación integradora.

En primer lugar, en el § 2078.2 BGB se declaran impugnables las disposiciones que el testador hubiera hecho determinado por la errónea expectativa de que ocurriría o no un hecho determinado, es decir, se da relevancia invalidante al error sobre el futuro. Para ese punto, Gómez Calle estudia exhaustivamente la principal casuística alemana sobre esta materia. En su estudio, se expone el debate doctrinal existente en Alemania sobre la interpretación del término «expectativa» (*Erwartung*) mediante una ilustrativa selección y recopilación jurisprudencial. De esta casuística judicial, hay que destacar especialmente la mención de los casos relativamente recientes en los que el testador no previó al testar los cambios jurídicos y económicos que provocaría la reunificación alemana de finales de 1990. La autora, a raíz del comentario de estos supuestos, llega a la importante conclusión de que, en la práctica, dada la dificultad que implica distinguir entre los diversos grados de conciencia del testador, la impugnación ex § 2078.2 BGB también es posible incluso cuando falta toda representación de futuro por parte del testador, a pesar del tenor literal del precepto y de sus antecedentes legislativos. Igualmente, del completo estudio de los casos, la autora pone de manifiesto que tanto los tribunales, como la doctrina dominante, a los efectos del mencionado párrafo consideran relevantes no sólo los cambios sobrevenidos antes de abrir la sucesión, sino también los posteriores, incluso si se producen después de que la disposición afectada por el cambio haya surtido todos sus efectos.

En segundo lugar, la autora analiza pormenorizadamente la interpretación integradora como modalidad de interpretación testamentaria en el ordenamiento jurídico alemán. Desde su profundo conocimiento del Derecho alemán, la autora determina el *modus operandi* de esta interpretación, su fundamento jurídico y su alcance. En relación con este último se ponen de manifiesto los límites temporales para pretender la interpretación integradora y que ésta puede servir para dejar sin efecto una disposición, pero no para justificar una disposición completamente nueva y distinta. Respecto de la consideración de los cambios *post mortem*, a diferencia de lo que sucede en el error testamentario, se afirma que la doctrina alemana dominante y la mayoría de los tribunales consideran, al igual que la autora, que como regla general y por cuestiones de seguridad jurídica y protección a la confianza, estos cambios sólo se podrán admitir si se producen antes de que la disposición afectada devenga eficaz, si bien Gómez Calle destaca que esta regla general se matiza en los mencionados casos de la reunificación alemana.

Para concluir este interesante y detallado estudio del Derecho alemán, la autora aporta una útil sistematización de la casuística judicial alemana sobre esta materia. Así, determina la existencia de tres grandes bloques de cambios sobrevenidos, donde con más frecuencia es posible colmar una laguna mediante la interpretación integradora: *a)* los cambios en el ámbito de las personas mencionadas o designadas en el testamento (se analizan, entre otros, los supuestos de premoriencia del nombrado heredero o legatario y su posible sustitución por otras personas; la premoriencia del instituido heredero final en un testamento mancomunado; el nacimiento de un descendiente no legitimario después de otorgado el testamento o los cambios que afectan al albaceazgo ordenado por el testador); *b)* los cambios en la esfera personal del testador (por ejemplo, los relativos a la situación matrimonial del testador o a la incapacidad sobrevenida de modificar una disposición *mortis causa* anterior); y *c)* los cambios en la esfera patrimonial del testador (como son los relativos a los incrementos patrimo-

niales, los cambios de la composición del patrimonio y la posible aplicación del principio de subrogación, o los casos específicos de la reunificación alemana).

3.4. La obra finaliza con un análisis de esta materia en *Derecho civil común español*. Se comienza poniendo de manifiesto la existencia de distintos instrumentos en nuestro ordenamiento para tratar los cambios de circunstancias sobrevenidos al otorgamiento del testamento, desde las diversas reglas de integración relativas a imprevisiones típicas de un testador medio, hasta la aplicación del artículo 767.I CC a la desaparición sobrevenida de la causa de la disposición. Sin embargo, el especial interés de este apartado se centra en la argumentación favorable que Gómez Calle desarrolla de la aplicación de la interpretación integradora del testamento en nuestro Derecho. Se parte de que la doctrina dominante ha admitido esta forma de interpretación, al igual que diversas sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, si bien su empleo se observa con cierta cautela.

Ésta es una de las principales aportaciones de la obra de Gómez Calle en materia de interpretación de la voluntad testamentaria. La autora considera legítimo emplear la interpretación integradora, ya que su fundamento jurídico se puede encontrar en nuestro ordenamiento, al igual que en el alemán, en el principio de autonomía privada y libertad de testar y en la analogía *iuris* con las reglas de integración existentes en el Código civil. Respecto del alcance de esta interpretación llega a unas conclusiones muy similares a las ya expuestas al estudiar el ordenamiento alemán. Se considera que en nuestro ordenamiento su empleo no puede conducir a un efecto negativo; es decir, a la ineficacia de una cláusula, porque para ello ya se cuenta con el artículo 767.I CC; y, al igual que la mayoría de los autores, cree que a través de esta interpretación no se puede justificar una disposición completamente nueva. Sobre los cambios *post mortem* concluye que en nuestro Derecho, a diferencia del alemán, es preferible negar su relevancia cuando estos cambios tengan lugar después de que la disposición afectada haya surtido ya sus efectos, dado el carácter restrictivo de nuestras reglas de integración. Finalmente, respecto de la relación entre la interpretación integradora y los otros recursos jurídicos aplicables a los cambios posteriores al otorgamiento del testamento, Gómez Calle sostiene coherentemente que la interpretación integradora prevalece sobre las reglas de integración, ya que es preferible la voluntad presunta del testador concreto del caso a la voluntad hipotética típica de un testador medio, e, igualmente, la interpretación integradora ha de prevalecer sobre la ineficacia de la disposición (art. 767.I CC), puesto que es preferible dar cumplimiento a la voluntad del testador, aunque sea presunta, antes que declarar la ineficacia de una disposición.

La obra concluye con un análisis completo y sistemático de algunos casos concretos de cambios sobrevenidos de las circunstancias, y sobre la posible aplicación de la interpretación integradora a los mismos. Básicamente, se estudian y se aportan soluciones, por un lado, a los cambios en la situación matrimonial del testador después de que éste haya dispuesto en el testamento a favor de su cónyuge y, por otro, a los cambios sobrevenidos en las sustituciones hereditarias. Respecto de los cambios en la situación matrimonial, se toman en consideración tanto las situaciones de crisis del matrimonio del testador, como los casos de un nuevo matrimonio del testador cuando la disposición se realiza a favor del cónyuge sin más especificación.

Sobre los cambios sobrevenidos en las sustituciones hereditarias, de nuevo, es reseñable la sistematización que realiza la autora donde se menciona, en primer lugar, el supuesto de la sustitución fideicomisaria impuesta a un descendiente que tiene descendencia después de otorgado el testamento. En segundo lugar,

se estudian las consecuencias de la ineficacia del primer llamamiento en las sustituciones fideicomisarias, en la sustitución pupilar y ejemplar y en fideicomiso de residuo; y, en tercer y último lugar, se analizan los supuestos de sustitución *si sine liberi decesserit* y la posterior adopción de un hijo por el fiduciario.

4. En suma, en la presente monografía, Gómez Calle mediante una acertada sistematización del problema, una admirable claridad y coherencia expositiva y a través de la selección de numerosos y esclarecedores ejemplos consigue desarrollar un estudio riguroso y pormenorizado de la materia, tanto desde una perspectiva doctrinal, como práctica. A su vez, realiza una excelente reflexión crítica sobre la dogmática civil y propone valiosas soluciones en el ámbito del Derecho común. Todo ello hace que esta obra constituya un instrumento de referencia esencial e imprescindible en materia de interpretación de la voluntad testamentaria.

Susana ESPADA MALLORQUÍN
Universidad Autónoma de Madrid

MUÑIZ ESPADA, Esther: *La acción revocatoria como una vicisitud del concurso*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, 284 pp.

Esther Muñiz Espada, profesora de la Universidad de Valladolid, ha publicado recientemente una monografía sobre la acción revocatoria como una vicisitud del concurso, estructurando su libro en una introducción y nueve capítulos.

Los cuatro primeros capítulos, que ocupan más de la mitad de la exposición, se dedican a ubicar dentro del panorama del Derecho de obligaciones a la acción revocatoria concursal, llamada acción de reintegración por el artículo 71 de la Ley Concursal, que supera de este modo la alusión a la retroacción, que era la característica de la legislación precedente.

Se refiere a la naturaleza y función de la acción revocatoria del Código civil, tratando de manera incidental en este apartado a la acción revocatoria concursal, aunque Muñiz señala que «hay fundamentos semejantes en ambas acciones, pero no idéntico del todo». Según la autora, la acción revocatoria tiene la finalidad de proteger el crédito, lo que no quiere decir el del concreto acreedor que ha entablado esta acción. Más concretamente, su función es mantener la garantía patrimonial genérica, la de todos los acreedores; en otras palabras: reconstruir el patrimonio del deudor.

Separa con acierto el ámbito de la acción pauliana de la posterior etapa en la que se ejecuta sobre el bien reintegrado al patrimonio del deudor a consecuencia del éxito de esa acción. También es diferente de la indemnización que debe pagarse al acreedor cuando no puede ser reintegrado el bien objeto de la rescisión.

En contra de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, que proponen que sólo se reintegren al patrimonio del deudor los bienes que fueron objeto de disposición en la medida necesaria para evitar el perjuicio concreto del acreedor demandante con mantenimiento de la eficacia de la disposición sobre los restantes bienes, Muñiz opina que debe reintegrarse todo lo que fue objeto de disposición, aunque su valor cubra sobradamente el del perjuicio, porque el acreedor pretende «ser puesto en las mismas condiciones en que se encontraba antes de haberse concluido el acto dispositivo». Aboga, por lo tanto, por la rescisión total del acto, desechando la solución de la rescisión parcial.

Para la profesora Muñiz, la teoría de la inoponibilidad no ofrece en el fondo una clara protección del crédito. Cree que esta teoría es una cuestión puramente académica, si bien con excepciones, como la de los artículos 1001 y 1324 CC. Los que hemos expuesto esa teoría discrepamos, como es lógico, aclarando que es un supuesto diferente al de la acción revocatoria o pauliana.

Una de las características que diferencia con claridad la acción revocatoria concursal de la acción pauliana del Código civil consiste en que «el adquirente del deudor es afectado por la Ley Concursal tanto si tiene buena fe y título oneroso como si no», decisión legislativa que a la autora le parece criticable. Sólo el subadquirente de buena fe y a título oneroso queda a salvo de la acción revocatoria concursal.

Los cinco capítulos finales son, a mi juicio, superiores a los primeros. En ellos se dedica la profesora Muñiz a analizar los elementos que estructuran la acción revocatoria concursal.

Comienza hablando del perjuicio de los acreedores, al que ya se ha venido refiriendo anteriormente, pues se trata del único requisito de la acción revocatoria concursal y de su centro neurálgico. La Ley Concursal consagra la concepción objetivista en su artículo 71: «Serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa». Basta con que haya perjuicio para los acreedores aunque no hubiera intención fraudulenta. De ahí que la autora considere que hubiera sido más apropiado suprimir las presunciones de perjuicio insertadas en el texto legal por ser aleatorias e innecesarias en un sistema objetivista: «El perjuicio no se presume, existe o no existe perjuicio, porque el perjuicio es cuantificable aritmética y económicamente».

Sostiene la autora que «el acto objeto de revocación deber ser un acto dispositivo de un derecho imputable al deudor que deber haber determinado la sustracción de bienes destinados a la garantía de los acreedores o alterado el principio de la *par conditio creditorum*». Las mayores dificultades en el cobro definitivo no justifican el ejercicio de la acción revocatoria.

Una de las cuestiones más interesantes de la figura estudiada es determinar si deben considerarse perjudiciales los pagos de deudas exigibles, hechos por el deudor a sus acreedores con anterioridad a la declaración del concurso.

La Ley Concursal resuelve parcialmente el problema, pues presume *iuris et de iure* que son perjudiciales los pagos de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso. También presume *iuris tantum* que son perjudiciales los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado y la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. Por otra parte, descarta que sean rescindibles los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.

Delimitado así el problema, queda sin resolver en el texto legal si son perjudiciales los pagos de deudas de vencimiento anterior a la declaración del concurso efectuados a personas que no están especialmente relacionadas con el concursado, cuando esos actos no forman parte del giro empresarial o profesional del deudor: por ejemplo, el deudor ha venido pagando durante los dos años anteriores algunas cantidades a cuenta del precio de una vivienda en concepto diferente al pago de los vencimientos de un préstamo hipotecario.

Existe un argumento muy contundente para inclinarnos por la respuesta afirmativa: si la Ley Concursal considera perjudicial lo menos, que es constituir garantías reales a favor de obligaciones preexistentes sin pagarlas, enton-

ces deberá considerarse perjudicial lo más, que es pagar esas obligaciones preexistentes. En tales casos, el efectivo entregado para pagar la deuda ha salido del patrimonio del deudor y no se integra en la masa activa, por lo que no puede repartirse entre los acreedores.

Muñiz responde negativamente porque, a su juicio, el pago no empobrece al deudor. Incluso llega a afirmar que ese pago «perjudica a otros acreedores pero no es rescindible», porque lo contrario engendraría una gran inseguridad jurídica. No están sujetos a la acción revocatoria concursal los actos que tenga obligación jurídica de realizar el deudor.

Sin embargo, considera más adelante que es revocable la dación en pago, pues imposibilita o hace insuficiente la ejecución sobre los nuevos elementos patrimoniales, o la cesión de crédito a un acreedor, porque afecta a la *par conditio creditorum*.

Se refiere más adelante la profesora Muñiz al plazo de dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, el período sospechoso en cuyo transcurso pueden ser rescindidos los actos perjudiciales para la masa activa. Considera que ha sido un acierto la sustitución del anterior sistema por una ineficacia no automática, aunque le parece que sigue siendo arbitraria la fijación de un plazo fijo anterior a la declaración del concurso para la rescindibilidad de los actos perjudiciales. Para la autora, la solución correcta debería haber sido que el juez decidiera para cada caso concreto si es perjudicial el acto, háyase o no efectuado dentro de los dos años anteriores.

Se plantean en el libro temas muy interesantes, que sólo podemos enumerar aquí: la viabilidad de la supresión convencional del pacto comisorio, si los legitimarios del concursado fallecido pueden ejercitar la acción revocatoria concursal; la distinción entre el adquirente del deudor y el subadquirente, entre el tercero respecto de la deuda y el tercero respecto al acto; la esfera que le queda a la acción pauliana en el ámbito de los negocios a título oneroso; si la asunción de una nueva obligación afecta al patrimonio del deudor; si, además de la acción estudiada, puede ejercitarse la acción revocatoria ordinaria en el concurso

En conclusión, la monografía de la profesora Muñiz merece un juicio muy favorable, por las siguientes razones:

Primera.— Por la elección del tema. Se trata de una materia de primera división dentro del Derecho privado. Es uno de esos temas que en su día aconsejaba estudiar don Federico de Castro al joven Sancho Rebullida, una institución en la que se confrontan tres sujetos: en este caso, los acreedores, el deudor concursado y la contraparte en el acto rescindible. La autora ha elegido bien el tema y ha profundizado en ello.

Segunda.— Por su madurez como investigadora. La autora conoce muy bien las instituciones del Derecho privado, sabe manejarlas con soltura y lo demuestra en todo momento. Ofrece siempre su opinión en los temas que se van tratando, aunque reconozca en algunas ocasiones que la doctrina o la jurisprudencia sostienen un criterio diferente.

Tercera.— Por tratar todas las cuestiones esenciales de la figura estudiada e incluso otras muchas materias que la tocan tangencialmente.

Cuarta.— Por estar la monografía muy bien documentada.

Felicitemos, pues, a Esther Muñiz por su logro.

Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Civil

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU

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

ATIAS, Ch.: «D'une vaine discussion sur une image inconsistante de la jurisprudence en droit privé», *RTDC*, 2007, núm. 1, pp. 23-32.

Visión de la jurisprudencia y su función según los tiempos. Actual confusión y poca utilidad en el Derecho privado. (*I. S. P.*)

BINDER, J.-H.: «Gesetzliche Form, Formnichtigkeit und Blankett im bürgerlichen Recht», *AcP*, 2007, núm. 2, pp. 155-197.

El artículo trata el asunto de la firma en blanco y su validez cuando para el negocio se requiere forma escrita, cuestión planteada ante el Tribunal Supremo alemán a propósito del apoderamiento para una fianza. (*M. G.-R.*)

BORNEMANN, A.: «Rechtsscheinvollmachten in ein- und mehrstufigen Innenverhältnissen», *AcP*, 2007, núm. 1, pp. 102-153.

El poder aparente y las relaciones internas cuando el propio *falsus procurator* cree en la eficacia de su posición representativa. (*M. G.-R.*)

DUXBURY, N.: «Jhering's Philosophy of Authority», *Oxford J. Legal Stud.*, 2007, vol. 27, núm. 1, pp. 23-47.

Durante el siglo XX, los filósofos del derecho angloamericanos han considerado a IHERING, bien un precursor del realismo jurídico americano, o bien uno de los primeros impulsores de la llamada jurisprudencia de intereses. El artículo adopta una nueva perspectiva de análisis, al considerar que uno de los objetivos básicos del jurista alemán fue identificar cómo se originan los ordenamientos jurídicos y qué criterios adoptan para mantener su autoridad jurídica. (*J. S. F.*)

ELEFTHERIADIS, P.: «The Idea of A European Constitution», *Oxford J. Legal Stud.*, 2007, vol. 27, núm. 1, pp. 1-21.

El artículo defiende un enfoque de Constitución Europea que no parta de la redacción *ex novo* de un nuevo y completo catálogo de principios políticos, sino de la identificación y recopilación de aquellos principios y valores que ya son comunes a los estados miembros. En la medida en que la actual estructura política de la Unión Europea se asienta sobre un modelo de inspiración federalista, ésta parece la vía más adecuada para llegar a resultados tangibles en la elaboración de una nueva Constitución. (*J. S. F.*)

HARVARD LAW REVIEW: «Developments of the Law. The Law of Media», *Harvard L. Rev.*, 2007, vol. 120, núm. 4, pp. 988-1066.

Minucioso informe sobre diversas novedades en el Derecho relativo a los medios de comunicación en los Estados Unidos de América. Por un lado, la sociedad exige cada vez más información sobre los personajes públicos e incluso personas privadas, al mismo tiempo que proliferan nuevos medios de comunicación. Por el otro, hay una creciente preocupación en relación con la seguridad nacional, así como cierta tensión entre la prensa y el gobierno, que tiene interés en que ciertos datos sigan siendo secretos. Partiendo de esta base, el informe inquiriere primero qué protección jurídica merecen las personas que publican informaciones en un *blog* de Internet y, en especial, si pueden beneficiarse de la protección de que gozan otros sujetos que publican en medios distintos. Segundo, explora las consecuencias jurídicas de la publicación de información confidencial sobre seguridad nacional. Tercero, analiza la relación entre la Primera Enmienda a la Constitución de los EUA –relativa, entre otros, a la libertad de expresión y de prensa– y el acceso a la información que los medios consiguen gracias a filtraciones o entrevistas con agentes del gobierno, así como la responsabilidad de los medios derivada de la emisión de noticias a escala planetaria. En particular, se dedica atención al tratamiento jurídico –en los EUA y fuera de ellos– que reciben la difamación por publicaciones en Internet y la publicación de informes sobre personas sospechosas de haber cometido un delito o falta. Finalmente, el informe expone la relación entre la protección jurídica de los datos médicos –prevista por una ley federal, la *Health Insurance Portability and Accountability Act* de 1996– y el derecho de acceso a la información pública previsto por diversas leyes estatales más recientes. (*A. R. G.*)

KANNING, A. J.: «The Emergence of a European Private Law: Lessons from 19th Century Germany», *Oxford J. Legal Stud.*, 2007, vol. 27, núm. 2, pp. 193-208.

El artículo examina cómo incide la interdependencia económica de los Estados sobre los procesos de unificación regional del Derecho privado. La tesis del autor es que las economías menos dependientes tienden a imponer su criterio, como prueba la experiencia histórica de la unificación del derecho privado alemán en el siglo XIX. Al igual que Prusia marcó el ritmo e impuso su enfoque –en detrimento de las propuestas auspiciadas por otros Estados alemanes más dependientes económicamente– también hoy las economías menos dependientes ejercen una mayor influencia sobre el proceso de armonización del Derecho privado en Europa. (*J. R. I.*)

LUBBE, G.: «Estoppel: South Africa», *ERPL*, 2006, núm. 5/6, pp. 747-788.

El *estoppel* es una institución en virtud de la que una persona puede oponerse a la pretensión de otra en virtud del comportamiento previo de ésta. En Sudáfrica fue aceptada como un *alter ego* de la *exceptio doli* del Derecho romano. (M. G.-R.)

MULHERON, R.: «Justice Enhanced: Framing an Opt-Out Class Action for England», *M. L. R.*, 2007, vol. 70, núm. 4, pp. 550-580.

Aportación al debate existente en Inglaterra al respecto de las llamadas acciones de clase (*class actions*). Según la autora, el Derecho inglés actual impide que millones de personas puedan reclamar en defensa de sus derechos, algo que en cambio permitirían los ordenamientos jurídicos de países como Australia o Canadá. Ni siquiera las diversas propuestas de reforma legislativa que se han formulado en dicho país para permitir nuevas acciones de clase resuelven el problema. A juicio de MULHERON, todas las propuestas yerran porque introducen una acción del tipo *opt-in*. Como es sabido, dicha acción obliga a los demandantes a que se añadan al proceso para que les llegue a afectar la sentencia dictada en él. No obstante, este modelo acarrea que se sobrecargue el sistema judicial de forma demasiado temprana, amén de propiciar más procesos judiciales (especialmente tras haber expirado el plazo para sumarse al proceso) y complicar la aplicación de las reglas sobre prescripción, entre otros problemas. Por ello, la autora cree que resulta preferible no exigir que los miembros de la clase se sumen al proceso, sino que se adopte el modelo de la llamada acción *opt-out*. Esta segunda opción, concluye, favorece el acceso a la justicia, distribuye de modo eficiente los recursos judiciales escasos y, también de modo más eficiente, asegura que los demandados respondan plenamente de los daños y perjuicios que hayan causado. (A. R. G.)

NOTE: «In the Face of Danger: Facial Recognition and the Limits of Privacy Law», *Harvard L. Rev.*, 2007, vol. 120, núm. 7, pp. 1870-1891.

Análisis de las consecuencias jurídicas que sobre la protección de la intimidad y de la propia imagen generan las nuevas tecnologías. El uso generalizado de cámaras digitales, de teléfonos con cámaras fotográficas, las facilidades para su utilización en Internet, así como para la búsqueda de información, sitúan al tradicional derecho de *privacy* ante un nuevo paradigma, cuyos retos deben afrontar inmediatamente los ordenamientos jurídicos. (J. S. F.)

OPPO, G.: «Ancora su persona umana e diritto», *RDC*, 2007, núm. 2, parte prima, pp. 259-263.

De nuevo sobre el Derecho y la Bioética, los Derechos del Hombre y la persona como sujeto de Derecho. (M. R. D. R.)

PRATO, E. DEL: «Categorie internazionaleprivatistiche ed istituti civilistici», *RDC*, 2007, núm. 1, parte prima, pp. 93-105.

Reflexión sobre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Privado Internacional, a la luz de la tendencia a la Unificación del Derecho Privado Europeo, tras la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 12 de febrero de 2003, sobre armonización del Derecho Contractual Europeo. (M. R. D. R.)

VV.AA.: «Cinquantenaire du traité de Rome», *SJ*, 2007, núm. 12.

Análisis de la evolución del Tratado de Roma: Europa y las distintas libertades reconocidas en el Tratado. La Constitución Europea. (R. A. R.)

WHITTAKER, S.: «Precedent in English Law: A View from the Citadel», *ERPL*, 2006, núm. 5/6, pp. 705-746.

Importante y extenso artículo muy adecuado para juristas no ingleses donde el autor explica la función del precedente en el Derecho inglés, poniendo de manifiesto que la labor del juez es más libre en cuanto al precedente que lo que suele entenderse. (M. G.-R.)

DERECHO DE LA PERSONA

CINQUE, M.: «Il minore e la contrattazione telematica tra esigenze del mercato e necessità di apposite tutele», *NGCC*, 2007, núm. 1, pp. 19-26.

Artículo relativo a la tutela jurídica del menor de edad ante las nuevas tecnologías; esto es, en el ámbito del comercio electrónico y en Internet. (Alma R. G.)

CRICENTI, G.: «Il diritto di morire», *NGCC*, 2007, núm. 4, pp. 131-138.

El derecho a morir de una persona y sus críticas. La dignidad. La indisponibilidad de la vida. (Alma R. G.)

FOSSIER, Th.: «La réforme de la protection des majeurs», *SJ*, 2007, núm. 11, pp. 118-123.

Análisis de la Ley de 2003 que reemplaza las de 1964 y 1968 en materia de protección de menores. Conservación de las instituciones tutelares del menor e innovación en la protección del patrimonio por tercero. Protección social. Entrada en vigor en 2009: razones. (I. S. P.)

FRANÇOIS, L.: «Le droit français de la diffamation de nouveau sur la sellette», *GP*, 2007, núm. 147-151, pp. 5-10.

Comparación con el derecho europeo a propósito del comentario a la sentencia «Maniere c. France» de 7 de noviembre de 2006. (R. A. R.)

GEIGER, Ch.: «Droits des marques et liberté d'expression (de la proportionnalité de la libre critique)», *RD*, 2007, núm. 13, pp. 884-888.

Abuso en el uso de la libertad de utilización de marcas con fines de parodia. Nacimiento de responsabilidad civil. Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de Casación civil de 19 de octubre de 2006. (R. A. R.)

GUIHAL, D./DOSSIER, Th.: «Le régime des poursuites pénales engagées contre un majeur protégé», *SJ*, 2007, núm. 17, pp. 146-147.

Análisis de la regulación protectora de los mayores con la Ley 2007-308 de 5 de marzo. Aplicación inmediata de medidas judiciales conforme a lo señalado por la Corte europea de derechos humanos. (R. A. R.)

MALLET-POUJOL, N.: «La liberté d'expression sur l'internet», *RD*, 2007, núm. 9, pp. 591-599.

Libertad de expresión como ausencia de declaración de los servicios de comunicación al público en red. La Ley de 21 de julio de 2004. Posibilidad de responsabilidad en la publicación y su prescripción a través de intermediarios. (*R. A. R.*)

RACT, A./MASÓN, Ch.: «La difficile conciliation de la loi civile et de la loi religieuse: l'exemple de la copropriété», *GP*, 2007, núm. 159-160, pp. 2-8.

El principio del libre ejercicio de la religión en el seno de una copropiedad y los límites al ejercicio del culto dentro de ella. (*R. A. R.*)

SASSI, S.: «L'atto eutanasiaco al vaglio della Cassazione civile: nessuna decisione nel merito», *DFP*, 2007, núm. 1, pp. 36-73.

Comentario jurisprudencial sobre la eutanasia: conflicto entre el derecho a la vida y el derecho a la autodeterminación. (*Alma R. G.*)

TURCHI, V.: «Assistenza spirituale: quid novi dopo l'Accordo di Villa Madama?», *DFP*, 2007, núm. 1, pp. 363-430.

La asistencia espiritual, entre la libertad religiosa y el principio participativo. (*Alma R. G.*)

VERCELLONE, P.: «Soggetti fragili da sostenere: qual' è il beneficiario tipo dell'amministrazione di sostegno a Torino», *NGCC*, 2007, núm. 2, pp. 53-57.

Medidas de protección jurídica para las personas privadas, de manera total o parcial, de autonomía, tras la Ley italiana de 9 de enero de 2004. (*Alma R. G.*)

VV.AA.: «La convention européenne des droits de l'homme et la justice française», *GP*, 2007, núm. 161-163.

Diversos estudios sobre la Convención europea y su aplicación por el Consejo europeo, Consejo de Estado, Corte de casación, etc. (*I. S. P.*)

VV.AA.: «Droit de la presse», *GP*, 2007, núm. 138-139.

Estudios sobre prensa y derechos fundamentales: vida privada, imagen y honor. (*I. S. P.*)

ZATTI, P.: «Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza», *NGCC*, 2007, núm. 1, pp. 1-18.

Artículo relativo a la existencia de un derecho sobre el cuerpo y al principio de soberanía. (*Alma R. G.*)

PERSONA JURÍDICA

ALPA, G.: «Il danno morale e il danno all'immagine della p. a. e delle comunità locali», *NGCC*, 2007, núm. 5, pp. 187-193.

El reconocimiento de derechos de la personalidad a las personas jurídicas y el resarcimiento del daño moral a las mismas. (*Alma R. G.*)

LEHMANN, M.: «Der Begriff der Rechtsfähigkeit», *AcP*, 2007, núm. 2, pp. 225-255.

El trabajo estudia el concepto de capacidad jurídica, que el autor trata especialmente a propósito de las personas jurídicas. Opina que tal capacidad es indivisible y que significa lo mismo que «personalidad jurídica». (*M. G.-R.*)

REUTER, D.: «Stiftungsform, Stiftungsstruktur und Stiftungszweck. Zu neueren Thesen über die Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht», *AcP*, 2007, núm. 1, pp. 1-27.

El problema de las fundaciones y su forma de configuración. El autor critica la tesis de obras recientes que defienden una mayor libertad en la forma y estructura de la fundación. (*M. G.-R.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ALPA, G.: «La versione definitiva della direttiva sui servizi e il suo ambito di operatività per l'Avvocatura», *NGCC*, 2007, núm. 2, pp. 59-60.

Estudio de la versión final de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior (2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006). (*Alma R. G.*)

ARCADIO, D./GRANDGUILLOTTE, J. M.: «Vent de réforme sur le dommage corporel», *GP*, 2007, núm. 91-93, pp. 2-7.

Estudio de la reforma y del régimen anterior que resultaba más desfavorable a las víctimas en algunas circunstancias. (*I. S. P.*)

BASCHIERA, M.: «Dialogo antagonista tra la Corte di Giustizia delle Comunità Europee e corti nazionali: armonizzazione e responsabilità del fornitore-distributore», *NGCC*, 2007, núm. 1, pp. 80-89.

Nuevo pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre la armonización de las diversas normativas de los países europeos reguladoras de la responsabilidad civil por los daños originados por productos defectuosos para la protección del consumidor. (*Alma R. G.*)

BASILONE, M. N.: «Compensazione di crediti reciproci derivanti dalla medesima fonte obbligatoria: la c. d. compensazione impropria», *NGCC*, 2007, núm. 4, pp. 458-461.

Comentario jurisprudencial sobre la «compensación impropia» en el ámbito del daño por hecho ilícito. (*Alma R. G.*)

BENEDETTI, G.: «La rescissione nell'orizzonte della fonte e del rapporto giuridico», *RTDPC*, 2007, núm. 1, pp. 15-33.

Análisis de la figura de la rescisión por lesión de los intereses del acreedor, desde la normativa (art. 1448 c. c.), doctrina y jurisprudencia consolidada italiana, hasta el horizonte del Derecho Europeo: la reconstrucción de la doctrina como vicio de la causa o de la voluntad y papel de la autonomía privada. (*M. R. D. R.*)

BERTINO, L.: «Il dovere di ingerenza del committente per la sicurezza nei cantieri», *NGCC*, 2007, núm. 4, pp. 426-431

Comentario jurisprudencial sobre la responsabilidad del comitente por el incumplimiento de la normativa en materia de seguridad laboral. (*Alma R. G.*)

BIANCA, M.: «Atto negoziale di destinazione e separazione», *RDC*, 2007, núm. 2, parte prima, pp. 197-227.

Notas sobre la naturaleza jurídica del patrimonio separado y destinado a una finalidad concreta: la tesis causalista y la tesis patrimonialista, la regulación en la Pandectística y en la legislación especial actual. Oponibilidad a terceros de la naturaleza de bien objeto de destino concreto: la nueva regulación del artículo 2645 *ter* del Código Civil italiano, en relación con el artículo 2740 c. c. y el dogma de indivisibilidad del patrimonio frente a acreedores. (*M. R. D. R.*)

BIARDEAUD G./FLORES, Ph.: «Information annuelle de la caution et article 2293 du code civil: mais où reste donc le contentieux?», *RD*, 2007, núm. 3, pp. 174-178.

Condiciones de aplicación jurisprudenciales del art. 2293 anteriormente art. 2016.2 del Código Civil francés sobre fianza. (*R. A. R.*)

BOLLWEG, H.-G./SCHNELLENBACH, A.: «Die Neuordnung der Luftverkehrshaftung», *ZEuP*, 2007, núm. 3, pp. 798-828.

Artículo dedicado a las nuevas normas sobre responsabilidad civil en el tráfico aéreo, teniendo en cuenta el Convenio de Montreal para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional, de 1999 (para España, BOE 20 de mayo de 2004); el Reglamento 2027/97, del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente; y el Reglamento 889/2002 por el que se modifica el Reglamento 2027/97, del Consejo, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente; y la nueva ley alemana, de 2004, sobre Armonización del Derecho de la Responsabilidad en el Tráfico Aéreo. (*M. G.-R.*)

BORDON, R.: «Il danno esistenziale dei genitori di un bambino sano e vitale, ma nato morto, alla fine di una regolare gestazione, per una tardiva diagnosi dei medici», *DFFP*, 2007, núm. 1, pp. 246-252.

La responsabilidad de la Administración sanitaria ante la muerte de un niño, pocas horas antes de nacer, a consecuencia de la asfixia causada por un desprendimiento previo de la placenta, diagnosticada de forma tardía por los médicos. Análisis del daño existencial sufrido por los progenitores. (*Alma R. G.*)

BRAVO, F.: «Utilizzo del documento informatico («file») come documento-base per la redazione di contratti seriali e clausole vessatorie ex artt. 1341 e 1342 cod. civ.», *NGCC*, 2007, núm. 3, pp. 292-298.

Aplicación de los artículos 1341 y 1342 del Código Civil italiano, relativos a las cláusulas abusivas contenidas en condiciones generales de la contratación, a un contrato redactado sobre la base de un documento electrónico (*file*), pre-dispuesto unilateralmente por uno de los contratantes y utilizado como documento básico para la redacción de ulteriores contratos. (*Alma R. G.*)

BREDA, R.: «La responsabilità autonoma delle strutture sanitarie», *NGCC*, 2007, núm. 3, pp. 103-118.

Trayectoria jurisprudencial en materia de responsabilidad de las entidades sanitarias. Eficiencia, calidad y seguridad de los servicios sanitarios. Responsabilidad por carencias organizativas. (*Alma R. G.*)

CAPECCHI, M.: «Appunti in tema di accertamento del nesso di causalità nell'omissione», *NGCC*, 2007, núm. 4, pp. 492-495.

Comentario jurisprudencial sobre la determinación de la relación de causalidad en el caso de que sea un comportamiento omisivo el causante de los daños a una persona. (*Alma R. G.*)

– «Il punto sulla responsabilità della p.a. per danni cagionati da beni demaniali», *NGCC*, 2007, núm. 5, pp. 588-604.

Comentario jurisprudencial sobre la responsabilidad de la Administración Pública ex artículo 2043 del Código Civil italiano por los daños causados al usuario por bienes de dominio público. (*Alma R. G.*)

CAPPONI, M. C.: «Multiproprietà e comproprietà alberghiere: vecchi e nuovi profili di indagine», *CI*, 2007, núm. 1, pp. 30-46.

Artículo relativo al debate histórico doctrinal y jurisprudencial sobre la prohibición consistente en que los edificios destinados a hotel o pensión, por destino de sus propietarios o por concesión resultante de un contrato de arrendamiento, sean vendidos o dados en arrendamiento para un uso distinto. Estado actual de la cuestión tras las modificaciones introducidas en la materia por la Ley de 29 de marzo de 2001. (*Alma R. G.*)

CARO, J. E.: «Le nouveau code des marchés publics et le paiement direct du sous-traitant», *GP*, 2007, núm. 54-55, pp. 37-39.

Estudio del Decreto 2006-975 y de las polémicas y comentarios que ha suscitado. (*I. S. P.*)

CHINDEMI, D.: «Danno esistenziale da lesione parentale», *NGCC*, 2007, núm. 2, pp. 140-152.

Comentario jurisprudencial sobre la reparación del daño existencial derivado de la muerte de un familiar. (*Alma R. G.*)

CRUZ, P. DE: «The Burke Case: The Terminally Ill Patient and the Right To Life», *M. L. R.*, 2007, vol. 70, núm. 2, pp. 294-317.

Comentario sobre la interesantísima sentencia *Burke v. General Medical Council (Oficial Solicitor and others intervening)* [2005] EWCA Civ 1003, relativa a la demanda interpuesta por un paciente con una enfermedad degenerativa mortal, en la que solicitaba judicialmente que no se le privase del tratamiento dirigido a preservar su vida en la fase final de la enfermedad. Dicho tratamiento debía consistir en el suministro artificial de alimento y agua, conocido bajo las siglas de ANH (*artificial nutrition and hydration*). La *Court of Appeal* anuló la sentencia de primera instancia y rechazó la demanda al considerar que no había razón alguna para que el demandante temiese ver-

se privado del tratamiento. En el marco del *common law*, el equipo médico tiene un deber positivo de atender al paciente, siendo un aspecto fundamental de dicho deber mantenerle vivo. En opinión del Tribunal, este deber tan sólo contaría con dos excepciones, ninguna de las cuales consideró aplicables al caso. La primera consistiría en el rechazo al tratamiento ANH por el propio paciente. La segunda, prevista en las Directrices del *General Medical Council*, se refiere al caso en que el paciente carece de capacidad, su estado es tan grave y las expectativas de supervivencia tan escasas, que se considera más conforme a su mejor interés interrumpir el tratamiento. Para ello, el médico debe consultar al equipo médico, a las personas más próximas al paciente, y obtener una segunda opinión independiente para asegurar que los intereses del paciente se han evaluado seriamente. (*J. S. F.*)

CUCCOVILLO, M.: «La nullità del contratto d'opera per difetto di causa», *NGCC*, 2007, núm. 3, pp. 303-307.

Comentario jurisprudencial sobre la nulidad, por ausencia de causa, de un contrato de obra estipulado entre una sociedad de capital y el administrador de una de las sociedades coligadas a la anterior, donde hay una identidad de las funciones desarrolladas por el mismo sujeto, a la vez como administrador y como consultor externo de la misma sociedad. (*Alma R. G.*)

CUFFARO, V.: «Dopo il codice del consumo: la disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari», *CI*, 2007, núm. 1, pp. 264-277.

Estudio del Decreto Legislativo de 19 de agosto de 2005 núm. 190 sobre comercio a distancia de servicios financieros a los consumidores: las distintas operaciones económicas que pueden llevarse a cabo, el deber de información precontractual, el derecho de desistimiento unilateral y el régimen sancionador. (*Alma R. G.*)

DALLA MASSARA, T.: «Articolo 135 c.cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo», *RDC*, 2007, núm. 2, parte seconda, pp. 123-154.

Análisis del texto, estructura y sistemática del artículo 135 del Código de consumo (efectos internos y externos), tras la transposición de la Directiva 99/44/CE, en materia de venta y garantía de bienes muebles de consumo. (*M. R. D. R.*)

DELLE MONACHE, S. Y OTROS: «Il patto di famiglia», *NLCC*, 2007, núm. 1-2, pp. 21-125.

Comentario a la l. 14 febbraio 2006, n. 55, artículo 768, sobre la figura del pacto sucesorio familiar: concepto, naturaleza jurídica, estructura, forma, vicios del consentimiento respecto de la figura y posible anulabilidad del pacto, efectos frente a terceros, rescisión del pacto, solución de conflictos. Especial referencia a la dificultad de coexistencia con la prohibición de los pactos sucesorios y con la disciplina de la empresa familiar y el régimen societario. (*M. R. D. R.*)

FARACE, D.: «La responsabilità della S.I.M. per illecito del (già) promotore finanziario tra apparenza del diritto e obblighi di protezione», *NGCC*, 2007, núm. 2, pp. 233-239.

Comentario jurisprudencial relativo a la responsabilidad del intermediario por hecho ilícito realizado por el promotor financiero. (*Alma R. G.*)

FAURE-ABBAD, M.: «La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala», *RD*, 2007, núm. 3, pp. 165-173.

Artículo sobre el Anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones preparado por el grupo formado a iniciativa del profesor Catala. El autor se centra en el concepto de inexecución del contrato, de la resolución, de la ejecución forzosa y de la responsabilidad contractual. El análisis del Anteproyecto se hace de manera reflexiva, criticándose algunos aspectos del mismo (entre otros, el de la responsabilidad contractual).

FAUVARQUE-COSSON, B.: «Droit européen et international des contrats: l'apport des codifications doctrinales», *RD*, 2007, núm. 2, pp. 96-103.

Contribución a un Derecho europeo de contratos mediante los principios UNIDROIT, el Anteproyecto europeo de código de contratos y los Principios contractuales de derecho europeo. Diferencia de fines de cada una de las propuestas y falta de unidad. (*R. A. R.*)

GABRIELLI, G.: «Il conflitto di interessi autorizzato», *CI*, 2007, núm. 1, pp. 97-122.

Artículo sobre el conflicto de intereses que puede darse en las relaciones de gestión y de representación. (*Alma R. G.*)

GHESTIN, J.: «La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers», *SJ*, 2007, núm. 22, pp. 19-24.

Reparación de la pérdida de la esperanza de conclusión del contrato descartada por el Tribunal. El daño resultante puede repararse tal y como se hacía antes del asunto «Manoukian». (*R. A. R.*)

GOUBEAUX, G.: «A propos de l'ouvrage de Jacques Ghestin Cause de l'engagement et validité du contrat», *RTDC*, 2007, núm. 1, pp. 47-56.

Análisis de la teoría de la causa de Ghestin mediante el método dogmático tradicional y con sumo respeto al Derecho francés. (*I. S. P.*)

GREBLO, F.: «Obbligazioni del locatore ed ottenimento del certificato di abitabilità dell'immobile locato», *NGCC*, 2007, núm. 1, pp. 52-60.

Comentario jurisprudencial sobre las consecuencias jurídico-civiles que lleva consigo el arrendamiento de un inmueble que no posee licencia de habitabilidad. (*Alma R. G.*)

GREMIGNI FRANCINI, I.: «Danno extracontrattuale "da mancato consenso informato" ed identificazione del sanitario responsabile», *NGCC*, 2007, núm. 2, pp. 250-256.

Comentario jurisprudencial sobre la responsabilidad del médico en los casos de ausencia de consentimiento informado del paciente. (*Alma R. G.*)

GRIGOLI, M.: «Sul regime di alcune fattispecie negoziali attinenti al diporto nautico», *GC*, 2006, núm. 10, pp. 461-480.

Consideraciones sobre determinados aspectos de la contratación en el ambiente náutico: contrato de amarre, de compraventa de bienes náuticos, de arrendamiento, de arrendamiento financiero. Incidencia de la reciente disciplina de la venta de bienes de consumo. (*M. R. D. R.*)

GUADAGNO, S.: «Violazione degli obblighi di informazione nell'attività di intermediazione finanziaria: quali rimedi?», *NGCC*, 2007, núm. 5, pp. 545-556.

Comentario jurisprudencial relativo a la vulneración de los deberes de información y transparencia por parte de los intermediarios financieros. (*Alma R. G.*)

HONTEBEYRIE, A.: «Un cas d'enrichissement: la vétusté dans l'évaluation du dommage aux biens», *RD*, 2007, núm. 10, pp. 675-681.

Análisis de la nueva línea jurisprudencial que exige tener en cuenta la vejez del bien para evaluar su daño en caso de indemnización. Razones de tal vía. (*I. S. P.*)

IEVA, M.: «Appunti sulla dazione in pagamento», *RDC*, 2007, núm. 2, parte prima, pp. 237-258.

Análisis del artículo 1197, sobre dación en pago: naturaleza jurídica de la figura, régimen jurídico según el objeto de la prestación (cosa futura, cosa ajena, prestación alternativa), efectos y responsabilidad ante las diferentes formas de cumplimiento (pago aplazado, pago por tercero). Efectos en relación con el pacto de retro y la prohibición del pacto comisorio. (*M. R. D. R.*)

INNELLI, C.: «Il foro del consumatore quale criterio territoriale di competenza derogabile dal solo consumatore», *NGCC*, 2007, núm. 1, pp. 27-34.

Artículo relativo a las cláusulas abusivas sobre el foro del consumidor como criterio territorial de competencia judicial. (*Alma R. G.*)

– «La presupposizione come motivo comune alle parti», *GC*, 2006, núm. 11, pp. 481-496.

Análisis doctrinal y jurisprudencial de la figura de los propósitos o motivos de las partes en la contratación: naturaleza jurídica, diferencia de efectos respecto de los propósitos o condiciones no declarados y los propósitos considerados como motivos determinantes comunes a las partes; efectos del error en los motivos; incertidumbre subjetiva u objetiva del supuesto y remedios en caso de no cumplimiento o inexistencia del propósito. La cláusula de la buena fe. (*M. R. D. R.*)

IRTI, N.: «Un dialogo tra Betti e Carnelutti (intorno alla teoria dell'obbligazione)», *RTDPC*, 2007, núm. 1, pp. 1-14.

Visión de la Teoría de las Obligaciones, desde la perspectiva del procedimiento y vías de defensa ante los incumplimientos: las acciones de responsabilidad frente al incumplimiento. (*M. R. D. R.*)

IZZO, N.: «La legittimazione ad agire per la restituzione dell'immobile locato del terzo che acquisti l'immobile locato dopo la scadenza della durata della locazione – nota a Cass. 29 settembre 2005 n. 19139, Cass. 13 luglio 2005 n. 14738, Trib. Roma 11 ottobre 2006, Trib. Roma 23 giugno 2006, Trib. Roma 10 maggio 2006 e Trib. Roma 24 aprile 2006», *GC*, 2006, núm. 11, pp. 2438-2450. (*M. R. D. R.*)

JOBIN, P. G.: «L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats. Toute une aventure», *RTDC*, 2007, núm. 1, pp. 33-46.

Análisis de la norma canadiense que regula todas las ramas jurídicas. Revisión de la teoría del orden público y posibilidad de renuncia a los derechos. (R. A. R.)

KENNY, M.: «Standing Surety in Europe: Common Core or Tower of Babel?», *M. L. R.*, 2007, vol. 70, núm. 2, pp. 175-196.

Examen del distinto tratamiento que los ordenamientos europeos dispensan a las garantías otorgadas por particulares no profesionales en favor del cónyuge, de parientes o de allegados. Puesta en relación con el objetivo comunitario de establecer un mercado único de servicios financieros, la gran diversidad de enfoques que existe para proteger al prestador de la garantía comporta importantes disfunciones y hace muy complejo articular un modelo apto para la posible aproximación del Derecho europeo en esta materia. (J. R. I.)

KIMEL, D.: «The Choice of Paradigm for Theory of Contract: Reflections on the Relational Model», *Oxford J. Legal Stud.*, 2007, vol. 27, núm. 2, pp. 233-255.

Reflexión sobre el modelo teórico con el cual ofrecer una explicación del actual Derecho de contratos. Aunque suele anunciarse que se está produciendo un cambio de paradigma, que sustituiría la llamada teoría «discreta» (*discrete*) del contrato por la teoría «relacional» (*relational*), KIMEL pone los argumentos esgrimidos por los paladines de esta última en cuarentena. Para él, cualquier teoría que pretenda explicar la verdadera naturaleza del contrato, sus funciones y valores, los límites de la autonomía contractual y el papel del Estado a la hora de promover y regular los contratos, debe estar basada en último término en una filosofía moral, una perspectiva política y una teoría social. (A. R. G.)

LA PORTA, U.: «Alcune questioni in materia di donazione modale e stipulazione a favore di terzo», *RDC*, 2007, núm. 1, parte seconda, pp. 15-42.

Consideraciones sobre el contrato de donación modal con estipulación a favor de terceros, en relación al cumplimiento de los intereses del donante y los derechos del beneficiario a disponer de su «crédito». (M. R. D. R.)

LACHAUD, J.: «Bail rural et réforme de la saisie immobilière», *GP*, 2007, núm. 5-6, pp. 2-4.

Venta de un bien rural dado en arrendamiento con existencia de opción de compra. No se trata de una expropiación forzosa sino de una venta forzosa. (I. S. P.)

LE CORRE, M.: «Les irrégularités affectant la composition et le vote des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire», *RD*, 2007, núm. 12, pp. 822-824.

Problema de las minorías en caso de masa de acreedores cuando hay quiebra. (I. S. P.)

LESCURE, P.: «Garantie décennale et impropriété à la destination de l'ouvrage», *RDImm*, 2007, núm. 2, pp. 111-116.

Aplicación extensiva de la garantía decenal al cumplimiento de la obra a su destino. La inadaptación no implica necesariamente un daño material sino que está condicionada al destino convenido por las partes. (R. A. R.)

LEUSCHNER, L.: «Prüfungfristen und Darlegungsobligheiten bei der außergerichtlichen Inanspruchnahme», *AcP*, 2007, núm. 1, pp. 64-101.

El autor plantea la cuestión de si, ejercitada extrajudicialmente una pretensión por el acreedor, el deudor que no conoce con exactitud las circunstancias de la deuda (p. ej., por responsabilidad extracontractual) puede exigir del supuesto acreedor que le facilite los datos concretos que determinan la deuda y su cuantía, así como si puede disponer de un plazo para examinar su propia posible responsabilidad. (M. G.-R.)

LORDI, A.: «Valori etici e principio di complementarità tra sistema giuridici», *CI*, 2007, núm. 1, pp. 75-96.

Diferencias y similitudes entre los diversos sistemas jurídicos *Civil Law* y *Common Law*: economía de mercado y derecho (nacimiento de la distinción entre «contrato aislado» y «contrato de mercado»), la influencia del *civil law* sobre el *common law* (compraventa de bienes inmuebles y remedios de la *Equity*), ética puritana y derecho de los contratos (del *absolute contract* al *new spirit* del contrato)... (Alma R. G.)

MASONI, R.: «Un'ulteriore tappa per il completamento dell'opera: secondo la Cassazione il danno esistenziale puo' essere provato per presunzioni», *DFP*, 2007, núm. 1, pp. 93-126.

Comentario jurisprudencial sobre la nueva figura jurídica del daño existencial y sobre algunos de los aspectos procesales más polémicos, como la carga de la prueba. (Alma R. G.)

– «Ritardata pronuncia di divorzio congiunto, legge Pinto e danno esistenziale – nota a Cass. 4 ottobre 2005 n. 19354», *GC*, 2006, núm. 10, pp. 2061-2070. (M. R. D. R.)

MEININGER-BOTHOREL, Ch.: «Aspects juridiques et fiscaux de la vente à la découpe relative aux monuments historiques», *GP*, 2007, núm. 54-55, pp. 48-49.

Compraventa de inmuebles protegidos y las ventajas de la Ley Mabroux. (R. A. R.)

MENINI, M.: «I confusi limiti della responsabilità dell'amministrazione scolastica e dell'insegnante nel caso di danni provocati da un alunno a se stesso o ad altro alunno», *NGCC*, 2007, núm. 3, pp. 363-366.

Responsabilidad del centro docente y de los profesores por el daño sufrido por un alumno, o bien como consecuencia de una autolesión, o bien como consecuencia del comportamiento lesivo de otro alumno. (Alma R. G.)

MICARI, G.: «L'art. 1227. 1, c.c. e l'incapacità naturale del danneggiato - nota a Cass. 10 febbraio 2005 n. 2704», *GC*, 2006, núm. 11, pp. 2525-2546. (M. R. D. R.)

MICHALOWSKI, S.: «Trial and Error at the End of Life - No Harm Done?», *Oxford J. Legal Stud.*, 2007, vol. 27, núm. 2, pp. 257-280.

La autora de este trabajo analiza las consecuencias que, en la esfera de la responsabilidad civil del médico, puede tener la decisión de aplicar un tratamiento sanitario dirigido a salvar la vida del paciente, cuando éste ha ejercitado su derecho a rechazar el tratamiento. De acuerdo con las reglas generales del Derecho inglés, el médico comete un *tort of battery* si la declaración de rechazo del paciente es válida y, a pesar de ello, aplica el tratamiento. En opinión de Michalowski, en tales casos, el paciente que sobrevive, a causa de un tratamiento que había rechazado, no sólo puede reclamar *nominal damages*, sino también daños generales y especiales, incluyendo el sufrimiento físico y mental derivado de la prolongación de la vida. (J. S. F.)

MIGEOT, Ph.: «La place de la médiation dans le domaine de la propriété intellectuelle et de la presse», *GP*, 2007, núm. 115-116, pp. 2-6.

Las condiciones de la intervención de la mediación en la propiedad intelectual y sus obstáculos. Aspectos positivos. (I. S. P.)

MORESE, R.: «Pagamento di assegno bancario apparentemente legittimato e responsabilità dell'istituto di credito tra apparenza giuridica e concorso del fatto colposo del danneggiato», *NGCC*, 2007, núm. 1, pp. 106-114.

Comentario jurisprudencial relativo a la responsabilidad de la entidad bancaria en la hipótesis de pago de un cheque a un sujeto no legitimado para el cobro. (Alma R. G.)

MORRIS, A.: «Spiralling or Stabilising? The Compensation Culture and Our Propensity to Claim Damages for Personal Injury», *M. L. R.*, 2007, vol. 70, núm. 3, pp. 349-378.

Eficaz refutación del mito, omnipresente en la opinión pública inglesa en los últimos años, de la «cultura de la compensación». Examinando los datos más recientes, la autora hace notar que si bien el número de reclamaciones por daños personales ha aumentado desde los años 70, hace un lustro que se mantiene estable. A su juicio, no existe hoy una mayor propensión a reclamar o a hacerlo sin fundamento. Además, la estabilización del número de reclamaciones desmiente a quienes vieron en la introducción del pacto de cuota litis o de las agencias de gestión de reclamaciones la causa del fenómeno propagado en los medios. (J. R. I.)

NOLAN, D.: «New Forms of Damage in Negligence», *M. L. R.*, 2007, vol. 70, núm. 1, pp. 59-88.

En los últimos años, el Derecho inglés ha admitido la indemnización de nuevos supuestos de responsabilidad civil en el marco del *tort of negligence*. En particular, el artículo se ocupa de los casos relativos a la indemnización de los daños causados por detenciones ilegales, por anticoncepciones fallidas (*wrongful conception*) y por la denominada «educación defectuosa» (*educa-*

tional negligence). Este último caso, se refiere a demandas interpuestas por padres de niños escolarizados contra las autoridades educativas, por los daños derivados de una defectuosa educación en niños con necesidades educativas especiales (por ejemplo, por no haber detectado –ni, por consiguiente, tratado– a tiempo la dislexia en un alumno). (*J. S. F.*)

OMODEI-SALÈ, R.: «Der neue italienische Codice del Consumo: Echte Kodifikation oder eine Kompilation?», *ZEuP*, 2007, núm. 3, pp. 785-797.

En 2005 fue aprobado en Italia un Código del Consumo, con el fin de armonizar las distintas disposiciones legales sobre el llamado Derecho del consumo, en su mayoría instadas por distintas Directrices europeas. El autor duda de que se trate de un verdadero código, y más bien parece una mera compilación. (*M. G.-R.*)

PAISANT, G.: «La révision de l’acquis communautaire en matière de protection des consommateurs», *SJ*, 2007, núm. 19, 152, pp. 9-15.

Mejora del acervo comunitario con la protección contractual del consumidor a través de directivas sectoriales o verticales: cláusulas abusivas y garantías de venta de bienes muebles. Explicación de dicha técnica. (*I. S. P.*)

PEISSE, M.: «La loi engagement national pour le logement du 13 juillet 2006 et la loi Malraux du 4 août 1962... compatibles?», *GP*, 2007, núm. 54-55, pp. 44-47.

Estudio comparado de las dos leyes y su compatibilidad. (*I. S. P.*)

PERFETTI, U.: «Patti e modalità di determinazione del compenso nella novella di cui alla L. n. 248 del 2006. La morte apparente del divieto del patto di quota lite», *CI*, 2007, núm. 1, pp. 47-73.

Novedades introducidas por la Ley núm. 248 del año 2006 en el sistema vigente hasta ese momento de tarifas fijas y mínimas en cuanto a la retribución de la actividad del profesional liberal. (*Alma R. G.*)

PERICAUD, J. F.: «L’accessibilité des personnes handicapées aux bâtiments et ses sanctions pénales en Droit común et en droit spécifique de la responsabilité du constructeur», *GP*, 2007, núm. 54-55, pp. 26-36.

Estudio de las disposiciones en materia de inmuebles. Las autorizaciones: permiso de construcción o autorización de trabajo. Sanciones penales específicas y sanciones penales de derecho común. (*R. A. R.*)

PERINET-MARQUET, H.: «La responsabilité des fabricants de matériaux de constructions», *GP*, 2007, núm. 54-55, pp. 2-11.

Responsabilidad decenal del fabricante y responsabilidad en derecho común. La responsabilidad específica del maestro de obra consumidor de los materiales y la garantía de conformidad con la venta. Responsabilidad por productos defectuosos. (*I. S. P.*)

PIGNARRE, G.: «L’obligation de donner à usage dans l’avant projet Catala», *RD*, 2007, núm. 6, pp. 384-393.

Dentro de la sección que el Anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Anteproyecto Catala) dedica a las diversas clases de obligaciones, el artículo 1146 recoge la obligación de dar en uso. Se pasa de la división obligación de dar/obligación de hacer, a la trilogía de las obligaciones en, dar, dar en uso y hacer. Según dicho artículo 1146: «L'obligation de donner à usage a pour objet la concession de l'usage d'une chose à charge de restitution, comme dans le bail ou le prêt à usage; elle n'a pas lieu dans les conventions qui concèdent la détention sans droit d'usage, comme le gage et le dépôt». La autora analiza, desde una perspectiva crítica, este nuevo tipo de obligación por razón de su objeto. Entre otros aspectos, se detiene en la terminología empleada, en la obligación de restitución que conlleva esta modalidad de obligación, en el estrecho número de obligaciones a las cuales se aplicará, así como en las reglas que los artículos 1155 a 1155-3 del Anteproyecto Catala dedican al cumplimiento de la obligación de dar en uso. Acaba el artículo con unas sugerencias de *Lege Scribenda*.

PINTO, T.: «*Information technology mobile number portability (MNP): le protezioni dell'operatore abbandonato e la mancata tutela del consumatore*», *NGCC*, 2007, núm. 1, pp. 35-40.

Artículo sobre la protección jurídica del consumidor, en concreto, sobre la posibilidad que tiene el consumidor de cambiar el gestor telefónico manteniendo el número propio de celular. (*Alma R. G.*)

POLÈRE, P.: «*Accident sur circuit: accident de sport ou de circulation?*», *GP*, 2007, núm. 73-74, pp. 2-7.

Distinción jurisprudencial sobre la cualidad de la víctima. Aplicación de la teoría de aceptación del riesgo. (*R. A. R.*)

PONCIBÓ, C.: «*Profili di risarcibilità del danno per la violazione della normativa antitrust - nota a Cass. 28 ottobre 2005 n. 21081*», *GC*, 2006, núm. 10, pp. 2051-2059. (*M. R. D. R.*)

PORRARO, D.: «*Contratto di agenzia, scioglimento del rapporto e procedure concorsuali - nota a Cass. 17 novembre 2005 n. 23266 e Cass. 8 novembre 2005 n. 21650*», *GC*, 2006, núm. 11, pp. 2371-2381. (*M. R. D. R.*)

RAKOFF, T. D.: «*Good Faith in Contract Performance: Market Street Associates Ltd. Partnership v. Frey*», *Harvard L. Rev.*, 2007, vol. 120, núm. 4, pp. 1187-1198.

Breve estudio sobre el deber de buena fe en relación con el cumplimiento contractual. El autor llama la atención sobre la relativa indefinición que existe al respecto del significado concreto del deber de buena fe cuando se trata de completar las lagunas provisionales de las partes contractuales en materia de cumplimiento de una obligación contractual. En la sentencia referenciada en el título del artículo, el Juez Posner señala que el deber de buena fe implica deberes que se encuentran entre dos extremos: de un lado, colocar a una de las partes en una relación fiduciaria frente a la otra; del otro, prohibir los comportamientos constitutivos de engaño o estafa (*fraud*). No obstante, Rakoff opina que el terreno intermedio entre ambos extremos es todavía demasiado amplio y que el análisis del asunto requiere una mayor concreción. (*A. R. G.*)

RENARD, M. R.: «L'abus du droit d'agir en justice», *GP*, 2007, núm. 143-144, pp. 6-9.

El régimen jurídico y la naturaleza de la culpa que caracteriza el abuso del derecho. (R. A. R.)

ROTHERHAM, C.: «The Conceptual Structure of Restitution for Wrongs», *Cambridge L. J.*, 2007, vol. 66, núm. 1, pp. 172-199.

Ensayo centrado en centrar bajo qué principios es admisible, en Derecho inglés, que se acuerde como indemnización una suma equivalente a los beneficios obtenidos por el autor del ilícito, aunque el titular del derecho lesionado no hubiera sufrido daños o la cuantía de éstos fuera sustancialmente menor al lucro obtenido por el infractor. (J. R. I.)

ROULET, V.: «La sous-traitance dans le nouveau code des marchés publics», *GP*, 2007, núm. 54-55, pp. 40-43.

Comentarios al Decreto 2006-975 que modifica el Código de las marcas. (R. A. R.)

SARGOS, P.: «La révolution éthique des codes de déontologie des professions médicales», *RD*, 2007, núm. 12, pp. 811-815.

Análisis de la evolución de los códigos de deontología de profesionales médicos tras la liberación de tales códigos. Inobservación privada de las normas y aumento de litigios de responsabilidad civil. (I. S. P.)

SCALISI, V.: «Danno alla persona e ingiustizia», *RDC*, 2007, núm. 2, parte prima, pp. 147-163.

Reflexión sobre los artículos 2043 y 2059 c. c., respecto del daño no patrimonial. Consideraciones legales y jurisprudenciales sobre la tutela aquiliana de la persona para recuperar la unidad de estructura y de función del ilícito civil, del daño injusto. (M. R. D. R.)

SCHROETER, U. G.: «Das Recht zur zweiten Andienung im System des Schuldrechts», *AcP*, 2007, núm. 1, pp. 28-63.

El artículo se centra en el derecho del comprador a una segunda entrega de la cosa genérica comprada, cuando la primera no es conforme al contrato; todo ello de acuerdo al nuevo § 433 BGB. (M. G.-R.)

SICA, J.: «Circolazione di veicoli, responsabilità e prova liberatoria», *NGCC*, 2007, núm. 2, pp. 218-226.

Comentario jurisprudencial relativo al fundamento de la responsabilidad y a las causas de exclusión de la misma en materia de daños por accidentes de circulación. (Alma R. G.)

SONNEBERG *et alri*: «Der Vorentwurf der Reform des Schuldrechts und des Verjährungsrechts des Code civil», *ZEuP*, 2007, núm. 2, pp. 421-483.

En septiembre de 2005 se presentó al Ministro de Justicia francés un *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, también llama-

do Anteproyecto Catala, por el nombre del presidente de la comisión que lo ha redactado. Este número de la *ZEuP* dedica diversos artículos al asunto, de Sonnenberg, de Fauvarque-Cosson («Towards a New French Law of Obligations and Prescription? About the “Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription”») y de Lardeux («Droits civils français et allemande: entre convergence materielle et opposition intellectuelle»). (*M. G.-R.*)

STEIN, P.: «Norme fondamentali: in tema di accordo, contenuto, forma, interpretazione del contratto nel “Codice Europeo dei Contratti”», *RDC*, 2007, núm. 2, parte prima, 229-235.

Concepción innovadora de la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual, supresión del requisito de la causa y consideraciones sobre el contenido, forma e interpretación del texto contractual, a propósito de la nueva tendencia unificadora del Derecho Contractual Europeo. (*M. R. D. R.*)

TOSCHI VESPASIANI, F.: «Il pregiudizio da falsa accusa e da domanda giudiziale infondata rientra nell’area del danno esistenziale?», *NGCC*, 2007, núm. 2, pp. 154-161.

Comentario jurisprudencial relativo al resarcimiento del daño por falsa acusación y por la interposición de una acción civil sin fundamento. La responsabilidad civil ex artículo 96 del Código Procesal italiano: ¿daño existencial? (*Alma R. G.*)

TURCO, C.: «L’interesse negativo nella culpa in contrahendo», *RDC*, 2007, núm. 2, parte prima, pp. 165-195.

Análisis de la teoría de Ihering sobre la *culpa in contrahendo*: tipos, interés negativo e interés positivo, daño resarcible. Especial referencia a los límites impuestos en el BGB y la trasposición y generalización arbitraria de tales limitaciones en el sistema jurídico italiano. (*M. R. D. R.*)

VERPEAUX, M.: «L’action de groupe est-elle soluble dans la Constitution?», *RD*, 2007, núm. 4, pp. 258-259.

La acción colectiva introducida en el Derecho francés para la protección de los consumidores. Su fundamento en el Derecho francés y en la propia Constitución. (*R. A. R.*)

VIGO, R.: «Poteri e rappresentatività del nuovo comitato dei creditori», *RDC*, 2007, núm. 2, parte seconda, pp. 113-122.

Examen de las facultades de los acreedores frente a los órganos administrativos en los supuestos de quiebra, ante la reforma de la ley de quiebra tendente a aumentar las facultades de gestión y liquidación de los acreedores sobre el activo de la entidad deudora. Regulación de las situaciones conflictivas entre el comité de acreedores y el curador. (*M. R. D. R.*)

VV.AA.: «Droit de la publicité», *GP*, 2007, núm. 120-122.

Publicidad comparativa y alimentaria. Evolución europea. (*I. S. P.*)

VV.AA.: «Droit des assurances», *GP*, 2007, núm. 136-137.

Estudios sobre la modificación del seguro de protección jurídica con la Ley 2007-210. (R. A. R.)

VV.AA.: «Arbitrage», *GP*, 2007, núm. 113-114.

Estudios varios sobre el arbitraje: exigencia de escrito del acuerdo; modificaciones legales y el arbitraje en otros países. (R. A. R.)

VV.AA.: «Droit du ski», *GP*, 2007, núm. 62-63.

Estudios varios sobre responsabilidad civil en caso de accidentes en las pistas de esquí. (I. S. P.)

VV.AA.: «La réparation du dommage corporel: le juste prix», *GP*, 2007, núm. 42-44.

Ponencias del Congreso organizado por el Consejo nacional de abogados en París el 23 de noviembre de 2006. Igualdad, previsibilidad e integridad del daño. (R. A. R.)

WITZ, C.: «Droit uniforme de la vente internationale de marchandises», *RD*, 2007, núm. 8, pp. 530-540.

Análisis de la aplicación de la Convención de Viena a lo largo de 2005 y 2006 y su estudio doctrinal. (I. S. P.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

AMODEO, D.: «I criteri per la tutela del titolo dell'opera dell'ingegno», *Dir. Aut.*, 2007, núm. 2, pp. 155-172.

Artículo, a propósito de una sentencia del Tribunal de Roma de 16 de junio de 2004, sobre la pretendida vulneración del artículo 100 de la Ley del derecho de autor, por el uso del mismo título para dos obras diferentes, con la consiguiente confusión entre las mismas. Análisis de la función de identificación que posee el título de una obra: ¿El título como marca? (*Alma R. G.*)

ARRICA, P. V.: «L'ipoteca sul diritto di superficie nel *Project Financing*», *NGCC*, 2007, núm. 5, pp. 207-219.

Artículo doctrinal relativo a la hipoteca sobre el derecho de superficie en el Proyecto *Financing*, introducido en el Ordenamiento italiano por la Ley núm. 266/1995, modificada con posterioridad en los años 1998 y 2002. (*Alma R. G.*)

CARON, Ch.: «Les misérables devant la Cour de cassation», *SJ*, 2007, núm. 7, 10025, pp. 29-31.

Notas a la sentencia de casación civil de 30 de junio de 2007 sobre la reposición de la obra de Víctor Hugo y la demanda de un heredero. Diferencias entre el derecho patrimonial y el moral en la adaptación de la obra. Libertad de creación y su límite respecto del derecho moral. (R. A. R.)

CHIRULLI, P.: «Mancata inclusione di aree in programmi pluriennali di attuazione e tutela delle aspettative edificatorie dei privati - nota a Cons. St., sez. IV, 30 maggio 2005 n. 2769», *GC*, 2006, núm. 11, pp. 2568-2582. (*M. R. D. R.*)

CICCONI, G.: «Spunti sulla creatività nella disciplina del diritto d'autore e relativo onere probatorio», *Dir. Aut.*, 2007, núm. 1, pp. 127-144.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Apelación de Turín, de 7 de abril de 2006, sobre la relación existente entre el objeto del derecho de autor y el carácter creativo de la obra: el caso específico de las guías de calles. (*Alma R. G.*)

DELL'ARTE, S.: «Opere fotografiche e plagio trasversale. Tutela cautelare», *Dir. Aut.*, 2007, núm. 2, pp. 266-278.

La sentencia del Tribunal de Milán, de 27 de diciembre de 2006, se convierte en el primer precedente jurisprudencial italiano sobre el plagio en las obras fotográficas. (*Alma R. G.*)

ERCOLANI, S.: «L'equo compenso degli autori delle opere audiovisive», *Dir. Aut.*, 2007, núm. 1, pp. 65-79.

Artículo sobre el derecho a la retribución de los autores y de los artistas de obras audiovisuales. (*Alma R. G.*)

FABIANI, M.: «Il diritto di autore per la diffusione di programmi televisivi in camere di albergo», *Dir. Aut.*, 2007, núm. 2, pp. 298-301.

La sentencia del Tribunal de Justicia, de 7 de diciembre de 2006, resuelve, a nivel comunitario, la cuestión del reconocimiento del derecho de autor para los usos de obras protegidas, cuando éstas son difundidas en habitaciones de hotel con un sistema de distribución por vía telemática. (*Alma R. G.*)

– «Chronique d'Italie», *RIDA*, abril 2007, núm. 212, pp. 113-147.

Crónica de la reciente legislación, jurisprudencia y doctrina italiana sobre el Derecho de autor. (*C. J. D.*)

GRASSI, C.: «Trascrivibilità della domanda di accertamento dei limiti legali della proprietà e opponibilità ai terzi della relativa sentenza», *NGCC*, 2007, núm. 4, pp. 480-485.

Conflicto jurisprudencial existente en torno a la posible inscripción de la demanda cuyo objeto es la declaración de los límites legales de la propiedad y sobre la posterior oponibilidad de la sentencia dictada a los terceros adquirentes del bien. (*Alma R. G.*)

HUET, M.: «Architecture et urbain saisis par le Droit d'auteur en France», *RIDA*, abril 2007, núm. 212, pp. 3-65.

El artículo versa sobre la arquitectura y el urbanismo como obra del espíritu y el tratamiento jurídico que merecerían desde la perspectiva del Derecho de autor en Francia. (*C. J. D.*)

IZZO, N.: «La prelazione urbana e la vendita cumulativa: intenzione delle parti contraenti e prova della frode alla legge - nota a Cass. 26 settembre 2005 n. 18784», *GC*, 2006, núm. 10, pp. 2073-2081. (*M. R. D. R.*)

LOSFELD, B.: «Réflexions sur un mode particulier d'extinction de l'usufruit», *RTDC*, 2007, núm. 1, pp. 1-22.

La consolidación como modo de extinción del usufructo en el artículo 617 del Código civil. Diferencia entre consolidación perfecta e imperfecta. (*R. A. R.*)

MARI, G.: «In merito ai requisiti di tutela del diritto d'autore nel software e onere della prova», *Dir. Aut.*, 2007, núm. 2, pp. 242-257.

Ordenanza del Tribunal de Bolonia, de 17 de enero de 2006, acerca del complejo tema de la individualización de los requisitos para la tutela del derecho del autor sobre el *software* y, en especial, análisis de la carga de la prueba. (*Alma R. G.*)

MONTAGNANI, M. L.: «Dal "peer to peer" ai sistema di *Digital Rights Management*: primi appunti sul *Meeting Pot* della distribuzione *on line*», *Dir. Aut.*, 2007, núm. 1, pp. 1-57.

La relación entre tecnología y derecho de autor hasta el encuentro actual entre digital y redes. La relación entre tecnología y derecho de autor después de *Sony-Betamax*. La respuesta a los desafíos que el encuentro entre digital y redes supone para el derecho de autor. Los sistemas de *Digital Rights Management*. Los modelos de distribución *on line*. Una reconstrucción del mercado de la distribución *on line*. (*Alma R. G.*)

MORETTI, M.: «Esecuzioni di opere musicali tutelate dal diritto di autore nelle Chiese aperte al culto pubblico», *Dir. Aut.*, 2007, núm. 2, pp. 173-195.

Artículo relativo a la ejecución de obras musicales, tuteladas por el derecho de autor, en lugares de culto y fuera de los ritos religiosos. (*Alma R. G.*)

OPPO, O.: «Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione (art. 2645 *ter c.c.*)», *RDC*, 2007, núm. 1, parte prima, pp. 1-5.

Reflexión sobre la reforma del artículo 2645 *ter c.c.*, en relación al objeto de los actos inscribibles, fines e intereses tutelados y responsabilidad del transmitente por la finalidad real perseguida a través de su acto de destinación, especialmente si lo convierte en elemento objeto de separación patrimonial. (*M. R. D. R.*)

PEZARD, A.: «Action de groupe et droits d'auteur sur le Net», *RD*, 2007, núm. 9, pp. 600-602.

Protección de la propiedad intelectual en internet alargando la acción de grupo a favor de potenciales derechos de autor lesionados. Necesidad de organizar dicha acción. (*I. S. P.*)

PIEDELÌÈVRE, S.: «La timide consécration de la fiducie par la loi du 19 fevrier 2007», *GP*, 2007, núm. 145-146, pp. 2-11.

Las condiciones de constitución de la fiducia. Las obligaciones de las partes y los derechos de terceros. La temporalidad de la fiducia. (*I. S. P.*)

PROVANSAL, A.: «Le prêt viager hypothécaire: le style art nouveau», *GP*, 2007, núm. 105-107, pp. 10-14.

Nuevas formas de hipoteca atendiendo a la particularidad del cliente. Definición; campos de aplicación y efectos. (R. A. R.)

REGOLI, F. P.: «I videogiochi ed i videoclip nella recente disciplina legislativa», *Dir. Aut.*, 2007, núm. 1, pp. 80-88.

Artículo dedicado a la tutela jurídica de los juegos y videoclips en la Ley del Derecho de Autor. (Alma R. G.)

ROMAN PÉREZ, R. DE: «Comparación entre el sistema del dominio público y el modelo del proyecto de disposiciones para la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folklora de la OMPI», *RIDA*, abril 2007, núm. 212, pp. 67-111.

Reflexiones sobre las medidas de protección y conservación del folklora y, en general, de las expresiones culturales tradicionales, que se están desarrollando en los trabajos de la OMPI. (C. J. D.)

SANCTIS, V. M. DE: «Approposito della protezione del *Format*», *Dir. Aut.*, 2007, núm. 1, pp. 58-64.

Propuesta de tutela jurídica del *Format* dentro del ámbito del derecho de autor. (Alma R. G.)

SPONZILLI, A.: «L'elemento soggettivo nella violazione del diritto d'autore e la ripartizione della responsabilità risarcitoria», *Dir. Aut.*, 2007, núm. 2, pp. 217-237.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Apelación de Turín, de 13 de enero de 2006, acerca de la subsistencia del elemento de la culpa en el ámbito de las vulneraciones del derecho de autor. (Alma R. G.)

VV.AA.: «Droit des technologies avancées», *GP*, 2007, núm. 12-13.

Estudios varios sobre nuevas tecnologías y su influencia en el mundo jurídico. (R. A. R.)

DERECHO DE FAMILIA

ANDREOLA, E.: «Autonomia negoziale dei coniugi e regime patrimoniale legale. Riducibilità della comunione e rifiuto del coacquisto ex lege», *RDC*, 2007, núm. 1, parte prima, pp. 55-92.

Análisis del papel de la autonomía privada en la regulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges, a propósito de las sentencias núm. 2954, de 27 de febrero de 2003, y núm. 19250, de 24 de septiembre de 2004, sobre la posibilidad de admitir regímenes económico-matrimoniales atípicos, y de ampliar o reducir el fondo patrimonial familiar. (M. R. D. R.)

ASTONE, A.: «La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 274 cod. civ.: solo l'interesse del minore puo' impedire la ricerca della paternità biologica», *NGCC*, 2007, núm. 2, pp. 179-186.

Comentario jurisprudencial relativo al procedimiento de admisión de la acción de paternidad o maternidad natural. (*Alma R. G.*)

BALESTRA, L.: «La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione», *NGCC*, 2007, núm. 5, pp. 194-206.

Artículo sobre la relevancia jurídica de la familia de hecho, entre la reglamentación heterónoma y la autonomía contractual de los convivientes. (*Alma R. G.*)

CARFÍ, V.: «Il cognome del figlio legittimo al vaglio della Consulta», *NGCC*, 2007, núm. 1, pp. 35-47.

De nuevo un pronunciamiento del Tribunal Constitucional italiano sobre la atribución del apellido materno al hijo legítimo. (*Alma R. G.*)

D'AVAK, L.: «L'evasiva ordinanza n. 369 della Corte Costituzionale del 9 novembre 2006 in merito alla legge sulla procreazione medicalmente assistita», *DFP*, 2007, núm. 1, pp. 21-36.

Comentario a sentencia del Tribunal Constitucional italiano sobre el derecho de los padres a obtener un diagnóstico prenatal acerca de las enfermedades genéticas de los embriones preimplantados. (*Alma R. G.*)

DELFOSE, A./BAILLON-WIRTZ, N.: «Le mandat de protection future», *SJ*, 2007, núm. 17, 147, pp. 13-19.

Figura creada en la Ley 2007-308, de 5 de marzo, como medida convencional de protección jurídica inspirada en la legislación alemana y en la ley de Québec. Análisis de la figura mediante un cuadro sinóptico. (*I. S. P.*)

DÖBEREINER, C.: «Das neue französische Scheidungsrecht», *ZEuP*, 2007, núm. 2, pp. 521-532.

En 2004 fue aprobada una nueva legislación francesa sobre el divorcio, que entró en vigor el 1 de enero de 2005. Se mantiene el divorcio por acuerdo mutuo y el divorcio por culpa de uno de los cónyuges, mientras que el divorcio por fracaso de la vida conyugal exige sólo dos años de falta de convivencia, frente a los seis que exigía la legislación anterior. (*M. G.-R.*)

FACCI, G.: «La rottura della promessa di matrimonio: il motivo (in)giusto ed i danni risarcibili», *NGCC*, 2007, núm. 5, pp. 580-587.

Comentario jurisprudencial sobre la determinación del concepto de justo motivo en las hipótesis de incumplimiento de la promesa de matrimonio. (*Alma R. G.*)

FULCHIRON, H.: «Adoption sur kafala ne vaut», *RD*, 2007, núm. 12, pp. 816-821.

La kafala como especie de adopción para niños de países que no admiten dicha institución. Interpretación de la ley extranjera por la corte de casación francesa. (*R. A. R.*)

HOVASSE, S.: «La clause bénéficiaire en assurance-vie à l'épreuve de la réforme du divorce et des libéralités», *SJ*, 2007, núm. 18, 150, pp. 16-20.

Adaptación de las nuevas normas de donaciones complejas en el matrimonio al seguro de vida. Naturaleza jurídica de la atribución como donación indirecta entre vivos del capital. Posibilidad de revocación. (*R. A. R.*)

JAKOB, D.: «Die Ausstattung (§ 1624 BGB) —ein familienrechtliches Instrument moderner Vermögensgestaltung?», *AcP*, 2007, núm. 2, pp. 198-224.

El § 1624 BGB señala que «Lo que es atribuido al hijo por el padre o la madre en vista a su matrimonio o a su independencia para la constitución o mantenimiento de su economía, vale como donación, incluso cuando no existe una obligación para ello, sólo en la medida en que excede la medida correspondiente según las circunstancias, especialmente las relaciones patrimoniales del padre o de la madre». El autor trata las distintas formas de configurar esa dotación. (*M. G.-R.*)

LONG, J.: «L'adottabilità del minore tra condizione obiettiva del figlio e situazione soggettiva del genitore», *NGCC*, 2007, núm. 2, pp. 125-132.

Comentario jurisprudencial relativo a los presupuestos para la existencia del estado de abandono de los menores de edad y sobre las condiciones necesarias para la declaración de adopción del menor. (*Alma R. G.*)

MARTINO, M.: «Collegamento negoziale e pagamento traslativo nella revocatoria dei trasferimenti immobiliari realizzati tra coniugi in occasione della separazione consensuale», *NGCC*, 2007, núm. 3, pp. 378-387.

Comentario jurisprudencial sobre el ejercicio de la acción revocatoria como consecuencia de la celebración, entre los cónyuges y con ocasión de su separación conyugal, de pactos cuyo objeto es la transmisión o la constitución de derechos reales sobre inmuebles. (*Alma R. G.*)

MERLINO, P.: «Separazione personale tra i coniugi, riconciliazione e regime patrimoniale della famiglia: osservazioni in margine al d.P.R. n. 396 del 2000 (nuevo ordinamento dello statuto civile)», *GC*, 2006, núm. 10, pp. 421-459.

Efectos de la declaración de reconciliación de los cónyuges, inscrita, tras sentencia inscrita de separación personal y disolución del régimen económico de sociedad de gananciales. Análisis de los artículo 63 y 69 d.P.R. n. 396 del 2000. (*M. R. D. R.*)

MONTANARI, M.: «La decisione della moglie di abortire contro la volontà del marito non puo' costituire motivo di addebito della separazione», *NGCC*, 2007, núm. 2, pp. 258-267.

Comentario jurisprudencial sobre el conflicto que surge entre el derecho del marido a la paternidad y el derecho de la madre a abortar. La elección del aborto por la madre como posible causa de separación matrimonial y como causa de responsabilidad civil. (*Alma R. G.*)

OPPO, O.: «Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione (art. 2645 *ter c.c.*)», *RDC*, 2007, núm. 1, parte prima, pp. 1-5.

Reflexión sobre la reforma del artículo 2645 *ter c.c.*, en relación al objeto de los actos inscribibles, fines e intereses tutelados y responsabilidad del transmitente por la finalidad real perseguida a través de su acto de destinación, especialmente si lo convierte en elemento objeto de separación patrimonial. (*M. R. D. R.*)

QUADRI, E.: «Mantenimento del figlio e affidamento congiunto: prospettive per l'esegesi della nuova disciplina dell'affidamento condiviso», *NGCC*, 2007, núm. 2, pp. 271-274.

Decisión jurisprudencial acerca de la nueva normativa italiana consistente en la custodia compartida sobre los hijos en caso de crisis matrimoniales, introducida por la Ley n. 54, de 8 de febrero de 2006. (*Alma R. G.*)

RUSCELLO, F.: «Crisi della famiglia e affidamenti familiari: il nuovo art. 155 c.c.», *DFP*, 2007, núm. 1, pp. 265-288.

Artículo acerca de la tutela jurídica del menor en las crisis matrimoniales: estudio de la custodia compartida de los progenitores como innovadora medida introducida por el legislador italiano. (*Alma R. G.*)

SALVAGE-GEREST, P.: «Un autre regard sur l'affaire "Benjamín"», *RD*, 2007, núm. 13, pp. 879-883.

Falta de consentimiento del padre para la adopción plena del menor. Análisis del asunto «Benjamín» en la Corte de Apelación de Reims, de 12 de diciembre de 2006. (*I. S. P.*)

SAPIO, A. DI: «Osservazioni sul patto di famiglia (Brogliaccio per una lettura disincantata)», *DFP*, 2007, núm. 1, pp. 289-327.

La nueva normativa italiana relativa al pacto familiar: análisis de los aspectos estructurales y funcionales. (*Alma R. G.*)

SINAGRA, A.: «Ripudio-divorzio islamico ed ordine pubblico italiano», *DFP*, 2007, núm. 1, pp. 156-168.

Comentario a sentencia relativa al orden público y al reconocimiento en Italia de la ruptura del matrimonio islámico por repudio. (*Alma R. G.*)

SPADAFORA, A.: «In attesa del crepuscolo? (su di un tratatizio orientamento in tema di diritto al mantenimento del figlio maggiorenne)», *DFP*, 2007, núm. 1, pp. 170-173.

Comentario jurisprudencial sobre la cesación de la obligación de mantenimiento del hijo mayor de edad. (*Alma R. G.*)

TOMARCHIO, V.: «Sulla comunione di residuo degli acquisti - nota a Cass. 19 settembre 2005 n. 18456», *GC*, 2006, núm. 11, pp. 2458-2461. (*M. R. D. R.*)

VALLINO, S.: «Diritto del figlio naturale alla dichiarazione giudiziale del proprio status e parametri di cui agli artt. 2, 3, 24, 30 e 111 Cost.», *DFP*, 2007, núm. 1, pp. 5-21.

Comentario a sentencia del Tribunal Constitucional italiano sobre la constitucionalidad del derecho del hijo natural a la declaración judicial de paternidad o maternidad natural. (*Alma R. G.*)

VILLANI, R.: «L'attribuzione del cognome ai figli (legittimi e naturali) e la forza di alcune regole non scritte: è tempo per una nuova disciplina?», *NGCC*, 2007, núm. 3, pp. 316-329.

Comentario jurisprudencial relativo a la atribución del apellido paterno al menor de edad ya reconocido con anterioridad por la madre. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE SUCESIONES

ANSALDO, A.: «In tema di mandato *post mortem*», *NGCC*, 2007, núm. 4, pp. 497-501.

El Tribunal Supremo italiano ha consagrado el llamado mandato *post mortem*, esto es, la posibilidad de que toda persona física pueda, mediante la elección libre de la modalidad y el lugar de su propia sepultura, conferir un mandato a otras personas para la ejecución, después de su muerte, de sus últimas voluntades. (*Alma R. G.*)

BUSANI, A.: «La trascrizione dell'atto di rinuncia all'atto di opposizione alla donazione», *NGCC*, 2007, núm. 1, pp. 13-22.

Comentario jurisprudencial relativo al conflicto de intereses que surge entre la tutela del legitimario y la protección del adquirente de buena fe de los bienes donados por el causante. (*Alma R. G.*)

DELLE MONACHE, S. Y OTROS: «Il patto di famiglia», *NLCC*, 2007, núm. 1-2, pp. 21-125.

Comentario a la l. 14 febbraio 2006, n. 55, artículo 768, sobre la figura del pacto sucesorio familiar: concepto, naturaleza jurídica, estructura, forma, vicios del consentimiento respecto de la figura y posible anulabilidad del pacto, efectos frente a terceros, rescisión del pacto, solución de conflictos. Especial referencia a la dificultad de coexistencia con la prohibición de los pactos sucesorios y con la disciplina de la empresa familiar y el régimen societario. (*M. R. D. R.*)

GENOVESE, A.: «L'atipicità dell'accordo di reintegrazione della legittima», *NGCC*, 2007, núm. 4, pp. 506-513.

Comentario jurisprudencial sobre el acuerdo para la reintegración de los derechos del legitimario, lesionados como consecuencia de otros actos negociales, *mortis causa* o *inter vivos*. (*Alma R. G.*)

MUSOLINO, G.: «Il legato in sostituzione di legittima», *NGCC*, 2007, núm. 3, pp. 79-89.

Estudio de la institución jurídica del legado en sustitución de la legítima, que ha recibido una autónoma regulación en el actual código civil italiano. (*Alma R. G.*)

VARIA

HEIRBAUT, D./STORME, M. E.: «The Belgian Legal Tradition: From a Long Quest for Legal Independence to a Longing for Dependence?», *ERPL*, 2006, núm. 5/6, pp. 645-683.

El artículo explica el desarrollo del Derecho belga desde su independencia en 1830, en lo que se refiere a las influencias extranjeras, especialmente la francesa, que últimamente no es tan importante. (*M. G.-R.*)

MANDEVILLE, B./DEHAUDT, S.: «Validité des échanges de terres louées: des règles plus favorables pour le preneur contre l'avis du parlement», *GP*, 2007, núm. 5-6, pp. 10-15.

Estudios jurisprudenciales en materia de arrendamientos rústicos. (*I. S. P.*)

PEIGNOT, B.: «L'ordonnance du 13 juillet 2006 relative au statut du fermage», *GP*, 2007, núm. 5-6, pp. 5-9.

La disposición estudiada no es revolucionaria. Plantea algunos equívocos y suscita algunas regresiones. (*R. A. R.*)

RANIERI, F.: «Doctrine et jurisprudence étrangères dans le développement du droit civil allemand au 20^{ème} siècle», *ERPL*, 2006, núm. 5/6, pp. 685-703.

El autor pone de manifiesto como el Derecho alemán, durante el siglo XX, ha permanecido bastante alejado de la influencia de otros sistemas jurídicos, pero en los últimos años se aprecia un cambio en esta tendencia, merced principalmente al expandido estudio del Derecho angloamericano. (*M. G.-R.*)

SCHILLING, T.: «Eine neue Rahmenstrategie für die Mehrsprachigkeit: Rechtskulturelle Aspekte», *ZEuP*, 2007, núm. 3, pp. 754-784.

La Comisión Europea ha elaborado por primera vez, en 2005, una Comunicación sobre el problema de la diversidad lingüística en la Unión Europea y los problemas jurídicos que plantea. El autor comenta la Comunicación. (*M. G.-R.*)

VV.AA.: «Droit de la santé», *GP*, 2007, núm. 157-158.

Crónicas sobre salud pública; bioética; profesionales de la salud; políticas sanitarias, etc. (*I. S. P.*)

VV.AA.: «Droit du cinéma», *GP*, 2007, núm. 118-119.

El Derecho francés y el cine: quiebra del productor, copias privadas de la obra; tecnologías, etc. (*R. A. R.*)

VV.AA.: «Droit des technologies avancées», *GP*, 2007, núm. 108-109.

Estudios varios sobre la implicación de las nuevas tecnologías en el ámbito jurídico: daños, espionaje económico, etc. (*I. S. P.*)

VV.AA.: «Droit de la santé», *GP*, 2007, núm. 98-99.

Estudios varios sobre la salud y el Derecho. (*R. A. R.*)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

ANTONUCCI, A.: «La responsabilità sociale d'impresa», *NGCC*, 2007, núm. 4, pp. 119-129.

Análisis del nuevo concepto de responsabilidad social de la empresa (iniciativas internacionales y comunitarias), que sin duda constituye una modificación en los parámetros de organización de las empresas y en las relaciones entre Estado, empresas y ciudadanos. (*Alma R. G.*)

MARZOLINI, P.: «Problemi in tema di tutela giudiziale antitrust (art. 33, comma 2º, l. 10.10.1990, n. 287)», *NGCC*, 2007, núm. 4, pp. 168-186.

Los poderes de la Autoridad judicial ordinaria en materia antitrust. Las acciones que pueden ejercitarse delante del juez ordinario: acciones de nulidad, acciones de resarcimiento del daño. La competencia cautelar de urgencia. (*Alma R. G.*)

VALLENS, J. L.: «Bicentenaire du code de commerce: le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui», *RD*, 2007, núm. 10, pp. 669-674.

Modificaciones y críticas al Código de Comercio en su segundo centenario frente a la reacción al Código Civil. Reemplazamiento de artículos por leyes especiales ante la evolución económica. (*R. A. R.*)

VITA DE GIORGI, M.: «Disciplina dell'impresa sociale», *NLCC*, 2007, núm. 1-2, pp. 285-533.

Extenso comentario de la disciplina sobre la empresa social: el nuevo equilibrio entre el libro I y V del c.c. Especial referencia a la actividad económica de empresa por entes sin ánimo de lucro, superando los límites legales impuestos a las sociedades cooperativas. Análisis de la *legge delega 13 giugno 2005* n. 118 y el *d. lgs. 24 marzo 2006*, n. 155, en relación a la Empresa social: concepto, constitución, objeto, naturaleza, tipos, requisitos, actividad, finalidad, exclusión del ánimo de lucro, responsabilidad patrimonial, órganos y formas de control, etc. (*M. R. D. R.*)

VV.AA.: «Droit de la concurrente», *GP*, 2007, núm. 26-27.

Exposición de la legislación y jurisprudencia comunitaria en el tema, así como de la jurisprudencia francesa. (*I. S. P.*)

WITTNEBEN, ZIMMERMANN *et altri*: «Symposium zum Thema "Kennzeichnenschutz von sportlichen Großveranstaltungen im deutschen und europäischen Recht"», *ZEuP*, 2007, núm. 2, pp. 533-609.

En grandes acontecimientos, sobre todo deportivos, se está desarrollando cada vez más lo que se llama *Ambush Marketing* (literalmente, «mercadotecnia de emboscada»), que consiste en que empresas distintas a los sponsors (que han pagado un buen dinero) u organizadores del acontecimiento tratan de sacar tajada de éste, mediante sutiles —o no tanto— estrategias, tales como

repartir gorras con el nombre de su marca a la entrada del recinto, hacer sobrevolar sobre él un avión que arrastra un cartel con la susodicha marca, etc.

En octubre de 2006 se celebró un simposium en Hamburgo sobre este tema. La *ZEUP* publica contribuciones de P. W. Heermann («Kennzeichnenschutz von sportlichen Großveranstaltungen im deutschen und europäischen Recht»), P. Müller («Die Markenschutz-Strategie der FIFA – Ein Bericht aus der Praxis am Beispiel der FIFA Fussball-Weltmeisterschaft Deutschland 2006»), M. Wittneben («Kennzeichenschutz von Sportgroßveranstaltungen und Spielräume für zulässige lizenzfreie Werbung durch Nichtsponsoren») y S. Netzle («Braucht die Schweiz ein Gesetz gegen Ambush Marketing?»). (M. G.-R.)

DERECHO DE SOCIEDADES

BOCHICCHIO, F.: «Ancora sul conflitto di interessi nella prestazione dei servizi finanziari: il conflitto d'interesse nei rapporti contrattuali d'impresa», *CI*, 2007, núm. 1, pp. 306-325.

Artículo sobre el conflicto de intereses en las relaciones contractuales de empresa y diferencias con el conflicto de intereses en las relaciones societarias. (*Alma R. G.*)

DELLE MONACHE, S. Y OTROS: «Il patto di famiglia», *NLCC*, 2007, núm. 1-2, pp. 21-125.

Comentario a la *l. 14 febbraio 2006*, n. 55, artículo 768, sobre la figura del pacto sucesorio familiar: concepto, naturaleza jurídica, estructura, forma, vicios del consentimiento respecto de la figura y posible anulabilidad del pacto, efectos frente a terceros, rescisión del pacto, solución de conflictos. Especial referencia a la dificultad de coexistencia con la prohibición de los pactos sucesorios y con la disciplina de la empresa familiar y el régimen societario. (*M. R. D. R.*)

GUIDOTTI, R.: «Il controllo giudiziario nella s.r.l. con collegio sindacale», *CI*, 2007, núm. 1, pp. 219-228.

Artículo relativo al control por el juez de la gestión en el nuevo Derecho de sociedades italiano. (*Alma R. G.*)

MANES, P.: «La legge della Repubblica di San Marino sui trust: i beneficiari e la loro tutela», *CI*, 2007, núm. 1, pp. 257-263.

La figura jurídica del beneficiario en la nueva Ley de la República de San Marino en materia de trusts: tradición e innovación, los derechos de los beneficiarios, los límites de la tutela legal... (*Alma R. G.*)

MARAGNO, R.: «Potere di rappresentanza e conflitto di interessi nella S.p.A. riformata», *NGCC*, 2007, núm. 1, pp. 93-97.

Comentario jurisprudencial sobre la representación general de los administradores en la reforma italiana de las sociedades de capital. (*Alma R. G.*)

MENJUQ/FAGES/VUIDARD: «La société européenne: un nouvel instrument au service des groupes de sociétés», *RD*, 2007, núm. 1, pp. 30-36.

Influencia en las sociedades francesas de la reforma comunitaria de la sociedad europea mediante el Decreto de 9 de noviembre de 2006. Reestructuración de los grupos europeos de sociedades. (*I. S. P.*)

MOLFESSIS, N.: «Les avis spontanés de la Cour de cassation», *RD*, 2007, núm. 1, pp. 37-41.

Protección de empresas mediante la ley de 27 de julio de 2005 y los errores jurisprudenciales en su aplicación. Problemas de seguridad jurídica. (*R. A. R.*)

MUCCIOLI, N.: «L'esclusione dell'associato tra autotutela e intervento del giudice», *NGCC*, 2007, núm. 5, pp. 518-523.

Comentario jurisprudencial sobre los cauces legales existentes para la tutela jurídica del socio expulsado de una sociedad. (*Alma R. G.*)

PAILLUSSEAU, J.: «La garantie de conformité dans les cessions de contrôle», *SJ*, 2007, núm. 13, pp. 13-20.

Estipulaciones que conllevan los acuerdos de garantía en la cesión de control empresarial. Importancia para el cesionario. ¿Qué ocurre si se emite tal garantía? (*I. S. P.*)

PLASMATI, G.: «Il problema dei resti nelle s.p.a.», *CI*, 2007, núm. 1, pp. 202-218.

Artículo sobre la protección jurídica del socio minoritario en las hipótesis de fraccionamiento y reagrupación de acciones. (*Alma R. G.*)

POLI, E.: «Il fallimento in estensione del socio accomandante liquidatore prima e dopo la riforma organica delle procedure concorsuali», *NGCC*, 2007, núm. 1, pp. 23-33.

Comentario jurisprudencial en materia de declaración de quiebra del socio comanditario, antes y después de la reforma del procedimiento concursal italiano. (*Alma R. G.*)

RICCIO, A.: «La persona giuridica può, dunque, esercitare la funzione di amministratore», *CI*, 2007, núm. 1, pp. 17-46.

La jurisprudencia ha establecido, en un caso relativo a los requisitos subjetivos de la figura del administrador de un edificio bajo el régimen de propiedad horizontal, que como principio general la función del administrador puede ser ejercitada también por una persona jurídica y, en concreto, por una sociedad de capital. (*Alma R. G.*)

SANNA, V.: «L'inesistenza delle deliberazioni assembleari e delle decisioni extra assembleari: un problema ancora aperto», *RDC*, 2007, núm. 2, parte seconda, pp. 155-207.

Análisis del Derecho de sociedades, tras la reforma de la disciplina de la nulidad de las decisiones asamblearias en la S.P.A. (arts. 2377-2379-ter c.c.)

y de los socios en la S.R.L. (art. 2479-ter c.c.), por la Ley de Acompañamiento al d.legisl. n. 6/2003, excluyendo el supuesto de nulidades atípicas, como la inexistencia de deliberaciones asamblearias, para evitar los abusos cometidos por la jurisprudencia acudiendo al supuesto de nulidad por deliberaciones inexistentes. (*M. R. D. R.*)

SEGA, D.: «Il controllo giudiziale nella S.r.l.: orientamenti giurisprudenziali», *NGCC*, 2007, núm. 4, pp. 139-152.

Control judicial sobre la gestión de las sociedades de capital, cuya fuente principal de regulación es el artículo 2049 del Código Civil italiano. (*Alma R. G.*)

TOMMASINI, D.: «La garanzia per la solvenza nel trasferimento dei titoli di debito della società a responsabilità limitata», *RDC*, 2007, núm. 2, parte seconda, pp. 209-234.

Reflexión sobre los títulos de crédito como nueva forma de financiación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada y las garantías de solvencia, tras el d. legisl. 17 gennaio 2003, n. 6: sujetos, requisitos, contenido de la garantía. (*M. R. D. R.*)

CONTRATOS MERCANTILES

BERTOLINI, A.: «Estinzione del contratto bancario e rilevanza della buona fede oggettiva», *NGCC*, 2007, núm. 4, pp. 444-490.

Diligencia y buena fe en la ejecución de la relación obligatoria, en concreto, en el ámbito de la contratación bancaria: derecho del cliente a la copia de la documentación de operaciones bancarias. (*Alma R. G.*)

QUARGNOLO, M.: «Investimento obbligazionario e diligenza degli intermediari finanziari tra validità del contratto e responsabilità della banca», *NGCC*, 2007, núm. 1, pp. 41-51.

Artículo relativo al aumento de contenciosos entre la entidad bancaria y el cliente en materia de títulos obligacionales. El estatuto jurídico de los intermediarios financieros. En concreto, examen de la diligencia que ha de tener el intermediario. (*Alma R. G.*)

SCIA, F.: «Ambito di operatività dell'art. 9, comma 1°, 1. div. e natura dei giustificati motivi legittimanti la revisione dell'assegno», *NGCC*, 2007, núm. 5, pp. 556- 566.

Comentario jurisprudencial sobre los deberes de información del intermediario financiero al cliente. (*Alma R. G.*)

TRUNCELLITO, G.: «Clausola riproduttiva di disposizione di legge nel contratto di assicurazione contro il furto», *NGCC*, 2007, núm. 4, pp. 432-436.

Carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato de seguro contra el robo, que se limita a reenviar al contenido de una específica norma del Código Civil. (*Alma R. G.*)

DERECHO CONCURSAL

ARLOTTA, A.: «La nozione di gratuità nella prospettiva della prassi commerciale», *NGCC*, 2007, núm. 2, pp. 164-171.

Comentario jurisprudencial relativo a los efectos de la acción revocatoria de la quiebra sobre los actos a título gratuito, perjudiciales para los acreedores. (*Alma R. G.*)

INZITARI, B.: «Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento ed incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori», *CI*, 2007, núm. 1, pp. 1-16.

Normativa reguladora de las relaciones contractuales pendientes, en curso en el momento de la declaración de quiebra. Estudio de las modificaciones introducidas en el Decreto Legislativo de 9 de enero de 2006 con la introducción de nuevos preceptos sobre la quiebra del vendedor y los contratos relativos a vivienda sobre plano, y sobre el arrendamiento financiero. (*Alma R. G.*)

SABATELLI, E.: «Profili genetici del “nuevo” concordato fallimentare», *NGCC*, 2007, núm. 5, pp. 220-234.

Artículo relativo a diversos aspectos del nuevo acuerdo en caso de quiebra: los sujetos legitimados para formular la propuesta de acuerdo, los términos para la presentación de la propuesta, el contenido de la propuesta (extensión y límites), el acuerdo con intervención de tercero, la situación de los acreedores con créditos preferentes, la aprobación del acuerdo. (*Alma R. G.*)

VV.AA.: «Procédure collective», *GP*, 2007, núm. 103-104.

Número especial sobre deudas y créditos públicos en supuestos de insolvencia. (*I. S. P.*)

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. R.	The Law Quarterly Review
M. L. R.	The Modern Law Review
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
N. Y. Univ. L. Rev.	New York University Law Review
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile
RD	Recueil Dalloz
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDImm	Revue de Droit Immobilier
RIDA	Revue Internationale du Droit d' Auteur
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Texas L. Rev.	Texas Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2006

Ramón Casas Vallés (coordinador. Universidad de Barcelona), Mariana de Lorenzi (Universidad de Barcelona), Isabel Miralles González (Universidad de Barcelona), Mónica Navarro (Universidad de Barcelona), Esther Vilalta (Universidad Oberta de Catalunya), Carles Vendrell Cervantes (Universidad de Barcelona), Mónica Vilasau (Universitat Oberta de Catalunya).

STC 17/2006, de 30 de enero

RA: Estimación.

Ponente: Aragón Reyes

Conceptos: Proceso matrimonial. Exploración de menores. Intervención del Ministerio Fiscal.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE. Artículos 138.2, 749.2 y 754 LEC. Artículo 9 LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

El TC resuelve y estima el recurso de amparo planteado por el Ministerio Fiscal, en defensa del derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE), a raíz de un caso en el que, durante la tramitación de un proceso matrimonial, se había rechazado su presencia en la diligencia de exploración de unas menores, sobre cuya custodia había que decidir. Al margen de los aspectos procedimentales y, en cuanto al fondo, el TC afirma: *«Aduce asimismo la Audiencia, para justificar su rechazo a la intervención del Fiscal en la exploración de las menores, que el respeto a la intimidad de éstas obligaba a realizar la diligencia de exploración “de forma reservada, esto es, sin la asistencia de las partes, cuya presencia –no puede negarse– supondría además una falta de libertad nada deseable de las menores, a las que ya el mero hecho de comparecer en el Juzgado les aturde”.* Sin embargo, tal razonamiento no puede justificar desde la perspectiva constitucional la decisión del órgano judicial de excluir al Fiscal de intervenir en la exploración de las menores, pues los artículos 138.2 y 754 LECiv permiten, en efecto, celebrar las audiencias de menores a puerta cerrada y de manera reservada, esto es, sin asistencia de las partes (sin perjuicio de que la comparecencia del menor pueda realizarse de otro modo, cuidando siempre de preservar la intimidad del

menor, como señala el artículo 9.1, párrafo segundo, de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor), pero tal exclusión de publicidad no puede entenderse referida al Ministerio Fiscal, que interviene preceptivamente en el proceso (art. 749.2 LECiv) de forma imparcial (arts. 124.2 CE y 2.1 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal), como defensor de la legalidad y de los derechos de los menores afectados, velando por la primacía del interés superior de éstos (art. 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor)» (FJ 5).

STC 41/2006, de 13 de febrero

RA: Estimación.

Ponente: Pérez Vera.

Conceptos: Despido pluricausal de trabajador homosexual. Incumplimientos no probados. Discriminaciones específicas: por orientación sexual.

Preceptos de referencia: Artículos 10.1, 10.2 y 14 CE. Artículo 217 LPL. Artículo 14 CEDH. Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Artículo 21.1 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea.

Recurso de amparo promovido por particular contra sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictada en recurso de suplicación en procedimiento de despido instado por una empresa de aerolíneas. El despido fue declarado improcedente por el Juzgado de lo Social de Barcelona, sentencia que fue recurrida en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el cual, tras estimar el recurso, revoca la calificación de nulidad del despido.

1. Pretendida necesidad de interposición de recurso de casación con carácter previo.—Se discute de manera liminar una objeción de carácter procesal: la necesidad de plantear, con carácter previo al recurso de amparo, recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia dictada en el grado jurisdiccional de suplicación por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cuya estimación obligaría a inadmitir el recurso de amparo. En opinión del TC, es jurisprudencia reiterada que para apreciar la falta de agotamiento de la vía judicial previa no basta la alegación abstracta de la procedencia del mencionado recurso, pues corresponde a quien pretende hacer valer su no interposición como motivo de inadmisibilidad acreditar la posibilidad de recurrir a esta extraordinaria vía en el supuesto concreto, debiendo abstenerse de efectuar vagas invocaciones sobre la procedencia del recurso, lo que no lleva a cabo la empresa que lo plantea.

2. Presunta violación del derecho fundamental a la no discriminación.—Viene estimando nuestro Alto Tribunal que la virtualidad del artículo 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad, sino que se extiende a la prohibición de discriminación por una serie de motivos o razones cuya lista no es cerrada. El TC declara la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan, como factores determinantes, los motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, entre ellos la orientación o inclinación sexual que, aunque no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE es una circunstancia incluida en la cláusula «*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*» a la que

debe ser referida la interdicción de la discriminación. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales subraya que la orientación sexual es una noción que se contempla en dicho artículo y que la lista que encierra el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (art. 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual. Del mismo modo, el artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el artículo 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea contempla la orientación sexual como una de las razones por las que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación. En el ámbito de las relaciones laborales, la prohibición de discriminación por orientación homosexual alcanza tanto a las decisiones causales –*v. gr.*, el despido– como a las decisiones empresariales *ad nutum*. Y la paridad debe implicar que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones en el empleo, sea cual fuere su orientación sexual.

3. Prueba de la lesión y distribución de la carga probatoria.—Sostiene el TC frente al criterio expresado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que, cuando se prueba indiciariamente que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, debe procederse a una distribución de la carga de la prueba de modo que incumbe al trabajador aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental y al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. La ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido. A tales efectos se expresa que tienen aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente, sean de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Es, en cualquier caso, insuficiente la simple afirmación de la discriminación o lesión de un derecho fundamental como también, por parte del empresario, la genérica invocación de facultades legales o convencionales.

4. Doctrina constitucional sobre la «pluricausalidad».—En cuarto lugar pone de relieve la sentencia dictada por el TC los efectos de la pluricausalidad. Los despidos *pluricausales* son los despidos disciplinarios en los que, frente a los indicios de lesión de un derecho fundamental, el empresario logra probar que el despido obedece a la concurrencia de incumplimientos contractuales del trabajador. Aún cuando en el caso enjuiciado la orientación homosexual pueda representar únicamente un presupuesto de la posibilidad misma de la violación pero no un indicio de vulneración, el empresario podrá neutralizar todo indicio acreditando que la decisión extintiva obedece a motivos extraños a todo propósito atentatorio del derecho fundamental, o bien que su medida es razonable y objetiva, lo que no efectúa. Por todo ello, la Sala segunda del TC estima el recurso de amparo, declara vulnerado el derecho del recurrente a no ser discriminado por ser homosexual y ordena restablecerlo en su derecho y anular la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

STC 52/2006, de 16 de febrero**CI: Estimación.****Ponente: Gay Montalvo.****Conceptos: Derecho a la igualdad ante la ley. Derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales. Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a la libre investigación de la paternidad. Acción de reclamación de la filiación extramatrimonial sin posesión de estado. Exclusión del progenitor entre los legitimados. Inconstitucionalidad del artículo 133.1 CC.****Preceptos de referencia: Artículo 133.1 CC. Artículos 10, 14, 24, 39 CE. Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. Carta Europea de los Derechos del Niño. Artículo 23 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.**

Se plantea una cuestión sustancialmente idéntica –en cuanto al objeto del proceso y al parámetro constitucional de control– a la resuelta en la STC 273/2005, de 27 de octubre. Como expresamente dispone el TC, procede estimar la pretensión, con remisión a los razonamientos en aquella contenidos, y declarar inconstitucional el artículo 133.1 CC, en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado. Reitera así la compatibilidad con los artículos 14 y 39.1 CE, por un lado; y la vulneración de los artículos 39.2 y 24.1 CE, en cuanto el artículo 133.1 CC priva al progenitor que carece de posesión de estado de la posibilidad de reclamar la filiación, por el otro. Con igual contenido y alcance que su predecesora, declara la inconstitucionalidad del precepto pero no así su nulidad, desde que tratándose de una omisión del legislador contraria a la CE no puede ser subsanada con esta medida que, además de no reparar la inconstitucionalidad, generaría un vacío normativo no deseable que perjudicaría sin razón a quienes ostentan, en armonía con el artículo 39 CE, una acción que no merece tacha alguna de inconstitucionalidad. Justamente la falta de pronunciamiento de nulidad del precepto, hace que la cuestión no haya perdido objeto por la estimación de la CI en la STC 273/2005, ya que no comporta la radical y absoluta imposibilidad de aplicación de la norma cuestionada.

Los magistrados que votaron en minoría en la sentencia del año 2005, guardan en la presente coherencia con su anterior postura. Para un análisis de los fundamentos, véase la STC 273/2005, de 27 de octubre en la reseña de la jurisprudencia constitucional de 2005.

STC 111/2006, de 5 de abril**CI: Estimación.****Ponente: Delgado Barrio. Votos discrepantes (Casas Baamonde y Conde Martín).****Conceptos: Impuesto sobre sucesiones y donaciones. Presentador, mandatario y gestor de negocios ajenos. Actos de comunicación procesal. Notificación personal. Indefensión.****Preceptos de referencia: Artículos 9.3, 14, 24.1 y 31.1 CE. Artículo 36.2 Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre sucesiones y donaciones. Artículos 1709, 1710, 1712, 1714, 1888, 1893 CC. Artículo 46 LGT.**

Cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en

relación con el artículo 36.2 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del impuesto de sucesiones y donaciones por posible vulneración de los artículos 9.3, 14, 24.1 y 31.1 CE. A juicio del TC, el señalado artículo 36.2 del impuesto de sucesiones y donaciones vulnera la prohibición de indefensión del artículo 24.1 CE porque presume *iuris et de iure*, esto es, sin que quepa prueba en contrario, que quien presenta la declaración del impuesto actúa como mandatario del obligado al pago, lo que no garantiza el conocimiento efectivo de los actos por los interesados y obstaculiza «el derecho de acceso a la tutela judicial». Sobre el mismo problema puede verse también la STC 113/2006, de 5 de abril, que se pronuncia en línea con la aquí reseñada.

1. Alcance del precepto y razón justificativa.—El artículo 36.2 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, sobre el impuesto de sucesiones y donaciones, a diferencia de otros preceptos tributarios, dispone que el presentador del documento tendrá el carácter de mandatario de los obligados al pago del impuesto y todas las notificaciones que se le hagan tendrán el mismo valor y producirán iguales efectos que si se hubieran entendido con los mismos interesados. En materia de representación para los tributos (excepción hecha del artículo 59.2 ITP-AJD), el artículo 46 de la Ley 58/2003, General Tributaria permite al sujeto pasivo actuar mediante representante y, en tal caso, le exige que acredite de forma fehaciente dicha representación para «*interponer recursos o reclamaciones, desistir de ellos, renunciar a derechos, asumir o reconocer obligaciones en nombre del obligado tributario, solicitar devoluciones de ingresos indebidos o reembolsos*», así como en todos los supuestos en los que sea necesaria la firma del obligado tributario en los procedimientos de gestión de los tributos, inspección, recaudación, sancionador y de revisión administrativa. En algunos casos la normativa tributaria presume *iuris tantum* la representación: en los actos de mero trámite, o cuando concurren varios titulares en una misma obligación tributaria. Y, solo excepcionalmente, en determinados supuestos la ley impone una representación legal: personas que carezcan de capacidad de obrar, personas jurídicas, entidades sin personalidad jurídica, personas físicas y entidades no residentes en territorio español. Admite el TC que, en efecto, el impuesto de donaciones y sucesiones se liquida con carácter general mediante el régimen de autoliquidación y que el citado precepto mediante la figura del mandatario pretende alcanzar el fin lícito de facilitar la gestión del impuesto. No obstante ello, como se verá, esta finalidad no constituye, a juicio del Tribunal, razón suficiente para prescindir de las garantías, ni autoriza a sacrificar la libertad de decidir a quién y hasta qué límite se ha de conferir la confianza necesaria para que unos actos aparezcan como propios.

2. Contenido del «mandato» versus la «gestión de negocios ajenos».— Tanto del señalado artículo 36.2 de la Ley 29/1987 como del correspondiente Reglamento del impuesto de sucesiones y donaciones, se desprende que el «*presentador del documento*» tiene *ex lege* atribuido un «*mandato representativo pleno*» para la entera gestión del impuesto sobre sucesiones y donaciones, desde el inicio hasta la conclusión, en actos de trámite y resolutorios. Así ha tenido ocasión de interpretarlo el Tribunal Supremo, cuya doctrina viene a sentar que se trata de una auténtica representación que se presume por la Ley, *ex factis* del hecho de declararse el tercero presentador del documento y provoca como efecto jurídico inmediato, *ex artículo 1727 CC*, la imputación al mandante de las actuaciones del mandatario. Esta figura del mandatario está regulada en el campo del Derecho privado. De la misma resulta que, por el contrato de mandato disciplinado en el artículo 1709 del Código Civil y si-

guientes, una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra. Este mandato puede ser expreso o tácito, general o especial, mas en cualquier caso el mandatario queda obligado a no traspasar los límites del mandato. Debe diferenciarse el mandato de la gestión de negocios ajenos, que se produce cuando alguien se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro, sin mandato de éste, situación que se halla también regulada en el mismo cuerpo legal, en su artículo 1888 y siguientes. En este caso, el dueño del negocio es responsable de las obligaciones contraídas en su interés cuando se aproveche de las ventajas de la gestión o ésta hubiera tenido por objeto evitarle algún perjuicio inminente y manifiesto.

3. Cuestionable legitimidad constitucional del precepto. Posible indefensión.—El artículo 24.1 CE establece una doble garantía en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de las personas a la jurisdicción: proscribire que los Tribunales cierren arbitrariamente los cauces judiciales legalmente previstos; y prohíbe al Legislador promulgar normas que excluyan la vía jurisdiccional e impidan el acceso al proceso. Este precepto constitucional puede verse cercenado si una norma impone requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción y éstos constituyen trabas innecesarias, excesivas, irrazonables o desproporcionadas respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el Legislador.

4. Los actos de comunicación. Doctrina constitucional extensiva a los actos de notificación administrativos.—De conformidad con la importante doctrina del TC sobre los actos de comunicación por la que se entiende vulnerado el derecho a la tutela efectiva cuando no se lleva a cabo un emplazamiento directo (STC 242/91) o un llamamiento efectivo mediante una comunicación real al interesado (STC 195/90), esta sentencia expresa que la notificación de los actos administrativos de naturaleza tributaria a quien no es sujeto pasivo del impuesto sobre sucesiones y donaciones no garantiza el conocimiento efectivo por los interesados «en condiciones de ejercitar todos los recursos que el ordenamiento jurídico pone a su alcance», lo que haría inviable el acceso a la jurisdicción. Desde esta perspectiva, la notificación de estos actos deviene un acto con una clara dimensión constitucional y la exigencia de que sea llevada a cabo de forma efectiva y real deriva del mandato implícito del artículo 24.1 CE. El TC exige un especial deber de diligencia a los órganos judiciales en los actos de comunicación para asegurar, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios y dar oportunidad de defensa, evitando la indefensión, lo que obliga a procurar el emplazamiento o citación personal y directa de los interesados. Este deber de diligencia en los actos de comunicación debe agudizarse cuando el contenido de los actos puede revelar aspectos de la intimidad personal y familiar; lo que sucede cuando los datos son económicos con trascendencia tributaria. El Alto Tribunal añade a través de esta significada sentencia que una norma legal que establezca un requisito que imposibilite u obstaculice el acceso a la jurisdicción de los obligados tributarios e impida el control de la legalidad ha de ser considerada lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos del artículo 24.1 CE y sólo resultaría constitucionalmente válida cuando, en su ponderación, se dirija a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guarde la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida. Cabría admitir que el acto de comunicación procesal se realice en persona diferente del interesado en los supuestos sobre los que no ha sido posible la comunicación personal con el

propio interesado o su representante y concurra la característica de la proximidad o cercanía geográfica del perceptor, que permita hacer llegar con facilidad a manos del destinatario la documentación correspondiente y asegurar de este modo su conocimiento. Pero, en estos casos, el conocimiento constituye una mera presunción que deberá admitir prueba en contrario cuando el interesado cuestione su recepción. Esta doctrina es, a juicio del Tribunal Constitucional, de aplicación también a las notificaciones efectuadas por la Administración tributaria –aun cuando el mismo TC entienda, en general, que las exigencias de la tutela judicial efectiva no son trasladables a la vía administrativa– cuando en virtud de una norma quede impedido u obstaculizado el derecho de acceso a los Tribunales de justicia.

Por todo ello, el Pleno del Tribunal Constitucional estima la cuestión de inconstitucionalidad y declara inconstitucional y nulo el apartado 2 del artículo 36 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del impuesto sobre sucesiones y donaciones, con voto particular por el que se muestra la disidencia en los razonamientos de la sentencia y la declaración de inconstitucionalidad. Muestran su discrepancia dos de los Magistrados del TC por entender que la condición de mandatario del presentador del documento bastaría por sí sola para entender que las relaciones derivadas del documento puedan entenderse con el mandatario, consecuencia que es coherente con el régimen de la relación jurídica de mandato. Cuestión distinta para los referidos Magistrados es la atribución legal que efectúa la norma, cuestión que es anterior a la que plantearía el problema de la tutela judicial efectiva y que debiera analizarse desde la óptica constitucional del principio de interdicción de la arbitrariedad. Desde esta perspectiva, sólo en el caso de que se partiera de la inexistencia de relación jurídica alguna entre obligado y presentador, podría argumentarse la falta la base lógica que permita atribuir al presentante la condición legal de mandatario y, en consecuencia, reproche merecido por la posible vulneración del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad. La extensión de la doctrina de los actos de comunicación procesal a las notificaciones efectuadas por la Administración tributaria merece, a juicio de los Magistrados discrepantes, igual crítica desfavorable, con apoyo en la STC 291/2000, de 30 de noviembre.

STC 112/2006, de 5 de abril

RI. Desestimado.

Ponente: Pérez Tremps. Voto particular parcialmente discrepante (Casas Baamonde).

Conceptos: Reserva de Ley y remisión a normas reglamentarias. Principio de Igualdad. Libertad de empresa. Propiedad privada y límites a la misma: diferencias entre delimitación y expropiación. Derecho a la información. Derecho transitorio y retroactividad. Responsabilidad por daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos.

Preceptos de referencia: Artículos 4, 6 y DT única de la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos. Artículos 53.1, 14, 20.1 d), 33, 38 y 106.2 CE.

De acuerdo con la explicación de la sentencia, la Ley 21/1997 *«pretende, según se expresa en su exposición de motivos, “garantizar [...] los legítimos*

derechos de los consumidores [sic] a acceder a las citadas retransmisiones audiovisuales” de los acontecimientos deportivos de especial relevancia, “así como la eficaz protección de los diversos intereses deportivos y mercantiles afectados”. Sus objetivos, siempre de acuerdo con su exposición de motivos, son dar cumplimiento a las exigencias del derecho a comunicar y recibir información, defender la concurrencia entre empresas en el marco de la economía de mercado, y otorgar protección a los consumidores y usuarios en aquellos servicios de uso común, ordinario y generalizado, como así son los de esparcimiento y deportes. Su ámbito de aplicación es el de “las competiciones o acontecimientos deportivos oficiales, de carácter profesional y de ámbito estatal, o que correspondan a las selecciones nacionales de España, de acuerdo con la calificación que de estas circunstancias realice el Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas”» (FJ 1). La Ley fue recurrida por 71 Diputados del Grupo Parlamentario Socialista. En el recurso se denunciaba la inconstitucionalidad del artículo 4 (que regula la calificación de determinados acontecimientos deportivos como de interés general y sus consecuencias) y del artículo 6 (que establece las reglas para la negociación con los titulares de los derechos en los supuestos de pago por consumo); así como de la Disposición Transitoria única (que regula los efectos de las modificaciones contractuales que pudieran derivarse de la aplicación de la Ley).

1. El artículo 4 de la Ley 21/1997.—El precepto impugnado reza como sigue:

«Artículo 4.1. Tendrán la consideración de catalogados como de interés general las competiciones o acontecimientos deportivos que, por su relevancia y trascendencia social, se celebren con periodicidad, pero no frecuentemente, se incluyan en el Catálogo que a tal efecto elabore, al inicio de cada temporada de cada deporte, el Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas, previo informe preceptivo de la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes y audiencia de las entidades organizadoras, de los operadores, programadores, usuarios y demás interesados, en la forma que reglamentariamente se establezca.

2. A los efectos de lo previsto en el número anterior, para la inclusión en el catálogo de competiciones o acontecimientos deportivos de interés general deberán tenerse en cuenta, al menos, los siguientes criterios: a) Atracción sobre la audiencia de los operadores de radio y televisión; b) Importancia en el ámbito deportivo nacional; c) Tradición de la competición o acontecimiento.

3. Las competiciones o acontecimientos deportivos de interés general deberán retransmitirse en directo, en emisión abierta y para todo el territorio del Estado. No obstante, por razones excepcionales y cuando así se prevea en el Catálogo a que se refiere el apartado 1, podrán emitirse con cobertura diferida total o parcial.

4. Los operadores o programadores de televisión, cuyas emisiones no cubran la totalidad del territorio del Estado, podrán adquirir derechos exclusivos de retransmisión con la obligación de ceder los mismos, en régimen de pública concurrencia, a todos los demás operadores o programadores, a los efectos de extender la transmisión al expresado ámbito territorial, sin perjuicio de los acuerdos que puedan existir entre operadores y programadores. La

contraprestación económica no será inferior, salvo acuerdo en contrario, a la que corresponda al porcentaje de población del territorio de cobertura del operador o programador concurrente respecto a la del conjunto del territorio del Estado aplicado al coste del derecho de retransmisión. En caso de que ningún operador o programador esté interesado en adquirir estos derechos, quedará sin efecto la obligación de cubrir todo el territorio del Estado.

5. Con el fin de atender a las diferentes lenguas oficiales del Estado, todas las competiciones o acontecimientos deportivos catalogados de interés general podrán ser retransmitidos en la lengua oficial propia de la correspondiente Comunidad Autónoma. Si el titular de los derechos no desea realizarlo, deberá ceder sus derechos a favor de los demás operadores o programadores interesados, en régimen de pública concurrencia. La contraprestación económica quedará fijada siguiendo los mismos criterios establecidos en el apartado 4 de este artículo».

A juicio de los recurrentes, el transcrito artículo 4 Ley 21/1997 vulneraría la exigencia de reserva de ley (art. 53.1 CE), el principio de igualdad (art. 14 CE), la libertad de empresa (art. 38 CE) y el derecho de propiedad (art. 33 CE).

a) *Reserva de Ley.*—Según el artículo 53.1 CE «*sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades*» reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la Constitución. Según los recurrentes, este precepto habría sido infringido en el caso que nos ocupa al remitir a una norma de rango inferior la elaboración del catálogo de eventos deportivos de interés general que, conforme a la propia Ley, deberán retransmitirse en directo, en emisión abierta y para todo el territorio del Estado. El TC, tras recordar su abundante doctrina acerca de la reserva de ley, recuerda que «*La fijación de los límites de un derecho fundamental [...], no es un ámbito idóneo para la colaboración entre la Ley y las normas infralegales, pues esta posibilidad de colaboración debe quedar reducida a los casos en los que, por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales sean las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliares de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales, siempre con sujeción, claro está, a la Ley pertinente (STC 83/1984, de 24 de julio, F. 4)*» (FJ 3). No se excluyen las remisiones a reglas reglamentarias, «*pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador*» (STC 83/1984, de 23 de julio, F. 4, confirmado, por todos, en el F. 14 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre) (FJ 3). «*En esa misma línea, este Tribunal, en su STC 37/1987, de 26 de marzo, F. 3, tuvo ocasión de decir que esta reserva de Ley “prohíbe... toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada [estaba en juego la Ley andaluza de reforma agraria, aclaramos ahora] por reglamentos independientes o extra legem, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos”*» (FJ 3). EL TC acepta que la elaboración del catálogo afecta a la libertad de empresa y al derecho de propiedad, pero entiende que no tendría sentido exigir que ese catálogo, periódico, se elaborara tramitando, periódicamente, la correspondiente ley. «*Nos encontramos, por tanto, ante un complemento de la*

regulación legal que es indispensable por motivos técnicos y para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la propia Ley, ante un caso en el que, por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales son las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliares de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales, ante una remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos, y ante una remisión al reglamento que lo es, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa» (FJ 3)

b) *Igualdad ante la ley.*—Los recurrentes, con invocación del artículo 14 CE, denunciaban la supuesta discriminación de las televisiones de pago («pago por consumo»), al impedirseles competir con las televisiones de libre acceso en el terreno de la explotación audiovisual de los derechos sobre acontecimientos y competiciones deportivas. Dicho de otra forma: En aplicación de la Ley, las televisiones de pago no podrían emitir —al menos en esa modalidad— los acontecimientos deportivos de que se trata, cosa que, siempre a juicio de los recurrentes, daría lugar a la infracción denunciada. El TC, también rechaza esta alegación: «*En primer lugar, porque las finalidades perseguidas con tal medida son constitucionalmente lícitas. [...] Y en segundo lugar, porque la exclusión de los operadores que emiten mediante el sistema de pago por consumo de la emisión de dichos acontecimientos puede considerarse idónea, necesaria, proporcionada y, por lo tanto, razonable teniendo en cuenta los requisitos materiales y procedimentales contemplados en el precepto impugnado para confeccionar el catálogo de acontecimientos deportivos de interés general» (FJ 6).*

c) *Libertad de empresa.*—El TC hace un amplio resumen de su propia doctrina sobre el artículo 38 CE, citando, entre otras, su STC 127/1994, según la cual: «*La vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado» y que «la estricta libertad de empresa... sin sometimiento a intervención administrativa alguna, y especialmente cuando existen inevitables obstáculos fácticos en nuestras sociedades modernas a la misma existencia del mercado, no garantiza en grado suficiente el derecho fundamental de los ciudadanos en cuanto espectadores a recibir una información libre y pluralista a través de la televisión, dada la tendencia al monopolio de los medios informativos y el ámbito nacional de las emisiones que la Ley regula» (FJ 8). Y añade: «*En el fondo, como nos ha recordado la STC 109/2003, de 5 de junio, F. 15, de lo que se trata con estas resoluciones es de llevar al campo de la libertad de empresa el principio, reconocido siempre en nuestra doctrina, de que, no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor» (FJ 8). «*Juzgada con estos parámetros la regulación del artículo 4 de la Ley recurrida, se comprueba que las limitaciones a la libertad de contratación, derivadas de declarar como de interés general determinadas competiciones o acontecimientos deportivos, que deberán retransmitirse en todo caso en emisión abierta y para todo el territorio del Estado, constituyen un ejemplo de medidas proporcionadas, que contribuyen a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, y que resultan indispensa-***

bles para conseguir el mismo, sin que pueda considerárselas como contradictorias con el contenido del artículo 38 CE, tal y como ha sido entendido por nuestra jurisprudencia» (FJ 9).

d) *Derecho de propiedad.*—La sentencia hace un amplio resumen sobre la doctrina del TC sobre el artículo 33 CE en materia de propiedad, destacando una serie de ideas bien conocidas. Entre otras: Su doble dimensión, como institución y como derecho individual; su extraordinaria y profunda transformación en el último siglo; el desbordamiento del artículo 348 CC; la diversificación en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas con diferentes significado y alcance; la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos; la inclusión en su objeto de bienes y derechos; la aplicabilidad de las garantías del artículo 53.1 CE (reserva de ley; respeto del contenido esencial); la necesidad de que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y —desde otro punto de vista— de respetar la parte de su contenido imprescindible para proteger los intereses que le dan vida; la posible delimitación legal del contenido del derecho, sin que deba verse en ello una *expropiación*. Insistiendo en estas ideas básicas, la sentencia afirma: «*Esa misma jurisprudencia ha destacado que corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable. Incumbe, pues, al legislador, con los límites señalados, la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales, lo que no supone, claro está, una absoluta libertad en dicha delimitación que le permita «anular la utilidad meramente individual del derecho» o, lo que es lo mismo, el límite lo encontrará, a efectos de la aplicación del artículo 33.3 CE, en el contenido esencial, esto es, en no sobrepasar «las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho» [STC 170/1989, de 19 de octubre, F. 8 b)]. (FJ 10). Y añade: «*Es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente (STC 227/1988, de 29 de noviembre, F. 11)» (FJ 10). Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado, el TC concluye que el artículo 4 de la Ley 21/1997 «*realiza una operación admitida [...] que consiste en determinar el contenido del derecho de propiedad de los derechos de retransmisión de determinados acontecimientos y competiciones deportivas por su interés público, de modo que el legislador establece, como ya hemos dicho que puede hacer, una regulación distinta de la propiedad atendiendo a la naturaleza propia de los bienes y las características propias de éstos, operación que no puede considerarse contraria al artículo 33 CE» (FJ 10).***

e) *Derecho a comunicar y recibir información.*—Frente a la alegada vulneración del artículo 20.1.d) CE por parte del artículo 4 Ley 21/1997, el TC entiende que: «*El objetivo del artículo recurrido de asegurar que todos los ciudadanos tengan acceso a determinados acontecimientos deportivos que se*

consideren de interés general difícilmente puede considerarse contradictorio con el derecho a recibir información, como tampoco lo es el de que la competencia entre los operadores para llevar a cabo las emisiones sea todo lo abierta posible. Igualmente justificado puede entenderse el límite que se establece en relación con los operadores que actúan en la modalidad de pago por consumo, ya que el interés general de la competición o acontecimiento deportivo constituye fundamento suficiente para, con el fin de asegurar y potenciar la vertiente del derecho consistente en recibir libremente información, prever modulaciones de los derechos de aquéllos a comunicar información.» (FJ 11).

2. El artículo 6 de la Ley 21/1997.—El precepto dispone:

«Artículo 6.

1. Se entiende por pago por consumo, a los efectos de esta Ley, el abono de las contraprestaciones económicas fijas y variables establecidas por la recepción individualizada de determinados programas o retransmisiones.

2. Para poder realizar esta retransmisión, los operadores negociarán con los titulares de los derechos, respetando los principios de publicidad y libre concurrencia, las condiciones de la oferta y el abono de una contraprestación económica, que se fijarán teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- a) La estabilidad económica de los clubes y sociedades anónimas deportivas.
- b) La viabilidad de la competición.
- c) El interés de los usuarios.
- d) Las condiciones de la retransmisión y la franja horaria de la emisión.
- e) La importancia del acontecimiento, competición o espectáculo deportivo.»

En este caso también se denunciaba la violación de los artículos 38 (libertad de empresa), 33 (propiedad privada) y 20.1.d) CE (libertad de información). En palabras del TC: «*Para los recurrentes dicho artículo impone una prohibición general de exclusividad en la explotación audiovisual de acontecimientos y competiciones deportivas, aunque no hayan sido catalogados de interés general, para las televisiones que operan bajo la fórmula de pago por consumo. No se respeta la libertad de empresa porque no hay libertad para fijar individualizadamente las condiciones de la oferta y la demanda. Tampoco el derecho de propiedad porque se limita sin fundamento constitucional la posibilidad de los titulares de los derechos de obtener la máxima rentabilidad de los mismos. Lo mismo sucede con la libertad de transmitir información por cualquier medio de comunicación, puesto que el legislador suprime el derecho a la diferencia, al equiparar normativamente a todos los operadores e imponer la explotación compartida de los derechos de retransmisión audiovisual de acontecimientos deportivos» (FJ 12).*

a) *Libertad de empresa.*—El TC rechaza su violación, con el siguiente razonamiento: «*Hay que considerar que las limitaciones [...] impuestas a la libertad de contratación [...], no constituyen una restricción desproporcionada de la misma, puesto que el respeto a los “principios de publicidad y libre concurrencia” en la negociación con los titulares de los derechos, y el que en la fijación de las condiciones de la oferta y el abono de una contraprestación*

económica deban tenerse en cuenta los criterios de estabilidad económica de los clubes y sociedades anónimas deportivas, la viabilidad económica de la competición, el interés de los usuarios, las condiciones de la retransmisión y la franja horaria de la emisión y, por fin, la importancia del acontecimiento, competición o espectáculo deportivo, no aparecen como unas normas de regulación del mercado de las que pueda decirse que, dada su agresiva incidencia en el mismo, lesionen la libertad de empresa» (FJ 13).

b) *Derecho de propiedad.*—De nuevo el TC desestimada la alegada violación: «Los contenidos del artículo 6 de la Ley recurrida, en tanto en cuanto imponen unas determinadas exigencias para el desarrollo de las negociaciones de la cesión de derechos de retransmisión a los operadores que actúen por el sistema de pago por consumo, pueden considerarse como unas limitaciones de la propiedad de los titulares de dichos derechos. Dichas limitaciones, sin embargo, entran indudablemente dentro de las facultades del legislador que, para reforzar la presencia de los intereses sociales en el uso de las facultades dominicales de los propietarios de los derechos, tiene la facultad de imponer a éstos unas pautas de actuación que no afectan al contenido esencial de los mismos, por más que, evidentemente, ajustarse a aquéllas pueda variar significativamente el rendimiento económico de la propiedad de la que se es titular» (FJ 14).

c) *Libertad de información.*—Tampoco prospera esta denuncia: «El examen del contenido del artículo 6 de la Ley recurrida revela que no se produce por la aplicación de las medidas allí contenidas vulneración alguna del artículo 20.1 d) CE. Desde la perspectiva de los que transmiten información, el que las negociaciones sobre los derechos de retransmisión deban desarrollarse de acuerdo con determinadas pautas no supone una injerencia que desfigure la libertad constitucionalmente reconocida hasta el punto en que pudiera decirse que la vulnera, sobre todo si se tiene en cuenta que las mismas se derivan de objetivos legítimos que pretende alcanzar el legislador democrático y que entran dentro del marco constitucional. [...] Tampoco desde el punto de vista de los que reciben información cabe apreciar vulneraciones de su derecho reconocido en el artículo 20.1 d) CE. El que las negociaciones de los derechos de retransmisión, en el caso de los operadores que utilizan el sistema de pago por consumo, deban realizarse respetando los criterios formulados por el artículo recurrido no puede decirse que afecte hasta vulnerarlo al derecho a recibir libremente información veraz, y más parece que mediante los mismos —entre los que se encuentra, por cierto, el “interés de los usuarios” [art. 6.2. c)]— puede asegurarse con mayor facilidad el citado derecho. El fomento de la libre competencia entre los operadores redundaría así en beneficio de los que reciben la información, por lo que la lesión alegada por los recurrentes tampoco se produce desde esta vertiente de la libertad que entienden vulnerada» (FJ 15).

3. Disposición Transitoria Única.—Su texto es como sigue:

«Las modificaciones contractuales que pudieran derivarse de la aplicación de los artículos 4, 5 y 6 de esta Ley, en relación con derechos de emisión y retransmisión previamente negociados, precisarán de acuerdo entre las partes implicadas, sin que en ningún caso pueda el Estado asumir, directa o indirectamente, la compensación de perjuicios económicos.

Si transcurrido un año desde la entrada en vigor de la presente Ley no se alcanzaran acuerdos según lo previsto en esta disposición

transitoria, el Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas en el plazo de seis meses elevará informe preceptivo al Gobierno y a la Comisión de Educación y Cultura del Congreso de los Diputados, sobre la adecuación de la situación a la nueva legislación y efectuará, de oficio, las oportunas recomendaciones a los respectivos titulares de los derechos».

El TC sintetiza así los motivos de la impugnación: «*Por un lado, se alega que se infringe el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, reconocido en el artículo 9.3 CE. Por otro, se combate la función general de policía atribuida al Consejo para las emisiones y retransmisiones deportivas que es considerada incompatible con la decisión del constituyente español de 1978 de constitucionalizar los derechos como derechos fundamentales. Finalmente, aducen los recurrentes que es inconstitucional la prohibición absoluta de compensación por parte del Estado de los perjuicios económicos que la aplicación de la Ley pueda producir, dado que choca frontalmente no sólo con el artículo 33 CE sino también con el artículo 106.2 CE*» (FJ 16).

a) *El principio de irretroactividad del artículo 9.3 CE.*—El TC resume, en primer lugar, su doctrina en materia de retroactividad de la ley: «*Conviene recordar que hemos dicho que la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento contrarias al artículo 9.2 CE (por todas, SSTC 6/1983, de 4 de febrero, F. 3, y 126/1987, de 16 de julio, F. 11) y que dicha regla de irretroactividad no supone la imposibilidad de dotar de efectos retroactivos a las Leyes que colisionen con derechos subjetivos de cualquier tipo, sino que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona (por todas, STC 42/1986, de 10 de abril, F. 3). Por otra parte, lo que se prohíbe es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la retroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna vulneración, hayan de recibir (por todas, SSTC 42/1986, de 10 de abril, F. 3, y 97/1990, de 24 de mayo, F. 4). El precepto constitucional, de este modo, no permitiría vigencias retroactivas que produzcan resultados restrictivos o limitaciones de los derechos que se habían obtenido en base a una legislación anterior (STC 97/1990, de 24 de mayo, F. 5), aunque, sin embargo, la eficacia y protección del derecho individual —nazca de una relación pública o de una privada— dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, F. 6 b), o 178/1989, de 2 de noviembre, F. 9], de lo que se deduce que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 CE, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y afecta a «situaciones agotadas [por todas, STC 99/1987, de 11 de junio, F. 6 b)]» (FJ 17). A ello añade, con invocación de las STC 126/1987 y 182/1997, la necesaria «distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anular efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley, y ya*

consumadas, que hemos denominado de retroactividad auténtica, y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, que hemos llamado de retroactividad impropia» (FJ 17). Aplicando su doctrina al caso, el TC rechaza la vulneración del principio de constitucional irretróactividad: «Es patente que la disposición transitoria única de la Ley recurrida se aplica a los casos en los que existe un contrato en relación con derechos de emisión y retransmisión, contrato que, como dicen los recurrentes, se ha perfeccionado por el mero consentimiento (art. 1258 del Código Civil), pero que también es evidente que no se ha llegado a consumir, ejecutar o cumplir plenamente, dado que no se ha realizado el fin perseguido por aquél, que es la emisión del acontecimiento deportivo, de modo que no se ha cerrado lo que la doctrina ha denominado ciclo comercial o contractual. En estas condiciones bien puede decirse que nos hallamos ante relaciones jurídicas no concluidas, cuya resistencia a la retroactividad de la Ley ya sabemos que es menor que en los supuestos de retroactividad auténtica, debiendo reconocérsele al legislador un amplio margen de libertad en la constatación de la concurrencia de circunstancias concretas y razones que aconsejan la modificación del ordenamiento jurídico, y en la ponderación de las exigencias de la seguridad jurídica. [...] De la lectura de la disposición transitoria recurrida se deduce que estos requisitos de nuestra jurisprudencia han sido cumplidos en este caso, pues se diseña todo un mecanismo para conseguir la realización de las correspondientes modificaciones contractuales en el que, por otro lado, se es respetuoso con la voluntad de las partes. En el resto de la Ley –fundamentalmente en su exposición de motivos– se dan razones que pudieran ser discutibles en el debate político, pero que, desde el punto de vista del constitucional, aparecen como suficientes para justificar la retroactividad impropia ante la que nos encontramos» (FJ 17).

b) *Funciones de policía del Consejo y derechos fundamentales.*—Los recurrentes alegaban, genéricamente, que las funciones de policía atribuidas al Consejo por la DT única (informar al Gobierno y a la Comisión de Educación y Cultura del Congreso y efectuar, de oficio, recomendaciones a los titulares de derechos) «son contradictorias con el sistema de derechos fundamentales previsto en la Constitución española». El TC desestima la alegación por la notoria vaguedad con que se formula. No obstante advierte: «Otro tema es el alcance que pudieran tener esas posibles recomendaciones que, obviamente, caso de adoptarse, estarían sometidas a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (FJ 19).

3. Exclusión de la compensación de perjuicios por parte del Estado.—Los recurrentes entendían que tal exclusión iba contra los artículos 33 y 106.2 CE.

a) *Derecho de propiedad.*—Según el TC, las normas de que se trata son sólo «medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración ex novo modificativa de la situación normativa anterior» (FJ 20). Con cita de la STC 227/1988, añade: «Dichas medidas legales, aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria» (FJ 20). La función social de la propiedad «opera no sólo en abstracto [...] para

establecer el contenido de la institución constitucionalmente garantizada, sino también en concreto, en relación con las distintas clases de bienes sobre los que el dominio recae. El legislador puede establecer, en consecuencia, regulaciones distintas de la propiedad en razón de la naturaleza propia de los bienes y en atención a características generales de éstos (por todas, STC 149/1991)» (FJ 20). «De acuerdo con estos parámetros, no hay duda, pues, de que la capacidad del legislador de modificar el régimen jurídico de los derechos de retransmisión y emisión de ciertos acontecimientos deportivos no resulta lesiva del derecho de propiedad de los propietarios de los mismos» (FJ 20). Cuestión distinta es el efecto concreto que pueda causar la modificación. A juicio del TC el supuesto analizado no es un caso de lo que se ha dado en llamar «expropiación legislativa». La DT única «invita a llegar a acuerdos en las modificaciones contractuales necesarias para la adaptación a la Ley y, sólo en el caso de que no se alcanzaran los mismos, el Consejo para las emisiones y retransmisiones deportivas elevará informe preceptivo al Gobierno y a la Comisión de Educación y Cultura del Congreso de los Diputados, efectuando de oficio recomendaciones a los titulares de los derechos. En toda esta actividad no aparece el ejercicio de una potestad expropiatoria de la Administración pues, aun en el caso de que no se haya llegado a acuerdos, lo más que formula el Consejo tantas veces citado son recomendaciones» (FJ 20). Si hubiera expropiación, ésta quedaría sujeta a las garantías del artículo 33 CE. No corresponde al TC decidir acerca de este punto: «No es posible para este Tribunal, y menos aún en un juicio abstracto de constitucionalidad, determinar si la Ley cuestionada implicó o no la expropiación de derechos patrimoniales consolidados, tarea que, en su caso, compete a los Tribunales ordinarios. Lo que sí corresponde al Tribunal es determinar la interpretación constitucional que corresponde hacer de la disposición cuestionada. Y dicha disposición sólo puede resultar acorde con el artículo 33 CE en la medida en que su aplicación no haya supuesto la expropiación de derechos patrimoniales consolidados, que sólo es posible siguiendo las garantías clásicas del instituto expropiatorio» (FJ 20). Por supuesto, si hubiera expropiación, «no sería constitucional excluir tajantemente la compensación de perjuicios económicos» (FJ 20).

b) *Daños consecuencia del funcionamiento de servicios públicos.*— Conforme al artículo 106.2 CE: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor; siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos». A juicio de los recurrentes, la exclusión de compensaciones económicas a cargo del Estado, prevista en la DT única de la Ley 21/1997, infringiría esta previsión. Sin embargo, señala el TC, ésta no se aplica a la actividad legislativa, de acuerdo con reiterada jurisprudencia: «Parece, por tanto, que las Cortes Generales pueden acordar, en todo caso, la exclusión de la responsabilidad del legislador en la compensación de los perjuicios causados por la aplicación de la Ley 21/1997, como hace en la disposición transitoria única sometida a nuestro examen, sin que a ello se oponga la regla prevista en el artículo 106.2 CE, porque este precepto no se refiere en ningún caso a las normas con rango de Ley, sin que quepa deducir del mismo la inconstitucionalidad de unas actividades que no pueden considerarse comprendidas en la categoría de «funcionamiento de los servicios públicos (último inciso del citado artículo), categoría que se refiere, examinado el contexto en el que se formula, a los servicios administrativos, quedando excluido, con toda eviden-

cia, el Parlamento mientras ejerza la potestad legislativa» (FJ 21). La norma discutida no puede entenderse en otro sentido y, por tanto, no excluiría la eventual responsabilidad de la Administración. La DT única de la Ley 21/1997 «*excluye solamente la indemnización a cargo del Estado de las pérdidas resultantes de la adecuación de las relaciones contractuales al nuevo marco normativo establecido por la Ley 21/1997, sin incorporar una cláusula general de exención de responsabilidad por las actuaciones que puedan realizar las Administraciones públicas al amparo de la referida Ley. Por todo ello, cabe concluir que este inciso del párrafo primero de la disposición transitoria única no puede excluir de manera absoluta la existencia de posibles responsabilidades de la Administración en el ejercicio de sus funciones, en el bien entendido que ninguna de este tipo podría derivarse de unas recomendaciones para la renegociación de contratos que pueda formular el Consejo tantas veces citado*» (FJ 21). A este último punto se refiere el voto particular discrepante. A juicio de su autora: «*Es claro [...] que la mayoría no descarta la inconstitucionalidad de alguna de las interpretaciones que la norma admite (por otro lado, quizás las más patentes). Siendo ello así, el fallo acordado debiera hacer justicia a ese planteamiento y, en consecuencia, dar expresión formal del juicio alcanzado: esto es, afirmar expresamente que la disposición examinada sólo es conforme con la Constitución si se excluyen las interpretaciones referidas en los citados fundamentos jurídicos*» (voto particular).

STC 117/2006, de 24 de abril

RA: Desestimado

Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez

Conceptos: Daños. Accidente de tráfico. Matrimonio nulo y cónyuge de buena fe. Baremos indemnizatorios. Seguro. Igualdad en la aplicación de la ley. Derecho a la tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Artículos 14 y 24.1 CE, y Ley 30/1995, de ordenación y supervisión de seguros privados.

El caso gira en torno al problema de cómo debe indemnizarse al hijo menor de la mujer fallecida en accidente de tráfico cuando existe un segundo esposo. Los hechos son los siguientes: la mujer, víctima mortal de un accidente de tráfico (diciembre de 2000), había contraído un primer matrimonio y fruto de esa unión había nacido un hijo. Los cónyuges se separaron judicialmente en 1992. Sin previa disolución del vínculo matrimonial, la víctima contrajo un segundo matrimonio en 1999, que fue declarado nulo a instancia del Ministerio Fiscal, mediante sentencia de junio de 2001, cuyo fallo reputó al cónyuge de buena fe.

La sentencia del Juzgado de Instrucción, de julio de 2001, donde se tramitó el juicio de faltas por imprudencia leve con resultado de muerte, además de imponer la correspondiente sanción penal al causante del accidente, condenó en concepto de responsabilidad civil a la entidad aseguradora al pago de las siguientes cantidades: al segundo esposo de la fallecida, 12.816.204 pesetas (77.026 euros); al único hijo, 14.952.238 pesetas (89.864 euros), y a cada uno de los progenitores de la fallecida, poco más de 1 millón de pesetas (6.000 euros) a cada uno. La compañía de seguros interpuso recurso de apelación, entre otros motivos, por aplicación errónea del baremo establecido en la Ley 30/1995, sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de ve-

hículos a motor, al haberse aplicado simultáneamente el Grupo I (Víctima con cónyuge no separado legalmente) y II (Víctima sin cónyuge y con hijos menores) de la Tabla I (Indemnizaciones básicas por muerte) del Anexo. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso, al exclusivo fin de fijar la indemnización del menor en 5.340.085 pesetas (31.853 euros). La sentencia recuerda que el baremo contiene un censo de perjudicados, caracterizado por la taxatividad y por el carácter absolutamente excluyente de cada uno de los grupos que contempla en relación con los ulteriores. Por tanto, lo primero que se ha de establecer es la existencia o no de un cónyuge con derecho a ser incluido como tal en el Grupo I, ya que, en caso afirmativo, no procede la aplicación del Grupo II. Y el segundo esposo encaja en la categoría de cónyuge no separado legalmente, pues si bien es cierto que el matrimonio ha sido declarado nulo, la sentencia que así lo declara afirma que se trata de un cónyuge de buena fe, y como dispone el artículo 79 CC, *«la declaración de nulidad no invalidará los efectos ya producidos respectos del contrayente de buena fe»*. Luego a los efectos que aquí interesan, respetando la situación formalmente matrimonial, el segundo esposo mantiene la condición de cónyuge sobreviviente.

El primer esposo, en calidad de representante legal del hijo menor de edad, interpone recurso de amparo contra la SAP por vulneración de los artículos 14 y 24 CE, al que se suma el Ministerio Fiscal, por vulneración del artículo 24 CE. El TC analiza así los argumentos:

1. El principio de igualdad y la «discriminación por indiferenciación».—El recurrente alega que se ha producido una lesión del artículo 14 CE al tratar de forma igual un supuesto que es desigual. Si se ha acreditado que el hijo menor es el mayor perjudicado (así lo reconoce la SAP), dada su situación personal y económica, ha sido objeto de discriminación positiva al considerarle en la indemnización concedida como si no lo fuera, concediéndose mayor indemnización a quien no es el principal afectado. El argumento central del recurrente es que la aplicación automática del baremo impide la individualización del daño; al no atender a las circunstancias concretas del caso, no se permite diferenciar donde debería hacerse.

El TC reitera su doctrina sobre el artículo 14 CE al señalar que *«la igualdad constitucionalizada en el artículo 14 CE es la que impone que ante situaciones no disímiles la norma debe ser idéntica para todos, [...] lo que este precepto constitucional impide es la distinción infundada o la discriminación»* (SSTC 75/1983, de 3 de agosto, y 88/2001, de 2 de abril, por todas). Sin embargo, resulta ajena al núcleo de protección del artículo 14 la denominada *«discriminación por indiferenciación»*, pues *«el principio de igualdad no consagra un derecho a la desigualdad de trato»* (STC 114/1995 de 6 de julio), *ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe «ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual»* (SSTC 16/1994, de 20 de enero; 181/2000, de 29 de junio; 88/2001, de 2 de abril; 257/2005, de 24 de octubre, por todas)» (FJ 2). En este sentido, el baremo introducido por la Ley 30/1995 es acorde al principio de igualdad porque, como ya se mantuvo en la STC 181/2000, de 29 de junio *«con independencia del grado de acierto de esa decisión del legislador, 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 11).

2. Derecho a la tutela judicial efectiva.—El TC reitera la que viene siendo doctrina consolidada, según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva no

consiste en el derecho a obtener una decisión favorable, sino que *«tan sólo garantiza el derecho a obtener [...] una resolución de fondo, que se pronuncie, y lo haga de manera razonable, motivada y fundada en derecho, sobre las pretensiones de las partes, con independencia de que ésta sea favorable o desfavorable a los intereses de la parte recurrente (SSTC 114/1990, de 21 de junio, y 196/2005, de 18 de julio). La exigencia de que las resoluciones judiciales estén fundadas en Derecho conlleva, por su parte, la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonable desde un punto de vista lógico y no esté incurso en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (STC 167/2004, de 4 de octubre)»* (FJ 3).

a) *El error patente.*—El recurrente alega que se ha producido vulneración del artículo 24 CE por incurrir la sentencia *«en un error material patente»* que, sin embargo, el TC descarta porque, en realidad, lo que hace es discrepar, desde una perspectiva estrictamente jurídica, con respecto a las operaciones de interpretación y aplicación de el supuesto de hecho enjuiciado, de la normativa integrante del sistema de baremo. Para que exista un error constitucionalmente relevante es preciso que concurren varios requisitos: *«a) en primer lugar, se requiere que el error sea determinante de la decisión adoptada; esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (ratio decidendi), de modo que, comprobada su existencia, la fundamentación jurídica de la resolución judicial pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido su sentido de no haberse incurrido en el error; b) es necesario, en segundo lugar, que sea atribuible al órgano judicial; es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte [...]; c) en tercer lugar, ha de ser de carácter eminentemente fáctico, además de patente; es decir, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales por conducir a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia; y d) ha de producir, por último, efectos negativos en la esfera del ciudadano, de modo que las meras inexactitudes que no produzcan efectos para las partes carecen de relevancia constitucional (por todas, SSTC 96/2000, de 10 de abril; 55/2001, de 26 de febrero; 36/2002, de 11 de febrero; 59/2003, de 24 de marzo; y 37/2006, de 13 de febrero, y todas las allí citadas)»* (FJ 4).

b) *La irracionalidad lógica manifiesta.*—Esta queja de la parte recurrente, apoyada por el Ministerio Fiscal, constituye el núcleo central del recurso de amparo y es consecuencia de que la SAP, a pesar de manifestar que el principal afectado por el fallecimiento de la mujer es su hijo menor, reconoce al cónyuge putativo de la víctima una indemnización muy superior a la otorgada al citado hijo. El Ministerio Fiscal considera *«obvio que no recibe la misma indemnización por la muerte de su madre un hijo cuyo padre recibe una cuantiosa indemnización que se suma a la mucho más pequeña que él percibe, que el hijo cuyo padre no percibe indemnización alguna por la muerte de su madre y él recibe la misma pequeña suma que en el caso precedente, porque es claro que en este último caso su núcleo familiar y su patrimonio sufre un defecto indemnizatorio importante, respecto al otro supuesto, y al negar la Sentencia cuestionada tal realidad patente, y afirmar que la indemnización del hijo es idéntica en ambos casos incurre en arbitrariedad»*.

El TC, sin embargo, rechaza este razonamiento. El baremo, según doctrina constitucional, *«tiene carácter vinculante para los órganos judiciales»* (SSTC 222/2004, de 29 de noviembre; 231/2005, de 26 de septiembre, y 5/2006, de 16 de enero), y aplicarlo tal como lo hace la SAP no es irracional

ni arbitrario. Sólo lo sería si la argumentación fuese «*expresión de un proceso deductivo irracional o absurdo que, «a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental» parta de premisas inexistentes o manifiestamente equivocadas o presente «queiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no puedan considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas» en la fundamentación de la resolución judicial (STC 151/2001, de 2 de julio; 164/2002, de 17 de septiembre, y 277/2005, de 7 de noviembre)» (FJ 6). Es cierto que la SAP dice que la sentencia apelada es muy loable por la intención de amparar con una indemnización más importante al hijo menor, principal afectado por la muerte de su madre, pero el baremo no lo permite. En todo caso, la STC considera que esta afirmación constituye un mero *obiter dictum*. La sentencia recurrida en amparo es, por tanto, una resolución judicial motivada, congruente y fundada en Derecho, «con independencia de su mayor o menor grado de acierto desde una perspectiva jurídica –sobre lo que no procede ningún tipo de pronunciamiento de este Tribunal (SSTC 42/2003, de 3 de marzo; o 191/2005, de 18 de julio– y de que, eventualmente, fuesen posibles otras interpretaciones de la legalidad ordinaria distintas a la efectuada por el órgano juzgador» (FJ 7).*

STC 118/2006, de 24 de abril

RA: Estimación.

Ponente: Pérez Vera.

Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a un proceso con todas las garantías. Principio de legalidad y seguridad jurídica. Acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial. Negativa a someterse a pruebas biológicas. Irrazonabilidad y error patente.

Preceptos de referencia: artículos 9.3, 24.1, 24.2, 39 CE.

El TC anula la sentencia del TS objeto del amparo, declarando la paternidad del recurrente por entender que vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva al no estar debidamente motivada dicha decisión. La resolución impugnada no exterioriza el razonamiento en el que se asienta el proceso lógico que conduce al TS a afirmar la existencia de relaciones sexuales al tiempo de la concepción que, valoradas junto a la injustificada negativa del recurrente a someterse a las pruebas biológicas, impulsan la declaración de su paternidad.

STC 133/2006, de 27 de abril

RI: Estimación parcial.

Ponente: Pérez Vera. Voto particular de Conde Martín de Hijas, al que se adhiere Rodríguez-Zapata Pérez.

Conceptos: Derecho fundamental de asociación. Ley Orgánica que lo regula. Orden constitucional y estatutario de distribución de competencias en materia de asociaciones. Condiciones básicas garantizadoras de la igualdad en el ejercicio del derecho fundamental de asociación.

Preceptos de referencia: artículos 22, 81.1, 49.1.1.ª, 149.1.14.ª CE; artículo 9.24 EAC 1979; artículos 7.1, 8.2, 8.3, 11.2, 28, 30.1, 36 y DT 1.ª LODA.

La sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra diversos artículos de la Ley Orgánica 1/2002, de

22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (LODA), al considerar, por un lado, que la calificación por parte de ésta de los preceptos que deben reputarse como condiciones básicas garantizadoras de la igualdad en el ejercicio del derecho fundamental de asociación (*ex art. 149.1.1ª CE*) es excesiva; y, por otro, que es abusiva la utilización del título competencial sobre la hacienda general y deuda del Estado (*ex art. 149.1.14ª CE*) para establecer un régimen uniforme de las asociaciones de utilidad pública, invadiendo la competencia exclusiva asumida por la Generalidad en el artículo 9.24 del anterior Estatuto de Autonomía (EAC) de 1979.

1. Delimitación del orden constitucional y estatutario de distribución de competencias en materia de asociaciones.—De forma preliminar, el TC delimita el marco competencial del presente recurso de inconstitucionalidad, delineado por su propia doctrina, especialmente la contenida en la STC 173/1998, de 23 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento Vasco 3/1988, de 12 de febrero, de asociaciones.

a) *Alcance de la competencia autonómica en materia de asociaciones.*—El TC parte de la ausencia de un título específico relativo a las asociaciones en los artículos 148 y 149 CE, lo que determina, en función de que los textos estatutarios hayan asumido un título competencial expreso sobre la materia, la distinción entre aquellas Comunidades Autónomas que ostentan competencia exclusiva sobre determinadas asociaciones (Cataluña, País Vasco, Andalucía, Comunidad Valenciana, Islas Canarias y Comunidad Foral de Navarra) y las que sólo ostentan competencia ejecutiva de la legislación estatal (restantes). No obstante ello, la titularidad de la competencia exclusiva de aquéllas está condicionada, según la doctrina del TC, por la normativa de carácter orgánico desarrollo del artículo 22 CE, así como por los títulos competenciales del artículo 149.1 CE que tienen incidencia sobre las asociaciones. En concreto, el TC recuerda —sobre la base de la competencia similar reconocida en el Estatuto del País Vasco y su interpretación por la citada STC 173/1998— que el título competencial autonómico no ampara una regulación de todas las asociaciones que resulten del ejercicio del derecho de asociación, sino de aquellas «*caracterizadas por atender a unos fines y desarrollar unas actividades específicas*» (FJ 2). Del mismo modo, se insiste en que el contenido material de esta competencia no se limita a la regulación de los aspectos administrativos del régimen jurídico de las asociaciones, sino también alcanza su vertiente externa, esto es, la relativa a su participación en el tráfico jurídico.

b) *Doctrina constitucional sobre la reserva de ley orgánica para el desarrollo de derechos fundamentales y sus relaciones con el sistema de distribución de competencias y el derecho de asociación.*—De conformidad con la doctrina del TC, la reserva de ley orgánica para el desarrollo de derechos fundamentales del artículo 81.1 CE se limita, para el derecho fundamental aquí en juego, a la regulación de «*los aspectos esenciales de la definición del derecho de asociación*», esto es, «*la delimitación de los aspectos esenciales del contenido del derecho en lo tocante a la titularidad, a las facultades elementales que lo integran en sus varias vertientes [...], al alcance del mismo en las relaciones “inter privados”, a las garantías fundamentales necesarias para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos*» y la «*precisión de los límites que, en atención a otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos y respetando siempre el contenido esencial, puedan establecerse para determinar las asociaciones constitucionalmente*

proscritas [...], así como los límites en relación al derecho de asociarse de determinados grupos de personas [...] o en relación a la libertad de no asociarse» (FJ 2).

c) *Doctrina constitucional sobre las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos fundamentales y su relación con la distribución competencial en materia de asociaciones.*—La presente decisión recuerda la doctrina de la STC 173/1998, por la cual, con independencia de que el Estado haya aprobado o no normas con carácter de condición básica del ejercicio del derecho fundamental de asociación, existen cuatro facetas o dimensiones en las que éste se manifiesta y que identifican los contenidos constitucionalmente reservados a la ley orgánica *ex* artículo 81.1 CE: libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas; y garantía de un haz de facultades de los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretendan incorporarse. Todo ello —añade el TC— deberá interpretarse de conformidad con el elemento teleológico de la competencia estatal consistente en el aseguramiento de la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes constitucionales.

2. Análisis de los preceptos impugnados.—De la mano de la doctrina constitucional reseñada, el TC analiza la constitucionalidad de los preceptos impugnados.

a) *Determinación del contenido necesario de los estatutos asociativos.*—En cuanto la impugnación por parte del Parlamento de Cataluña de los contenidos necesarios de los estatutos comprendidos en las letras *h*) a *j*) artículo 7.1 LODA, el TC entiende, en primer lugar, que la consideración de la composición de los órganos de gobierno y representación de la asociación, de las reglas y procedimiento para su elección y sustitución, de la duración de los cargos y causas de cese, así como la definición de las atribuciones de los órganos de gobierno y representación, la forma de deliberar, adoptar y ejecutar sus acuerdos y los requisitos para la constitución de esos órganos como presupuesto de validez de dichos acuerdos no merece reproche de inconstitucionalidad; pues, «*aseguran un adecuado conocimiento de las reglas que permiten la participación de los asociados en la gestión y control de los órganos de gobierno y representación, al tiempo que sirven a la seguridad del tráfico jurídico de las asociaciones*» (FJ 5). Tampoco merece dicho reproche la obligada inclusión *ex* artículo 7.1 *j*) LODA del patrimonio inicial, pues ello sólo implica la carga formal de que la existencia o inexistencia del mismo, y en su caso, la cuantía a la que asciende, se refleje en los estatutos de la asociación. En cambio, el TC sí estima la impugnación del Parlamento catalán relativa a la inclusión en los estatutos del «*régimen de administración, contabilidad y documentación, así como la fecha de cierre del ejercicio asociativo*» [art. 7.1 *i*) LODA], pues se trata de una previsión de «*marcado carácter formal*», y «*que sólo indirectamente guarda alguna relación con los cuatro aspectos del derecho fundamental de asociación*» (FJ 5).

b) *Denominación de las asociaciones.*—El TC desestima la impugnación del Parlamento de Cataluña relativa a las prohibiciones contenidas en los

apartados 2 y 3 del artículo 8 LODA, según las cuales no serán admisibles denominaciones contrarias a las leyes o que impliquen vulneración de derechos fundamentales, ni aquellas homónimas o sustancialmente idénticas a otras asociaciones ya inscritas. Para el TC, «dichas limitaciones guardan una relación directa e inmediata con las restantes facetas del derecho fundamental de asociación [...], por lo que procede confirmar la calificación de condiciones básicas que les ha atribuido el legislador estatal» (FJ 7).

c) *Definición del marco normativo de los estatutos asociativos.*—Para el TC, el inciso final del artículo 11.2 LODA (por el que el legislador estatal se remite a la normativa reglamentaria, sin mención de la prevalencia de la posible normativa autonómica, a la hora de determinar el régimen jurídico aplicable a los estatutos asociativos) no puede merecer la calificación de condición básica que la LODA le atribuye, «pues la igualdad a la que el artículo 149.1.1ª CE se dirige no puede garantizarse con ignorancia del sistema de fuentes que rige un concreto sector del Ordenamiento» (FJ 9).

d) *Exigencias registrales.*—En relación a la impugnación de las exigencias relativas al registro de las asociaciones contenidas en el artículo 28 LODA, el TC considera que tales requisitos no merecen reproche de inconstitucionalidad. En primer lugar porque se refieren únicamente a las asociaciones a las que resulte de aplicación la LODA y, en segundo, porque las previsiones contenidas en el precepto impugnado presentan carácter de condición básica del ejercicio del derecho de asociación, ya que sólo pretenden «asegurar una adecuada protección a los terceros que entren en relación con la asociación en el curso del tráfico jurídico», así como facilitar la participación de los asociados sobre aspectos relevantes del funcionamiento de la asociación (FJ 12).

e) *Fijación de un plazo para la inscripción de las asociaciones en el registro.*—No puede considerarse inconstitucional la fijación, en el artículo 30.1 LODA, de un plazo de inscripción de las asociaciones desde la recepción de la solicitud en el órgano competente. Dicho precepto admite, según el TC, una interpretación conforme a la CE, por la cual dicho plazo sólo vincula a las Comunidades Autónomas en cuanto constituye el umbral máximo de duración del procedimiento, sin perjuicio de que éstas puedan, si son competentes *ratione materiae*, reducir dicho plazo.

f) *Régimen uniforme para las asociaciones de utilidad pública.*—El TC declara, finalmente, la constitucionalidad de la previsión contenida en el artículo 36 LODA, del cual se desprende una dualidad de regímenes de declaración de utilidad pública, en función de que la Comunidad Autónoma ostente o no competencias sobre la asociación solicitante de dicho beneficio. Para el TC, la competencia sobre la posibilidad de conceder beneficios fiscales u otros beneficios económicos, como los que se derivan de la declaración de utilidad pública de una asociación, corresponde al Estado (*ex art. 149.1.14.ª CE*, entre otros). Además, el ejercicio de esta competencia del Estado no impide —como se desprende del precepto impugnado— que las Comunidades Autónomas otorguen otros beneficios a las asociaciones de su ámbito competencial.

Por todo ello, el TC declara la inconstitucionalidad de la DF 1.2º en cuanto hace referencia a los artículos 7.1 i) y 11.2 en el inciso mencionado, así como la constitucionalidad de los artículos 28.1 f) y 28.2 c) y 30.1 en la interpretación aclarada en la presente Sentencia.

STC 134/2006, de 27 de abril**Conflicto positivo de competencia: Estimación parcial.****Ponente: Aragón Reyes.****Conceptos: Asociaciones de utilidad pública. Alcance y efectos vinculantes de la intervención de los órganos autonómicos en el procedimiento de declaración de utilidad pública. Competencia sobre determinación de los requisitos formales y el procedimiento de rendición de cuentas de las asociaciones de utilidad pública.****Preceptos de referencia: artículos 22 y 149.1.14 CE; artículo 9.24 EAC 1979; artículos 34.1 y 35.1 LODA; artículos 3.5, 3.6, 5.2, 5.3 y 6.6 RD 1740/2003.**

La sentencia resuelve el conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña contra diversos artículos del Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre, sobre procedimientos relativos a asociaciones de utilidad pública, al entender que determinadas normas relativas a los procedimientos de declaración de utilidad pública de asociaciones y de rendición de cuentas de éstas invaden la competencia exclusiva de la Generalidad contenida en el artículo 9.24 del antiguo Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) de 1979.

1. Alcance y eficacia vinculante del informe-propuesta del órgano autonómico instructor.—Se discute, en primer lugar, la posible invasión competencial de la regulación contenida en los apartados 5 y 6 del artículo 3 RD 1740/2003, por la cual se establece el valor del informe-propuesta que el órgano autonómico instructor debe remitir a la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, con el fin de que ésta emita una propuesta de resolución de los procedimientos de declaración de utilidad pública de asociaciones. El Pleno del TC discrepa de la interpretación sostenida por el Abogado de la Generalidad de Cataluña, según la cual aquella regulación atribuye un alcance al informe-propuesta restringido a los aspectos puramente adjetivos o procedimentales y cuya eficacia se reduciría a la propuesta de resolución de la Secretaría General Técnica, pero no a la resolución definitiva del Ministro del Interior. Así, para el TC, la configuración del contenido del informe según los apartados 1 y 4 del artículo 3 RD 1740/2003, interpretado de conformidad con el artículo 32 LODA, permite concluir que dicho informe «*versa sobre aspectos sustantivos capitales para la concesión o denegación de la declaración de utilidad pública*» (FJ 4), pues, cualquiera que sea la Administración competente para la tramitación, instrucción del expediente y emisión del informe, éste deberá contener una valoración de la existencia en la asociación solicitante de una vocación de servicio a los intereses generales en beneficio de terceros no asociados. Del mismo modo, el TC no considera que, sobre la base del artículo 3.6 *in fine* RD 1740/2003, el Ministro del Interior pueda, a la hora de declarar o denegar la utilidad pública de una asociación, desconocer el informe emitido por el órgano (autonómico) competente: (a) Si el Ministro del Interior acordara tal concesión desconociendo el informe autonómico desfavorable, estaría contraviniendo el artículo 35.1 LODA, «*que impide, interpretado “contrario sensu”, la declaración de asociaciones de utilidad pública contra el parecer desfavorable de las Administraciones competentes en razón de los fines estatutarios y actividades de la asociación*» (FJ 4); (b) Si el Ministro denegara la concesión de utilidad pública a pesar de los informes favorables, estaríamos ante un uso arbitrario de la norma, opuesto a la LODA. Ello impide una declaración de inconstitucional-

lidad, pues es doctrina del TC que «*la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de éstas*» (FJ 4).

2. Requisitos formales de la rendición de cuentas de las asociaciones de utilidad pública en Cataluña.—Se debate, en segundo lugar, la suficiencia del título competencial del artículo 149.1.14 CE para la determinación estatal de los requisitos formales que deben satisfacer las cuentas que las asociaciones de utilidad pública de Cataluña han de presentar ante la Generalidad. Después de encuadrar el conflicto constitucional en el ámbito de aquel precepto constitucional —y no en el del artículo 149.1.6 CE (legislación mercantil), como pretendía el Abogado del Estado—, el TC entiende que el sometimiento de la asociaciones declaradas de utilidad pública a la normativa estatal de adaptación al Plan general de contabilidad de las entidades sin ánimo de lucro (art. 5.2 RD 1740/2003) no supone extralimitación competencial alguna; pues ello es consecuencia de la competencia de la Administración General del Estado para declarar asociaciones de utilidad pública, y se justifica por las especialidades a las que éstas vienen sometidas dentro de la normativa fiscal y económica estatal. En cambio, el TC sí observa invasión competencial en la previsión contenida en el artículo 5.3 RD 1740/2003, por la cual se exige que los documentos, en los que se concretan las obligaciones de información que deben cumplimentar las asociaciones declaradas de utilidad pública por la Administración General del Estado, estén firmados por todos los integrantes del órgano de gobierno y representación de la entidad. Para el Pleno del TC, el artículo 149.1.14 CE no ofrece al Estado cobertura competencial para regular el funcionamiento interno de las asociaciones sobre las que ostenta competencia exclusiva Cataluña, siendo aquella norma contraria a la establecida en el artículo 20.1 Ley catalana de Asociaciones (Ley 7/1997, de 18 de junio).

3. Procedimiento de rendición de cuentas de las asociaciones declaradas de utilidad pública.—En tercer lugar, es objeto de discusión la norma contenida en el artículo 6.6 del RD impugnado, por la cual se impone a los registros de asociaciones la obligación de conservar, durante 6 años desde la recepción de la rendición de cuentas de las declaradas de utilidad pública, determinados documentos relacionados con dicha rendición. De conformidad con las alegaciones de la Generalidad, el TC considera que el título competencial estatal *ex* artículo 149.1.14 CE no ampara la imposición de obligaciones a los registros públicos de asociaciones. Además, el TC, discrepando de la argumentación aducida por la Abogacía del Estado, recuerda que de su doctrina se desprende que «*la normativa estatal ordenadora de los Registros de asociaciones no puede hallar amparo competencial en el título relativo a la legislación mercantil*» (FJ 8).

Por todo ello, el Pleno del TC declara la invasión competencial de lo dispuesto en los artículos 5.3 y 6.6 RD 1740/2003 y su consiguiente inaplicación a las asociaciones referidas en el artículo 9.24 EAC 1979.

STC 135/2006, de 27 de abril

RI: Estimación parcial.

Ponente: Aragón Reyes. Voto particular de Conde Martín de Hijas, al que se adhieren Delgado Barrio, Rodríguez-Zapata Pérez y Rodríguez Arribas.

Conceptos: Derecho fundamental de asociación. Orden constitucional y estatutario de distribución de competencias en materia de asociaciones. Reserva de ley orgánica para el desarrollo de derechos fundamentales. Igualdad en el ejercicio de derechos fundamentales.

Preceptos de referencia: artículos 22, 81.1, 149.1.1ª, 149.1.6ª, 149.1.8ª CE; artículo 9.24 EAC 1979.

La sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra 22 de los 38 preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 7/1997, de 18 de junio, de asociaciones, al considerar que dicha regulación autonómica constituye una extralimitación competencial, por desatender la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE, así como las competencias del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho (art. 149.1.1ª CE) y en materia de legislación procesal (art. 149.1.6ª CE) y civil (art. 149.1.8ª CE), entre otras. La decisión que se reseña constituye una aplicación a la Ley catalana de asociaciones de la doctrina contenida en la STC 173/1998, de 23 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento Vasco 3/1988, de 12 de febrero, de asociaciones. Su principal interés –más allá de la repercusión práctica de la declaración de inconstitucionalidad en ella contenida– reside en que, frente a lo que sucedía en la STC 173/1998, en el momento de resolver el presente recurso de inconstitucionalidad, el legislador estatal ya había ejercitado sus competencias mediante la aprobación de la Ley Orgánica del Derecho de Asociación (LODA).

1. Delimitación del orden constitucional y estatutario de distribución de competencias en materia de asociaciones.—A modo de síntesis de su doctrina –singularmente de la STC 173/1998– en materia de desarrollo de derechos fundamentales y su relación con el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias, el TC delimita de forma preliminar el marco competencial del presente recurso de inconstitucionalidad.

a) *Alcance de la competencia autonómica en materia de asociaciones.*—El TC inicia el planteamiento del recurso desde el alcance de la competencia autonómica de la Generalidad de Cataluña en materia de asociaciones prevista en el artículo 9.24 del Estatuto de Autonomía (EAC) de 1979. Así, recuerda –sobre la base de la competencia similar reconocida en el Estatuto del País Vasco– que dicho título competencial no ampara una regulación de todas las asociaciones que resulten del ejercicio del derecho de asociación, sino de aquellas «*caracterizadas por atender a unos fines y desarrollar unas actividades específicas*» (FJ 2). Del mismo modo, se insiste en que el contenido material de esta competencia no sólo alcanza la regulación de los aspectos administrativos del régimen jurídico de las asociaciones, sino también su vertiente externa, esto es, la relativa a su participación en el tráfico jurídico.

b) *Doctrina constitucional sobre la reserva de ley orgánica para el desarrollo de derechos fundamentales y sus relaciones con el sistema de distribución de competencias y el derecho de asociación.*—Después de reiterar su propia doctrina sobre, en primer lugar, la necesidad de aplicar un criterio restrictivo a la hora de determinar el alcance de la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE, y, en segundo lugar, sobre la falta de contenido atributivo de competencias a favor del Estado de dicha reserva, el TC recuerda que las dificultades para separar la regulación del *derecho de asociación* y del *régimen jurídico de las asociaciones* no le han impedido, incluso con

anterioridad a la LODA, detectar las cuatro facetas o dimensiones en las que se manifiesta aquél y que identifican los contenidos constitucionalmente reservados a la ley orgánica *ex art. 81. 1 CE*: libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas; y garantía de un haz de facultades a los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretendan incorporarse.

c) *Doctrina constitucional sobre la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos fundamentales y su relación con la distribución competencial en materia de asociaciones.*—Como complemento de esta delimitación preliminar, la sentencia STC tampoco deja de recordar que la competencia autonómica en este terreno se encuentra limitada por «*la competencia estatal para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1ª CE)*», consecuencia del «*principio constitucional conforme al cual todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio español (art. 139.1 CE)*» (FJ 2). En aplicación de estos postulados, el TC afirma en la presente decisión que «*la capacidad normadora del Estado ex artículo 149.1.1ª CE puede extenderse más allá de ese desarrollo (circunscrito a la determinación de los elementos nucleares del derecho), incidiendo sobre la regulación del ejercicio del derecho en cuestión, siempre que, de un lado, tal regulación tenga una conexión, directa o indirecta, con aquellos elementos nucleares antes señalados, y que, de otro, se dirija a garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho [...]*» (FJ 2).

2. Criterios de resolución del conflicto.—Antes de analizar los preceptos de la regulación impugnada, el TC expone las pautas que deben guiar el enjuiciamiento del recurso (FJ 3): *a)* Toma en consideración de la LODA que, a modo de *ius superveniens*, recoge las condiciones básicas del ejercicio del derecho fundamental de asociación, condicionada ésta —matiza la mayoría del TC— a su propia validez constitucional; *b)* Si la Ley autonómica regula algún elemento esencial, no previsto en la Ley Orgánica, o lo hubiese regulado de modo distinto, la consecuencia será la inconstitucionalidad de la Ley autonómica; mientras que si la regulación autonómica coincide con la legislación estatal, incluso complementándola, habrá que confirmar su constitucionalidad; *c)* En el contraste entre regulaciones autonómicas dictadas al amparo de su competencia en materia de asociaciones encuadrables en títulos distintos del art. 149.1.1ª, se atenderá a lo que corresponda como consecuencia del contenido y finalidad de cada precepto, sin perjuicio de la doctrina del TC sobre (in)constitucionalidad en los casos de *lex repetita*.

3. Análisis de los preceptos impugnados.—De la mano de la doctrina contenida en la STC 173/1998 y de los antedichos criterios de resolución del conflicto motivado por el presente recurso de inconstitucionalidad, el TC estudia, uno a uno, la constitucionalidad de los preceptos impugnados.

a) *Título de la Ley y expresiones contenidas en su preámbulo.*—Ningún reproche de inconstitucionalidad merece, según el TC, la pretensión de generalidad de la regulación del régimen jurídico de las asociaciones que pueda desprenderse de la rúbrica del título de la Ley («*de Asociaciones*») ni de algunas de las expresiones contenidas en el Preámbulo; pues, más allá de la crítica desde la técnica legislativa, la vaguedad que pueda desprenderse se disipa en la parte dispositiva de la Ley.

b) *Determinación del concepto de asociación.*—La definición del concepto de asociación contenida en los artículos 2.1 y 2.3 Ley 7/1997 no es contraria a la Constitución, pues, en primer lugar, y de conformidad a la doctrina sentada en el STC 173/1998, el legislador autonómico puede definir el objeto de su regulación siempre que respete el concepto legal de asociación; y, en segundo lugar, aquella definición resulta adecuada a la que, posteriormente, ha realizado el artículo 5.1 LODA.

c) *Determinación del principio democrático de organización interna y funcionamiento de las asociaciones.*—En aplicación de la STC 173/1998, el TC parte de la inconstitucionalidad de la previsión del artículo 2.2 Ley 7/1997, por la cual «*la organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo*», pues tal determinación constituye —según aquella Sentencia— un desarrollo directo de un elemento esencial del derecho de asociación, sobre el que sólo las Cortes Generales mediante Ley Orgánica tienen competencia. No obstante, el TC se plantea si este punto de partida debe ser modificado en la medida que el propio legislador (orgánico) estatal ha establecido una regulación parecida en el artículo 2.5 LODA. El TC, sin embargo, entiende —sobre la base de una interpretación restrictiva del artículo 2.5 LODA, que le permite excluir una imposición genérica de la exigencia de estructura y funcionamiento democráticos a todas las asociaciones— que esta última norma no se configura, en puridad, como desarrollo de un elemento esencial del derecho fundamental de asociación; sino que, más bien, se trata de una excepción a la libertad de autoorganización que garantiza el artículo 22 CE. Así, la naturaleza excepcional de la norma del art. 2.5 LODA —que se concibe, pues, como una excepción a una regla general derivada de la CE— impide que la misma norma sea adoptada por el legislador autonómico, ya que la posibilidad de establecer tales excepciones está reservada a la ley orgánica. El TC declara, en consecuencia, la inconstitucionalidad del artículo 2.2 Ley 7/1997. El mismo planteamiento se reitera —en el FJ 9— en relación al artículo 8.3 *in fine* Ley 7/1997 para las uniones de asociaciones.

d) *Determinación de la normativa aplicable.*—El silencio del artículo 3 Ley 7/1997 sobre la aplicación de la legislación estatal, al detallar la normativa aplicable a las asociaciones, no incurre en inconstitucionalidad, pues tal silencio, de acuerdo con la doctrina del TC, no supone la exclusión de dicha legislación «*si tal aplicación viene exigida por el bloque de la constitucionalidad*» (FJ 6).

e) *Determinación de las personas legitimadas para constituir y pertenecer a asociaciones.*—El TC desestima la impugnación del artículo 4.1 Ley 7/1997 al entender que la determinación que este hace (en línea con el art. 5.2 Ley vasca de asociaciones) de las condiciones de ejercicio del derecho de asociación, respecto de quienes la legislación estatal ha reconocido previamente la titularidad del mismo, no merece ningún reproche desde el punto de vista competencial. Sí lo merece, en cambio, la previsión contenida en el artículo 4.2 Ley 7/1997, que establece unos requisitos para el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de asociado por parte de menores más estrictos que los contemplados en la normativa estatal.

f) *Determinación del contenido necesario de los estatutos asociativos.*—De acuerdo con la doctrina de la STC 173/1998, esta determinación no rebasa la competencia legislativa autonómica; lo que no se altera por el hecho de que la LODA contenga previsiones más flexibles que las del artículo 5 Ley 7/1997 impugnado.

g) *Regulación de la inscripción en el Registro de asociaciones de la Generalidad de Cataluña.*—Por aplicación de la doctrina contenida en la STC

173/1998, no incurre en vicio de inconstitucionalidad la regulación autonómica por la cual las asociaciones constituidas de acuerdo con lo establecido en la Ley 7/1997 deben inscribirse en el Registro de Asociaciones «a los únicos efectos de publicidad» (art. 9.2). Del mismo modo, tampoco se estima la impugnación de la regulación autonómica de responsabilidad para las asociaciones que no acceden al registro (art. 11 Ley 7/1997), pues la fijación de las condiciones básicas de este régimen, que corresponde al Estado y se establece en la LODA, no entra en contradicción con el precepto autonómico impugnado.

h) *Regulación de la impugnación ante la jurisdicción de los acuerdos de los órganos de las asociaciones.*—El TC declara la inconstitucionalidad de los preceptos de la normativa catalana relativa a la impugnación jurisdiccional de los acuerdos de los órganos de las asociaciones, al considerar —de forma idéntica a la STC 173/1998— que ello supone una vulneración de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal.

i) *Determinación del régimen de responsabilidad de los miembros del órgano de gobierno de la asociación.*—No puede estimarse la inconstitucionalidad del artículo 21 Ley 7/1997, pues su regulación al respecto coincide sustancialmente con las condiciones básicas que se desprenden de la regulación estatal en la LODA; y en caso de discrepancias entre ellas, aquella normativa deberá interpretarse de conformidad a ésta.

j) *Definición del estatuto de asociado.*—El TC admite la inevitable existencia, en este campo, de zonas de intersección entre la normativa estatal y autonómica, «cuya compatibilidad debe resultar en todo caso de la inexistencia de contradicciones». Por ello, la normativa autonómica contenida en los artículos 22 y 23 Ley 7/1997 no adolece de inconstitucionalidad, con la salvedad de la previsión del inciso del artículo 22.2 c), inexistente en la normativa estatal, por el cual no puede ejercer el derecho de voto el asociado que «desarrolle un trabajo remunerado para la asociación»; que sí es declarado inconstitucional por trascender del ámbito competencial autonómico.

k) *Extensión del régimen jurídico autonómico a otras asociaciones.*—El TC declara, finalmente, la inconstitucionalidad de los apartados 2 y 4 del artículo 35 Ley 7/1997, por extender la aplicación de la normativa autonómica sobre asociaciones a tipos asociativos no encuadrados dentro de la competencia reconocida en el artículo 9.24 EAC 1979, como las asociaciones de consumidores y usuarios y las de vecinos.

Por todo ello, el TC declara la inconstitucionalidad de los artículos 2.2; 4.2; 8.3 *in fine*; 9.4; 15; 16, a excepción del inciso inicial de su apartado 1; 20.2 y 3; 22.2 c) en el citado inciso; 26.3 y 35.2 y 4; así como la constitucionalidad de los artículos 3; 4.3; 9.3; 21.3 en los términos expresados en la presente Sentencia.

STC 149/2006, de 11 de mayo

RA: Desestimado

Ponente: Pérez Tremps

Conceptos: Daños. Accidente de tráfico. Baremos indemnizatorios. Hermana mayor edad que convivía con la víctima. Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a la integridad moral

Preceptos de referencia: Artículos 24.1 y 15 CE, y Ley 30/1995, de Ordenación y supervisión de seguros privados.

La Audiencia Provincial de Pontevedra plantea una cuestión de constitucionalidad en relación con el punto 4 del apartado 1.º del Anexo de la Ley

sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en la redacción dada por la disposición adicional 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, en conexión con la explicación que para la tabla I se establece en el párrafo 1º de la letra a) del apartado 2º de dicho anexo. Hace referencia a la exclusión como perjudicados de los hermanos mayores de edad de la víctima mortal de accidente de tráfico, cuando concurren con ascendientes. El supuesto de hecho que dio origen a la duda de constitucionalidad es el fallecimiento de una joven de 16 años, en accidente de tráfico, que convivía con su madre, una hermana de 27 años, y una sobrina de 11 años. La hermana y la sobrina ejercitaron una acción de responsabilidad civil extracontractual solicitando que a cada una de ellas se le indemnizase en una cantidad equivalente a la prevista en la Ley mencionada para los hermanos menores en convivencia con la víctima (grupo IV de la Tabla I).

La sentencia de instancia estimó la petición de la hermana, pero no la de la sobrina. La compañía aseguradora recurrió y la Audiencia Provincial decide interponer una cuestión de inconstitucionalidad por vulneración de los artículos 24.1 y 15 CE. Alega el órgano recurrente, por un lado, que las personas excluidas de la consideración legal de perjudicados se ven privadas de su derecho a obtener de los tribunales la tutela de sus derechos indemnizatorios aun cuando pudieran acreditar que el fallecimiento de la víctima les produjo un perjuicio real y efectivo; en definitiva, se les priva de legitimación activa para su reclamación, causándoles indefensión. Por otro lado, alega vulneración del artículo 14 CE, sin argumentar tal infracción.

El TC reitera lo que ya dijo en la STC 190/2005, de 7 de julio, «*la propia tabla I contempla como perjudicados-beneficiarios a los hermanos mayores de edad de la víctima mortal en accidente de circulación en el siguiente grupo de la misma, el V y último, bajo la rúbrica "Víctima con hermanos solamente". Esta previsión pone de manifiesto que el legislador no niega el carácter de perjudicados morales a los hermanos mayores de edad de la víctima fallecida en el siniestro circulatorio (FJ 4). En consecuencia, pues, no es ya que no pueda imputarse a los preceptos que aquí se cuestionan impedimento alguno para que hermanos mayores de edad de fallecidos en accidentes de circulación acrediten su carácter de perjudicados, sino que, respecto de ellos, la propia Ley cuestionada presume tal perjuicio.*» Y no carecen de legitimación activa «*como pone de manifiesto el hecho de que la presente cuestión de inconstitucionalidad se haya planteado en un proceso en el que la hermana mayor de edad de la víctima presentó demanda y fue admitida como parte*» (FJ 4).

Continúa el TC distinguiendo entre el plano en el que ha de situarse lo planteado por el órgano judicial que promueve la cuestión, esto es, el que una ley limite la condición de beneficiarios a alguno de los perjudicados por el fallecimiento de víctima en siniestro de circulación, y el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, «*si se considera que esa limitación es indebida porque supone negar derechos subjetivos o intereses legítimos que encuentran algún respaldo legal, el fundamento constitucional de tal reproche, de existir, habrá de buscarse en otros derechos fundamentales o en otros principios constitucionalmente garantizados, como veníamos a decir en la citada STC 190/2005, pero no en el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24.1 CE, que, por lo que se acaba de razonar, habrá resultado satisfecho con el despliegue de la actividad judicial producto de la acción ejercitada por la hermana o hermano mayor de edad de la víctima*

mortal en accidente de tráfico, por más que, en su caso, el resultado de la misma sea desestimatorio de su pretensión» (FJ 4).

En cuanto a la lesión a la integridad moral, que la Audiencia Provincial alega se produce por la inexistencia de «justificación razonable» de la exclusión de los hermanos mayores de edad, el TC considera que no se ha aportado razonamiento alguno acerca del porqué de la irrazonabilidad del criterio de exclusión, como ya había observado el Abogado del Estado. En todo caso, señala el TC que no se produce una exclusión de los hermanos mayores de edad de los beneficios indemnizatorios, sino una «preterición en el sentido más propio de ésta, es decir, su desplazamiento frente a otros concurrentes a tales beneficios a los cuales el legislador ha considerado preferentes en la compensación indemnizatoria, perspectiva ésta muy distinta que [...] impide apreciar arbitrariedad o irrazonabilidad en la opción legislativa aquí discutida» (FJ 5). La decisión del legislador de concentrar las cantidades resarcitorias en los ascendientes y en los hermanos menores de edad con exclusión de los hermanos mayores de edad (cuando no hay cónyuge ni hijos) no es caprichosa o arbitraria, «atendiendo a la ratio limitadora de las compensaciones económicas que preside el sistema» (FJ 5). Como ya dijo la STC 105/2004, de 28 de junio, «la limitación de las cantidades resarcitorias por víctima mortal en accidente de circulación constituye manifiestamente uno de los pilares del sistema regulado por la Ley sobre responsabilidad civil de vehículos a motor» (FJ 7).

STC 154/2006, de 22 de mayo

RA: Estimación.

Ponente: Delgado Barrio.

Conceptos: Igualdad de filiaciones en la aplicación de la ley. Indemnización por muerte del progenitor. Pareja no casada. Discriminación indirecta por razón del nacimiento.

Preceptos de referencia: Artículos 14, 39.2, 39.3 y 41 CE.

El TC da lugar al amparo, declara vulnerado el derecho a no sufrir discriminación por razón del nacimiento (art. 14 CE, en relación con los artículos 39.2, 39.3 y 41 CE), anula la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias y declara la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife.

Las circunstancias fácticas remiten a una indemnización a tanto alzado por el fallecimiento de una persona en un accidente de trabajo, entregada por la mutua de accidentados de trabajo y enfermedades profesionales (que aseguraba a la empresa donde aquél ocurre), a la mujer que convivía *more uxorio* con la víctima sin haber contraído matrimonio y sin causa legal que lo impidiera. La mutua pretende la devolución de la misma basándose en la concurrencia de error por la inexistencia de vínculo matrimonial, exigido por la LGSS entre el fallecido y la destinataria de la indemnización.

El Tribunal *a quo* no da lugar a dicha pretensión entendiendo que el único error cometido fue el de designar como titular del derecho a la codemandada que convivía con el causante, cuando en realidad lo era el hijo nacido de dicha relación que, por ser menor de edad, debía recibirla a través de su madre que ostentaba la patria potestad. La Sala Social del TSJ, al resolver el recurso de

suplicación, declara el derecho de la mutua a que se le reintegre la cantidad reclamada ya que tratándose de un hijo extramatrimonial y viviendo su madre sólo le corresponde una mensualidad sin que proceda el incremento por orfandad. La única fundamentación jurídica en que se basa es una resolución de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 18 de noviembre de 1998, que reconocía como única causa jurídica para estimar o denegar el derecho, la naturaleza matrimonial o no de la filiación.

El Tribunal Constitucional concluye que, aún cuando directamente no existe discriminación, ya que los preceptos de la LSS y de la Orden de 1967 regulan el derecho de los huérfanos a una indemnización sin distinguir entre matrimoniales y extramatrimoniales, la diferente cuantía según exista o no *viuda o viudo con derecho a indemnización especial* provoca una «*discriminación indirecta*», porque en esa unidad familiar el progenitor vivo—debido a la falta de vínculo matrimonial con el causante—ni percibe la prestación de viudedad ni la indemnización a tanto alzado. Una interpretación que evita la discriminación impone entender que el incremento de la prestación del huérfano absoluto (de ambos padres) debe extenderse al huérfano relativo cuando al otro progenitor se le niega la indemnización por no estar casado. Si bien estas prestaciones de muerte y supervivencia no sustituyen la obligación alimenticia del progenitor superviviente, pueden sin duda favorecer la satisfacción de las necesidades del hijo y no cabe hacer total abstracción de ese elemento ni de la repercusión que el fallecimiento tiene en las necesidades de la familia.

STC 155/2006, de 22 de mayo

RA: Estimación.

Ponente: Aragón Reyes.

Conceptos: Derecho fundamental a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1 a) y 24.2 CE.

El recurso de amparo tiene su origen en la corrección disciplinaria, impuesta a una abogada por un Juzgado de Primera Instancia y confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la utilización de expresiones críticas con la Juzgadora en el marco de un procedimiento seguido para la ejecución de una Sentencia de separación. El TC otorga el amparo, reconociendo la vulneración del derecho a la libertad de expresión de la abogada y declarando la nulidad de las resoluciones judiciales sancionadoras.

1. Doctrina constitucional sobre el del derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada y sus límites.—El TC recuerda, de forma preliminar al enjuiciamiento del caso, la singular cualificación que posee el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial, motivada por su estrecha vinculación con la efectividad del derecho de defensa del artículo 24 CE. El consabido límite a esta modalidad de ejercicio de la libertad de expresión representado por el debido respeto a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial obliga, según el TC, a estudiar si las determinadas expresiones utilizadas resultan justificadas por las exigencias del ejercicio del derecho de defensa, «*y para ello deberán tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes, pues éstas pueden justificar la mayor beligerancia en los argumentos sin más límite que el insulto y la descalificación innecesaria*» (FJ 4).

2. Aplicación al caso.—Una vez ubicadas las expresiones litigiosas de la recurrente en el ejercicio de su función de defensa y en interés de su cliente, el TC analiza el significado de las concretas expresiones. Así, la calificación de la actuación judicial, en un contexto procesal derivado de dos resoluciones contradictorias sobre la devolución de una suma de dinero en razón a pensiones alimenticias atrasadas, como «*de todo punto arbitraria e inmotivada*», «*incomprensible*», «*parcial*» o, incluso, «*esperpento judicial*» no pueden considerarse, para el TC, como insultantes o vejatorias para la Juzgadora, ni reveladoras de una intención de menosprecio hacia la función judicial, sino amparadas por el derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada, al ser empleadas «*con el fin de fundamentar la oposición, en términos jurídicos, a las resoluciones judiciales que, a través del escrito en el que se contenían, desempeñaba en un proceso de ejecución de títulos judiciales [...]*» (FJ 6).

STC 181/2006, de 19 de junio

RA: Estimación.

Ponente: Delgado Barrio.

Conceptos: Derecho fundamental a la libertad de expresión en el marco de un contrato laboral. Informar y opinar. Derechos fundamentales y relaciones contractuales entre particulares.

Preceptos de referencia: Artículo 20.1 a) CE.

El recurso de amparo tiene su origen en la redacción por parte de la recurrente, asistente social contratada por una empresa dedicada a la actividad de residencias privadas de la tercera edad, de una carta, firmada por otros trabajadores y remitida a la dirección de la empresa, en la que se criticaba la gestión de ésta. La empresa sancionó a la trabajadora autora de la carta por tales hechos, siendo confirmada la sanción por el Juzgado de lo Social de Madrid, al entender que la trabajadora se extralimitó en el ejercicio de su derecho de libre expresión. El TC estima el recurso de amparo presentado por la trabajadora, anula la Sentencia impugnada y declara la nulidad de la sanción impuesta.

1. Delimitación del derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la libertad de información.—A modo de contestación a la alegación del Ministerio Fiscal, para quien el derecho en juego en el caso, es la libertad de información y no la libertad de expresión, el TC plantea su propia doctrina sobre la delimitación entre ambos derechos, recordando, en primer lugar, la consabida distinción entre ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro; y, en segundo lugar, la necesidad de atender al elemento preponderante en aquellos casos en los que resulta difícil la citada distinción. Así, el TC entiende que, en el presente caso, la carta litigiosa contiene la expresión de una opinión de sus firmantes sobre la situación del centro, esto es, se trata de la manifestación de una queja o malestar, «*exponentes inequívocos [...] de un acto de ejercicio del derecho a la libertad de expresión en el ámbito de las relaciones laborales*» (FJ 4).

2. Doctrina constitucional sobre el ejercicio de la libertad de expresión en el seno de una relación laboral.—La vinculación laboral de la recurrente a la empresa obliga al TC a plantearse el enjuiciamiento constitucional del ejercicio del derecho a la libertad de expresión de aquélla desde los sin-

gulares límites derivados del vínculo contractual que une a trabajador y empresario. Así, el TC recuerda su doctrina en este campo, por la cual la modulación de dicho derecho fundamental que el contrato de trabajo pueda producir «*habrá de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin*»; de modo que la libertad de expresión del trabajador debe conciliarse «*con la lícita protección de los intereses empresariales, deducidos éstos conforme a un juicio de ponderación, de manera que las restricciones que hayan de aplicarse habrán de ser adecuadas, imprescindibles y proporcionales a la protección de la libertad de empresa*» (FJ 6).

3. Aplicación al caso: juicio de ponderación a través de una prueba de tres pasos.—Para ponderar los intereses en el conflicto reseñado, el TC propone atender, a modo de prueba de tres pasos, a tres criterios que determinen la constitucionalidad del ejercicio del derecho a libertad de expresión de la recurrente. En primer lugar, el TC sugiere atender a la (a) *ausencia de difusión pública del escrito*; ya que la carta litigiosa se dirigió única y exclusivamente al empresario, sin intención por parte de la autora o de los firmantes difundir su contenido a la opinión pública. En segundo lugar, (b) el *carácter estrictamente laboral del escrito*; pues en él sólo se contiene una crítica de cuestiones como la formación profesional, los permisos, las bajas temporales, los comportamientos de la dirección en la gestión de los recursos humanos, etc. En tercer lugar, (c) la *ausencia de perjuicio a los intereses empresariales*; pues el escrito sólo manifiesta el malestar de unos determinados trabajadores, sin causar daño a los intereses empresariales. La concurrencia de estas tres situaciones lleva al TC a declarar que la conducta de la recurrente se desarrolló en todo momento dentro de los márgenes que delimitan el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión.

STC 214/2006, de 3 de julio

RA: Estimación.

Ponente: Pérez Vera.

Conceptos: INEM. Suspensión de demanda de empleo por maternidad de demandante; oferta de empleo y proceso selectivo. Pérdida definitiva e irreversible de oportunidad de empleo. Discriminación por razón de sexo, embarazo y conexión directa con diferencia de trato.

Preceptos de referencia: Artículos 9.2 y 14 CE. Artículo 48.4 ET. Artículos 133 bis y 222 LGSS.

Recurso de amparo por vulneración del artículo 14 de la CE contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), estimatoria de un recurso de apelación interpuesto por el Instituto Nacional de Empleo (INEM) contra Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Granada, dictada en procedimiento ordinario por decisión del INEM de suspender la demanda de empleo de una trabajadora. La decisión del Inem determinó que la demandante no fuera incluida en la relación de candidatas elaborada por el organismo de colocación para responder a una determinada oferta de empleo.

1. Alcance y eficacia del principio de igualdad del artículo 14 CE.—La cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y exige que, ante supuestos de

hecho iguales, sean éstos tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas. Este principio de igualdad no postula estrictamente, ni como fin ni como medio, la paridad sino que exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato. De modo que, ante supuestos con hechos iguales se apliquen iguales consecuencias jurídicas, si no hay razones para cosa distinta.

2. Condiciones y requisitos que legitimarían una diferencia de trato.—Para introducir diferencias de trato debe constatarse una razón justificativa suficiente, razonable y fundada de la merecida diferencia, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. Respecto del primer requisito, la razón justificativa, no todos los motivos de trato distinto son aceptables. Queda prohibida toda diferencia —y el TC ha venido declarando su ilegitimidad constitucional— en la que operan como factores determinantes los concretos motivos o razones de discriminación que el artículo 14 CE prohíbe; entre ellos, la discriminación por razón de sexo. A ello hay que añadir que la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo, de modo que se produce lesión directa del artículo 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio, de suerte que cualquier otro motivo que hubiera podido justificar la medida decae. El resultado peyorativo puede producirse aun cuando éste derive de una interpretación formalmente neutra de las normas jurídicas. En el supuesto enjuiciado, la aplicación que ha efectuado el INEM ha producido como resultado, a mayor abundamiento, el efecto exactamente contrario al perseguido por la institución aplicada. La suspensión de la relación laboral por maternidad persigue favorecer la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y evitar la pérdida del empleo en casos de maternidad, mientras que la suspensión de la demanda de empleo de la trabajadora desempleada ha entorpecido su acceso al mercado de trabajo en la medida en que le impide ser tomada en consideración para la cobertura de la oferta de empleo. Se produce también el resultado peyorativo no sólo con la constatación del sexo de la víctima, sino de las circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como puede ser el embarazo o la maternidad. El TC admite en algunos casos que la distinción entre los sexos sea *«utilizada excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad y la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma»*. Botón de muestra son las disposiciones que tienden a la tutela de la mujer trabajadora en relación con el embarazo o la maternidad, factores que permiten introducir distinciones de trato para la protección de su condición biológica en el curso de su embarazo y puerperio. Pero éstas deben ser tomadas con suma cautela para evitar repercusiones negativas. El resultado peyorativo se manifiesta en el caso de autos, además, en el plus de exigencia al que pretende someterse a la demandante de empleo con la manifestación positiva de su deseo de ser considerada por el INEM, puesto que tal manifestación de voluntad ya fue efectuada al presentar su demanda de empleo y llevar a cabo su inscripción en el INEM. Respecto del segundo requisito, la proporcionalidad, como ya es constante doctrina del Alto Tribunal, el juicio de proporcionalidad debe superar el examen entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, lo que a todas luces no se produce en el supuesto enjuiciado.

3. Doctrina constitucional relativa a la extensión del ámbito de protección.—En tercer lugar, es objeto de discusión si el principio constitucional da cobertura a situaciones en las que no existe propiamente una relación laboral. El TC ha apreciado la vulneración de este principio en situaciones de relación laboral, pero también en materia de contratación, aun sin haber vigente una relación laboral porque lo contrario dejaría vacío de contenido el principio de igualdad en áreas especialmente vulnerables y, en este sentido, el 10.2 CE sirve de fuente interpretativa del artículo 14 CE en la ampliación de esa protección. En este punto cabría recordar aquí una consolidada jurisprudencia constitucional que viene proclamando que la igualdad que consagra el artículo 14 CE vincula a todos los poderes públicos porque así lo afirma el artículo 53 CE (STC 34/81, de 10 de noviembre) y en particular a la Administración (STC 47/89, de 21 de febrero). Es un indeclinable deber que veda tanto las discriminaciones directas por razón de sexo como las indirectas (STC 250/00, de 30 de octubre).

Por todo ello, la Sala segunda del TC estima el recurso de amparo, declara vulnerado el derecho de la recurrente a no ser discriminada por su condición de mujer y ordena restablecerla en su derecho y anular la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Andalucía (Granada).

STC 225/2006, de 17 de julio

RA: Estimación.

Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez.

Conceptos: Derecho fundamental a no asociarse. Adscripción obligatoria a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación. Condición de elector. Carácter excepcional de la adscripción obligatoria. Interdicción constitucional de interpretación restrictiva.

Preceptos de referencia: Artículo 22 CE. Artículos 6 y 13 Ley 3/1993, de 22 de marzo, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.

El recurso de amparo tiene su origen en una liquidación del recurso cameral permanente correspondiente al ejercicio de 1995, girado a cargo del socio de dos entidades dedicadas al asesoramiento y realización de auditorías, por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid. Esta liquidación fue confirmada por una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que, revocando la decisión del Tribunal Económico-Administrativo Regional de la misma ciudad, anuló aquella liquidación, al entender que la actividad económica descrita excedía de lo que la Ley 3/1993, de 22 de marzo, considera profesiones liberales a efectos de excluirlas del recurso cameral permanente. El TC estima el recurso de amparo contra aquella Sentencia por vulneración del derecho de asociación en su vertiente negativa.

1. Doctrina constitucional sobre la adscripción obligatoria a las corporaciones de Derecho público, en especial a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.—Como antesala del enjuiciamiento del caso, el TC reproduce su propia doctrina sobre la constitucionalidad de las disposiciones que establecen una adscripción obligatoria a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, contenida en la STC 107/1996; que no deja de ser una aplicación de la extensa doctrina sobre la constitucionalidad de la adscripción forzosa a corporaciones públicas y sus límites. En concreto, la presente sentencia

del TC destaca el carácter excepcional que debe revestir dicha adscripción obligatoria: «*La adscripción obligatoria a corporaciones públicas es un supuesto excepcional respecto del principio esencial de libertad; debe encontrar, por ello, suficiente justificación, ya sea en disposiciones constitucionales, ya sea en las características de los fines de interés público que persigan dichas corporaciones, de las que resulte la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente corporativo [...]*» (FJ 2).

2. Aplicación al caso: carácter excepcional de la adscripción e interdicción constitucional de la interpretación restrictiva de las actividades excluidas del pago del recurso cameral.—Seguidamente, el TC analiza la argumentación seguida por la Sentencia impugnada, por la cual entendió que la actividad económica del recurrente en amparo estaba sujeta al pago del recurso cameral. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid consideró que tal actividad del recurrente —profesional liberal que ejerce sus funciones de asesoría en materia tributaria y de realización de auditorías a través de sociedades que tributan en régimen de transparencia fiscal— no podía ampararse en la exclusión prevista en el artículo 6.2 II Ley 3/1993, según la cual las profesiones liberales no incluidas en las actividades descritas en el apartado 6.1 de la misma Ley quedan exentas del pago del recurso cameral. Para el TC, dicha interpretación restrictiva de la norma contenida en el artículo 6.2 II Ley 3/1993 no encaja con el tenor literal del precepto, y es contraria al carácter excepcional que tiene la adscripción forzosa a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación; lo que exigía una interpretación «*si no amplia, sí al menos no restrictiva de las actividades excluidas del pago del recurso cameral*» (FJ 3). Por ello, el TC entiende que la Sentencia del Tribunal Superior de Madrid vulneró el derecho fundamental de asociación del recurrente, en su vertiente negativa de derecho a no asociarse.

STC 227/2006, de 17 de julio

RA: Estimación.

Ponente: Pérez Tremps.

Conceptos: Derecho fundamental a la libertad sindical. Derecho a la libertad de expresión e información sindical. Derechos fundamentales y relaciones contractuales entre particulares. Derecho de reunión.

Preceptos de referencia: Artículos 28.1, 21.1 CE.

Un profesor de enseñanza primaria interpone recurso de amparo contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que confirmó la procedencia del despido disciplinario instado por la empresa en la que aquél prestaba sus servicios. El origen del despido se encuentra en la asistencia del profesor, en su condición de presidente del comité de empresa, a una reunión con los padres de los alumnos del centro, en la que comunicó los detalles del conflicto de los trabajadores con la empresa, así como otros problemas relativos al funcionamiento del centro. El TC estima el recurso de amparo y anula la resolución judicial impugnada.

1. Delimitación del derecho fundamental en juego.—A pesar de que el recurrente invoque expresamente la vulneración de los derechos a la igualdad, a la libertad de expresión y de reunión, el TC entiende que todas estas supuestas vulneraciones constituyen, en el caso, manifestaciones específicas del derecho fundamental a la libertad sindical, pues la conducta litigiosa del recurrente, afiliado al sindicato UGT, fueron desarrolladas en su condición de miembro y presidente del comité de empresa y en ejercicio de su acción sindical.

2. Doctrina constitucional sobre el conflicto entre el ejercicio de la libertad de expresión e información en el desarrollo de la acción sindical y el poder disciplinario del empresario.—Como recuerda el TC en la presente Sentencia, este recurrente conflicto se resuelve con la consabida ponderación jurisdiccional para determinar si el ejercicio de dichas libertades excede de los límites constitucionalmente admisibles, lo que permite determinar si la reacción empresarial es legítima o, por el contrario, menoscaba el lícito ejercicio de derechos fundamentales. En dicha ponderación, sigue recordando el TC, deben tenerse singularmente en cuenta los límites adicionales derivados del vínculo contractual que une a trabajador y empresario.

3. Aplicación al caso.—El TC considera que la ponderación realizada por la resolución judicial impugnada no resulta conforme «a los derechos y valores constitucionales en juego», ya que la sanción impuesta no puede considerarse como una medida «*estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales ni proporcional y adecuada para su consecución*». Para llegar a esta conclusión, el TC rebate los argumentos de la Sentencia impugnada. En primer lugar, es irrelevante para el caso que el recurrente no solicitara autorización del centro para celebrar la reunión litigiosa, pues la exigencia de dicha autorización previa sería contraria a la configuración del ejercicio del derecho de reunión pacífica *ex* artículo 21.1 CE. En segundo lugar, no queda probado que la información sobre la empresa, facilitada en la reunión, hubiese sido obtenida por el recurrente en razón de su relación laboral, pudiendo haber sido obtenida por otros medios, habida cuenta del carácter público del conflicto laboral existente. Asimismo, el TC no considera que la información divulgada recayera sobre asuntos sujetos legalmente a reserva o confidencialidad, ni que la dirección de la empresa hubiera indicado expresamente el carácter reservado de los datos facilitados en la reunión. Por último, el TC discrepa del razonamiento de la resolución impugnada, por el cual se considera ilegítima la conducta del recurrente por la causación de daños al prestigio de la empresa. Tal alegación no basta para considerar que la actuación sindical quebranta las obligaciones legales y contractuales del recurrente. Por todo ello, el TC considera que la sanción impuesta resultó «*manifestamente desproporcionada*», ocasionando una vulneración del derecho a la libertad sindical, en su vertiente de derecho a la libertad de expresión e información sindical.

STC 236/2006, de 17 de julio

RA: Estimación

Ponente: Pérez Vera

Conceptos: Derecho de acceso a la jurisdicción. Protección civil y penal de los derechos al honor, intimidad e imagen. Doble vía y opción del perjudicado. Extinción de la acción civil tras el proceso penal. Falta de pronunciamiento judicial sobre la responsabilidad civil.

Preceptos de referencia: Artículos 24.1 CE, artículo 1 LO 1/82, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Artículo 116 LECrim.

Las demandantes (ahora recurrentes en amparo) iniciaron un proceso civil por vulneración de su derecho al honor, que fue suspendido a solicitud de la parte demandada por haberse iniciado un proceso penal por injurias a instancia de otras personas. Tal como dispone el artículo 114 LECrim, el proceso penal suspende el proceso civil hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal. Las demandantes se personaron en el proceso penal, adhiriéndose a las querellas presentadas.

La sentencia penal declaró la extinción del delito de injurias por prescripción, sin contener un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil. Una vez firme la sentencia penal, las recurrentes en amparo solicitaron se alzase la suspensión del proceso civil. La sentencia de primera instancia estimó la petición de las demandantes, sentencia que fue confirmada por la Audiencia provincial, pero el recurso de casación interpuesto por la parte demandada fue estimado por el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo considera que las demandantes siguieron dos vías sucesivas para perseguir efectos indemnizatorios, lo cual no está permitido, y en consecuencia anula la sentencia de la Audiencia provincial. El TS entiende que la LO 1/82, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen, permite una doble vía procesal, la civil y la penal, sin preferencia por una u otra, pero el perjudicado tiene un derecho de opción, de modo que el ejercicio de la acción penal lleva consigo la extinción de la acción civil. Acudir a las dos vías sucesivamente para perseguir un efecto indemnizatorio, según el TS, raya el fraude procesal. Las demandantes interponen recurso de amparo ante el TC por vulneración del artículo 24.1 CE, en su concreto contenido de acceso a la jurisdicción, porque el órgano de casación, al estimar indebidamente extinguida la acción civil no entró a resolver sobre el fondo de las pretensiones.

El TC estima el recurso interpuesto. La acción civil sólo resulta extinguida cuando en el proceso penal la sentencia declare la inexistencia misma del hecho del que pudiera nacer la responsabilidad civil, como establece claramente el artículo 116 LECrim. *«La decisión de considerar extinguida la acción civil por el mero hecho de haberse personado en un proceso penal iniciado a instancia de otras partes y en el que, por determinarse la prescripción del delito imputado, quedó imprejuzgada la eventual responsabilidad civil, carece de base legal alguna en la que sustentarse, resultando todo ello inaceptable desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia (art. 24.1 CE).»* (FJ 5). Y es que, *«cuando se trata de acceder a la justicia dicho principio [pro actione] opera con toda intensidad, de modo que este Tribunal ha de comprobar, en primer término, si existe causa impeditiva del conocimiento del asunto y, en segundo lugar, si la interpretación que se haya hecho de la misma en el caso concreto contraviene el derecho fundamental, pues el rechazo de la acción con base en una interpretación restrictiva de las condiciones previstas para su ejercicio implica la vulneración del derecho que garantiza el artículo 24.1 CE (por todas, STC 42/1997, de 10 de marzo)»* (FJ 2).

SSTC 251/2006, de 25 de julio y 313/2006

CI. Desestimación.

Ponentes: Rodríguez-Zapata Pérez y Sala Sánchez. Votos particulares de Delgado Barrio y Rodríguez Arribas.

Conceptos: Expropiación forzosa. Derecho de propiedad. Legislación básica del Estado. Jurado territorial de expropiación.

Preceptos de referencia: Artículos 102 y 103 de la Ley de la Comunidad de Madrid 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo, en la redacción dada por la Ley 20/1997, de 15 de julio. Artículos 33, 149.1.1 y 149.1.18 CE.

Se cuestiona la constitucionalidad de los artículos 102 y 103 de la Ley de la Comunidad de Madrid 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política te-

ritorial, suelo y urbanismo, en la redacción dada por la Ley 20/1997 de 15 de julio, por posible vulneración del artículo 149.1.1 y 18 de la Constitución. El TC considera que sólo el artículo 102 tiene relevancia de cara al proceso *a quo* e inadmite el planteamiento de la cuestión respecto del artículo 103. Una segunda cuestión contra los mismos preceptos sería resuelta, en idéntico sentido a la ahora reseñada, por la posterior STC 313/2006, de 8 de noviembre (Pleno, Ponente Sala Sánchez), asimismo con votos particulares de los mismos Magistrados discrepantes. A estas dos sentencias hay que añadir una tercera (STC 315/2006, Pleno, Ponente Pérez Vera, de nuevo con votos discrepantes de Delgado y Rodríguez Arribas), que resolvió la Cuestión suscitada contra el artículo 152 de la Ley de Castilla-La Mancha 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del territorio y de la actividad urbanística y el artículo 2, apartado 44, de la Ley 1/2003, de 17 de enero, de modificación de la citada Ley 2/1998. De las tres sentencias, se reseña seguidamente la primera, con la que las otras dos coinciden y a la que se remiten.

En primer lugar se cuestiona la competencia de la Comunidad de Madrid para regular un Jurado territorial de expropiación forzosa como órgano administrativo de dicha comunidad encargado de asignar el justiprecio correspondiente ya que dicha competencia correspondería al Estado, en virtud de la competencia exclusiva en materia de legislación de expropiación forzosa, *ex* artículo 149.1.18 CE.

El TC recuerda que la expropiación forzosa, además de ser un instrumento positivo puesto a disposición del poder público constituye al tiempo una garantía constitucional del derecho de propiedad privada y por ello el constituyente ha pretendido que exista una regulación general de la institución expropiatoria (FJ 5). Sin embargo, cuando, en virtud de la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, la legislación sectorial corresponda a éstas, son ellas, «y no el Estado, las que ostentan la potestad de definir legalmente los supuestos en que cabe hacer uso del instrumento expropiatorio mediante la declaración de la causa expropiandi necesaria en cada caso, sin perjuicio de la obligación de atenerse a la legislación general del Estado que garantiza por igual los derechos patrimoniales de todos los sujetos privados» (STC 37/1987, FJ 6). En base a esta doctrina el TC considera correcto que la Comunidad de Madrid haya regulado mediante Ley el establecimiento de un Jurado territorial autonómico de expropiación, regulación que es consecuencia de la función normativa de autoorganización de sus propios servicios expropiatorios (FJ 6).

La segunda cuestión se plantea en relación con la composición del Jurado territorial ya que se alega la existencia de un desequilibrio existente en la representación de intereses públicos y privados, en claro favor del interés público expropiatorio, lo que supone apartarse claramente del modelo fijado en la Ley de expropiación forzosa. Dicha composición comportaría invadir las competencias del Estado en materia de legislación expropiatoria (art. 149.1.18 CE) y quebrantaría una condición básica de igualdad de los españoles en el derecho a la indemnización expropiatoria (art. 149.1.1, en relación con el art. 33, apartados 1 y 3 CE).

El TC (FJ 8) se remite a lo que ya ha afirmado acerca de que las Comunidades Autónomas no están obligadas a servirse de los Jurados provinciales de expropiación regulados en la Ley de expropiación forzosa para instrumentar las expropiaciones de su competencia, sino que a tal fin pueden crear sus propios órganos. Esta facultad queda comprendida dentro del ámbito de «*libre organización de la propia Administración autonómica*» y por lo tanto se

trata de la materia relativa al régimen jurídico de las Administraciones públicas. En esta materia el Estado tiene atribuido el establecimiento de «*las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas*» (art. 149.1.18 CE), mientras que a la Comunidad de Madrid le corresponde el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución.

En relación a esta esfera, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común establece la normativa básica a la que debe sujetarse la organización de las Administraciones públicas y en cuanto a la «*creación de órganos administrativos*» establece que «*corresponde a cada Administración pública delimitar, en su propio ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios derivadas de las especialidades de su organización*» (art. 11.1), sometiendo dicha creación a determinados requisitos.

En cuanto a la regulación de los órganos colegiados se aprecia que el legislador básico otorga un amplísimo margen al desarrollo normativo que las Comunidades Autónomas pueden realizar acerca de sus propios órganos colegiados, sin que exista ninguna norma básica que establezca criterios cuantitativos o cualitativos de composición, ni siquiera de carácter genérico, de los órganos colegiados. Según el TC, teniendo en cuenta que en los procesos expropiatorios las garantías de los expropiados se satisfacen con el carácter reglado del procedimiento expropiatorio y con las reglas de determinación del justiprecio fijadas por el legislador, a lo que se une obviamente en otro orden de cosas la posibilidad de revisión de los acuerdos en la vía jurisdiccional, la «*incidencia externa*» que pueda tener en dichas garantías la concreta composición del Jurado territorial que ahora se enjuicia no resulta determinante, especialmente si, como es el caso, el parámetro de contraste constituido por el artículo 32.1 de la Ley preconstitucional estatal carece de la virtualidad aducida y no se ha alegado ninguna otra motivación complementaria (FJ 10). Por tanto, el artículo 102 cuestionado no vulnera la competencia básica estatal en materia de «*organización administrativa*» (art. 149.1.18 CE), pues el artículo 32.1 de la Ley de expropiación forzosa de 1954 carece de carácter básico (FJ 10).

En cuanto a la infracción del artículo 149.1.1 CE que se atribuye a la composición del Jurado territorial de expropiación forzosa regulada en el artículo cuestionado, el TC declara que la posición de igualdad de los españoles en el ejercicio de sus derechos fundamentales (conectados en este caso al derecho de propiedad regulado en el artículo 33 CE) resulta asegurada por las «*garantías expropiatorias de carácter patrimonial y procedimental [que] han de ser establecidas en exclusiva por la legislación del Estado*», sin que dichas garantías deban ser satisfechas, en los casos en que las Comunidades Autónomas disponen de competencias normativas y de ejecución en las materias sustantivas, mediante la exigencia de la normativa estatal a través de órganos de igual composición. Por ello descarta la vulneración del artículo 149.1.1 CE por el precepto legal cuestionado (FJ 11). En consecuencia, el TC desestima la cuestión de inconstitucionalidad.

En su Voto particular, el Magistrado Delgado discrepa del razonamiento del Pleno acerca de la composición del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa regulado en la norma cuestionada. La discrepancia se centra en qué debe entenderse por básico, a fin de lograr una igualdad «*en todo el territorio del Estado*» de modo que los bienes expropiados no sean evaluados de forma diferente en unas y otras partes del Estado. Según Delgado, la actuación del

Jurado tiene una decisiva proyección *ad extra*, por lo que resulta clara la necesidad de una norma estatal básica cubriendo por tanto la composición del órgano al que corresponde cuantificar el justiprecio y que se integra, en lo que ahora importa, en las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18^ª CE), pues es evidente, dice, que la eficacia última de la garantía depende de quién sea el que decida la cifra del justiprecio (FJ 3).

Según el Voto particular de Rodríguez Arribas, la cuestión sólo podía enfocarse desde la protección constitucional del derecho de propiedad, cuyas garantías deben ser comunes en toda España para hacer realidad efectiva la igualdad de sus ciudadanos (art. 149.1.1); garantías entre las que se cuenta que la posibilidad de recurso ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, de la que también se habla en la Sentencia, pueda ser mucho más que la genérica y general que puede utilizarse ante cualquier acto administrativo. Según dicho Magistrado, es claro que el artículo 149.1.18 CE consagra la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación sobre expropiación forzosa y, en consecuencia, también en cuanto a la creación de los órganos encargados de la función principal en dicha materia, como son los que han de fijar el justiprecio. La Sentencia del TC al sostener la tesis contraria, es decir, la facultad de las Comunidades Autónomas para crear Jurados de expropiación, invoca doctrina del propio Tribunal citando entre otras las SSTC 37/1987, de 26 de marzo, si bien todas ellas se refieren a la capacidad de las Comunidades Autónomas para establecer la *causa expropriandi* cuando ostenten competencias sectoriales en materia de expropiación. Sin embargo el Magistrado considera que ahora se da un paso más extendiendo competencias autonómicas más allá de lo que permite el artículo 149.1.18 CE. Sin embargo, si bien difícilmente –según dicho Magistrado– podría aceptarse que las Comunidades Autónomas puedan crear Jurados territoriales de expropiación en el marco de sus propias competencias de autoorganización y regulación de procedimientos, siempre dentro de las bases que en dichas materias se fijan por el Estado, lo que resulta inasumible es negar que la composición de estos importantes órganos sea indiferente y no constituya, en cualquier caso, una base que deba observarse por el legislador autonómico; base que se encuentra en la Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 y concretamente en su artículo 32, en cuanto fija unos criterios que deben ser observados en todo caso (FJ 3). En consecuencia, considera que debió declararse la inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados.

STC 299/2006, de 23 de octubre

RA: Estimación.

Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez.

Conceptos: Derecho fundamental a la libertad de expresión. Derecho de defensa.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1 a) y 24.2 CE.

En el marco de un proceso civil sobre la guarda y custodia de su nieta, la actora, madre del padre fallecido de la niña, alegó, entre otros motivos, que la madre de la niña (demandada) era toxicómana y que había sido detenida por la policía como sospechosa de traficar con drogas. Tales acusaciones motivaron la interposición de una querrela criminal por parte de la madre contra aquélla imputándole sendos delitos de injurias y calumnias; querrela que fue estimada por la

Audiencia Provincial de Zaragoza, condenando a la acusada al pago de dos multas y a compensar los daños ocasionados a la querellante. La condenada por estos delitos interpone recurso de amparo ante el TC contra esta Sentencia. El TC otorga el amparo solicitado, reconociendo el derecho de defensa de la recurrente en relación con la libertad de expresión e información.

1. Extensión del derecho fundamental a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada a la autodefensa.—La configuración del caso como un conflicto entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en el marco del proceso y sus límites, obliga al TC —como ya había hecho en otras ocasiones— a extender la especial protección de dicha manifestación del derecho a la libertad de expresión a los supuestos de autodefensa, esto es, aquellos en los que el ciudadano asume la defensa de sus derechos e intereses legítimos. No obstante, conviene precisar que, en el presente caso, la recurrente en amparo actuó en el proceso civil que está en el origen del caso con asistencia letrada (cfr. Antecedentes 1), con lo que cabe entender que las alegaciones litigiosas contenidas en la demanda civil, y por las que fue condenada la recurrente en la vía penal, fueron redactadas —o cuando menos, revisadas— por un Letrado. De lo dicho, parece desprenderse que la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada es aplicable a cualquier manifestación realizada en el marco de la defensa judicial de una pretensión, con independencia de la presencia letrada.

2. Menor entidad de la afectación del derecho al honor por la ausencia de difusión del proceso judicial.—Como delimitación del conflicto de intereses en juego, el TC no deja de destacar que el marco en el que se produjeron las manifestaciones litigiosas, esto es, un proceso judicial desarrollado a puerta cerrada, determina, *a priori*, una menor afección del bien jurídico que opera, en el caso, como contrapeso del derecho fundamental a la libertad de expresión, a saber, el derecho al honor de la madre de la hija.

3. Constitucionalidad de la condena penal.—Delimitados los términos del debate, el TC analiza si la aplicación de la normativa penal llevada a cabo por el órgano judicial es constitucionalmente legítima, esto es, si ha respetado debidamente el derecho de defensa de la recurrente. Así, el TC acredita que las afirmaciones litigiosas «*guardan estrecha relación y conexión con la pretensión ejercitada*» (FJ 6), al constituir manifestaciones dirigidas a la defensa de los intereses de la recurrente, que, si bien fueron motivadas por un subjetivismo incompatible con la situación real, no dejan de encontrar justificación en el ejercicio del derecho de defensa garantizado en la Constitución. En consecuencia, la condena penal impugnada ha vulnerado el derecho de defensa en relación con los de libre expresión e información.

STC 338/2006, de 11 de diciembre

RA: Estimación.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Derecho fundamental a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada. Hechos veraces.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1 a) y 24.2 CE.

Un abogado, que asumió la defensa de un cliente a quien la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Ferrol denegó la asistencia jurídica gratuita por considerar sus pretensiones, en el marco de un procedimiento judi-

cial sumario ejecutivo, como insostenibles, manifestó, en un escrito dirigido en el Juzgado que tramitaba dicho procedimiento, que la actuación de la abogada nombrada por el citado Colegio de Abogados y que propuso aquella denegación de asistencia jurídica gratuita se vio influenciada por su relación familiar directa con personas estrechamente vinculadas a la parte actora en el pleito, sugiriendo, además, ciertas disfunciones en la emisión del dictamen del citado Colegio de Abogados por el hecho de que su decano era, a su vez, el abogado de la parte actora. Precisamente este último abogado presentó una denuncia por falta disciplinaria contra aquel abogado por faltar al respeto a sus compañeros de profesión; denuncia que fue estimada por los distintos órganos competentes y parcialmente confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Ante estas resoluciones, el abogado sancionado interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que lo estima y reconoce que la sanción impuesta vulneró el derecho a la libertad de expresión en relación con el ejercicio del derecho a la defensa.

1. Doctrina constitucional sobre el del derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada y sus límites.—Como es habitual en estos casos, el TC reitera, por un lado, la singular protección constitucional del ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados intervinientes, así como, por el otro, los límites derivados del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad del Poder Judicial. La ponderación de ambos extremos exige analizar si unas determinadas expresiones litigiosas resultan justificadas por el ejercicio del derecho de defensa. Así, el TC no parece dar excesiva relevancia, a la hora de concretar los límites al ejercicio de dicho derecho, al hecho de que aquéllos provengan del respeto a la autoridad judicial o al de otras entidades o personas, como sucedería en el presente caso.

2. Aplicación al caso.—El TC considera, después de encuadrar las manifestaciones litigiosas en el marco del ejercicio de la defensa letrada, que éstas no pueden considerarse vejatorias ni insultantes para los compañeros de profesión del recurrente, ni menoscaban la función que éstos son llamados a desempeñar como abogados, ya que se limitaron a describir unos hechos cuya veracidad no ha sido discutida y, en todo caso, son relevantes para la defensa del cliente del recurrente.

STC 365/2006, de 21 de diciembre.

CI. Estimación parcial. Se declara la inconstitucionalidad y nulidad de diversos artículos de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Castilla-La Mancha, de Ordenación del territorio y de la actuación urbanística.

Ponente: Rodríguez Arribas.

Preceptos de referencia: Ley 2/1998 de Castilla-La Mancha, de Ordenación del territorio y de la actuación urbanística. Artículo 14.1. Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones. Artículo 149.1.1 CE.

Conceptos: Derecho de propiedad. Condiciones básicas para la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales. Deberes del propietario del suelo urbano consolidado. Aprovechamiento urbanístico.

Se plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto determinados preceptos de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 2/1998, de 4 de junio, de ordenación del territorio y de la actuación urbanística, al entender que dichos preceptos vulneran la competencia exclusiva del Estado para la fijación

de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad *ex* artículo 149.1.1 CE. Si bien estos preceptos han sido modificados, según el TC dicha reforma no comporta la pérdida de objeto de la cuestión planteada en la medida en que la norma cuestionada, pese a su derogación, resulta aplicable al proceso *a quo* y de su validez depende la decisión a adoptar (FJ 2). La cuestión se plantea en la medida que los preceptos legales cuestionados imponen deberes de cesión a todos los propietarios de suelo urbano siendo así que en la legislación estatal dictada al amparo del artículo 149.1.1 CE los propietarios de suelo urbano consolidado quedan dispensados de dichos deberes. Esta dispensa se plasma en el artículo 14.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones (LRSV)

El TC recuerda que la STC 164/2001(FJ 20) declaró que lo dispuesto en el artículo 14 LRSV se incardina dentro de la competencia atribuida al Estado por el artículo 149.1.1 CE para el establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Por contra, la imposición de deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico por las Comunidades Autónomas frustraría el fin igualador buscado por los artículos 149.1.1 CE y 14.1 LRSV. Se reprocha pues al legislador autonómico la imposición de unos deberes de cesión a los propietarios de suelo urbano consolidado en contra de lo previsto, con carácter de condición básica *ex* artículo 149.1.1 CE, en el artículo 14 LRSV.

Según el TC, conforme a la doctrina constitucional antes sintetizada, los preceptos impugnados entran en contradicción con el artículo 14.1 LRSV, que dispone, como condición básica *ex* artículo 149.1.1 CE que todos los propietarios del suelo urbano consolidado puedan patrimonializar el 100 por 100 del aprovechamiento urbanístico correspondiente a cada parcela o solar (STC 54/2002, de 27 de febrero, F. 5). En consecuencia se estima parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad (FJ 7) y se anulan los artículos 51.1.2 *d)*, 51.1.2 *e)*, 69.2 *a)* 1, 69.2 *a)* 2, 69.2 *a)* 3, 69.2 *b)* y 71.3 (en cuanto se conecte con los apartados *a)* 2 y 3 del artículo 69.2) de la Ley 2/1998 de Castilla-La Mancha.

El TC, en base al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y al artículo 40.1 LOTC, precisa el alcance de la declaración de nulidad y establece que la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad no permitirá revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de la Ley inconstitucional. Por el contrario, la declaración de inconstitucionalidad será eficaz en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme.

ATC 54/2006

CI. Inadmisión

Conceptos: Idioma de los asientos del Registro Civil. Legitimación de los Jueces de Paz para plantear Cuestiones de Inconstitucionalidad. Registro Civil y función jurisdiccional.

Preceptos de Referencia: Artículos 86, 298.6 y 300 del Reglamento de la Ley del Registro Civil (Decreto de 14 de noviembre de 1958). Artículo 23 Ley del Registro Civil, según redacción dada por Ley 12/2005. Artículos 163 CE y 35.1 LOTC.

El Auto resuelve la Cuestión planteada por un Juez de Paz en relación con varios preceptos del Reglamento de la Ley del Registro Civil (Decreto de 14 de

noviembre de 1958), por una presunta vulneración del principio de igualdad y de reserva de ley, al obligar a practicar los asientos en castellano, impidiendo hacerlo en catalán. Pese a que, tras el planteamiento de la Cuestión, la Ley 23/2005 introdujo un nuevo párrafo en el artículo 23 de la Ley del Registro Civil para permitir que los asientos registrales puedan hacerse no sólo en castellano sino también en las otras lenguas oficiales de las Comunidades en que esté radicado el Registro, el TC se pronuncia sobre algunas cuestiones de interés. En primer lugar, la imposibilidad de suscitarse cuestiones respecto de normas carentes de rango legal, cuyo control no compete al TC sino a la jurisdicción ordinaria, salvo en aquellos casos –diferentes del planteado– en los que «*la identificación de la norma reglamentaria con la Ley es tal que no permite la inaplicación de aquella sin, al mismo tiempo, dejar de aplicar ésta*» (FJ 2). En segundo lugar, el TC aborda la legitimación de un Juez de Paz para plantear cuestiones de inconstitucionalidad cuando actúa en ejercicio de las funciones que le competen por delegación del Encargado del Registro Civil. A este propósito, el TC recuerda, ante todo que «*los Jueces de Paz ostentan competencia para plantear cuestiones de inconstitucionalidad (ATC 235/1997, de 24 de junio), dado que los Juzgados de Paz son órganos judiciales (art. 26 LOPJ) que constituyen el primer escalón en la estructura judicial del Estado (STC 62/1990, de 30 de marzo, F. 6) y que están dotados de aquellas competencias que en los órdenes jurisdiccionales civil y penal determinen las Leyes (art. 100 LOPJ), al mismo tiempo que «cumplirán también funciones de Registro Civil y las demás que la Ley les atribuya» (art. 100.1 LOPJ)*». Sin embargo, prosigue, «*esta regla quiebra cuando actúan en el cumplimiento de las funciones que legalmente se les encomiendan en el ámbito de los Registros Civiles Municipales, por delegación del Juez de Primera Instancia Encargado del Registro Civil respectivo (arts. 86.1 LOPJ, 10.1º LRC y 46.1 RRC)*». «*En efecto, en los AATC 505/2005 y 508/2005, de 13 de diciembre, hemos concluido que los Jueces Encargados del Registro Civil, cuando actúan en esta específica condición de Encargados del Registro Civil y en el ejercicio de las funciones que como tales les corresponden, no ejercen jurisdicción ni, por consiguiente, su actuación puede ser calificada como jurisdiccional, cualidad que, en consecuencia, tampoco revisten las decisiones o resoluciones que puedan dictar en el ejercicio de tales funciones, aun estando dictadas por quien es, además, titular de un órgano judicial*». Como se dijo en la STC 56/1990 «*“la circunstancia de que la función registral civil fuera encomendada cuando se creó esta institución en nuestro Derecho –Ley de 17 de junio de 1870–, por razones que ahora es innecesario exponer, a los órganos judiciales, no convierten automáticamente aquella función en jurisdiccional. El Registro Civil, pese a estar encomendada su llevanza a órganos judiciales, no es función jurisdiccional, sino registral [...]” (F. 31; en el mismo sentido, STC 62/1990, de 30 de marzo, F. 6; y ATC 311/1993, de 25 de octubre, F. 3)*».

ATC 58/2006

RI. Solicitud de Medidas Provisionales. Desestimado.

Conceptos: Imposibilidad de suspensión cautelar de leyes del Estado.

Ley 21/2005 («Archivo de Salamanca»).

Preceptos de referencia: Artículo 30 LOTC.

El Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla y León planteó recurso de inconstitucionalidad frente a determinados preceptos de la Ley 21/2005, de

17 de noviembre, de restitución a la Generalidad de Cataluña de los documentos incautados con motivo de la Guerra Civil y custodiados en el Archivo General de Salamanca. En el marco de dicho procedimiento, el órgano recurrente solicitó la adopción de diversas medidas provisionales que, de acuerdo con la valoración del TC, entrañarían en parte la suspensión de la aplicación de la Ley. El TC, con cita de otros precedentes, rechaza la petición: «*“La Constitución no contempla que la aplicabilidad de la Ley estatal subsiguiente a su entrada en vigor pueda resultar enervada mediante medida suspensiva o cautelar alguna, aunque sí existe tal previsión respecto de las disposiciones de las Comunidades Autónomas cuando el Gobierno de la Nación las impugne”* (art. 161.2 CE). *Este criterio ha sido concretado de modo concluyente por la LOTC: “La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas”* (art. 30)» (FJ 4). «*De acuerdo con la Constitución, la LOTC y la doctrina constitucional, el Tribunal Constitucional tiene vedada la posibilidad de suspender la aplicabilidad de la Ley estatal, como consecuencia de la presunción de legitimidad que tiene la Ley por ser manifestación de la voluntad popular expresada por el legislador* (STC 66/1985, de 23 de mayo, F. 3)» (FJ 4). «*No puede acogerse, por tanto, el alegato de la parte actora de que haya de distinguirse entre Leyes que contengan mandatos generales o abstractos y Leyes que incluyan mandatos específicos y que, respecto de estas últimas, pueda el Tribunal acordar cualquier tipo de medida provisional que, en definitiva, suspenda la aplicación de las prescripciones legales. Y ello porque la doctrina constitucional reproducida otorga una eficacia a la Ley, a cualquier Ley estatal, que no admite su debilitamiento hasta que recaiga Sentencia*» (FJ 4).

ATC 59/2006

CI. Inadmisión. Votos particulares.

Conceptos: Matrimonio entre personas del mismo sexo. Registro Civil y función jurisdiccional.

Preceptos de Referencia: Artículo 44, II CC (Ley 13/2005). Artículo 32.1 CE.

Con ocasión de la tramitación de un expediente matrimonial a instancia de dos personas del mismo sexo, la Juez encargada del Registro plantea cuestión de constitucionalidad en relación con el artículo 44 párrafo segundo del CC, en la redacción dada por la Ley 13/2005, por su posible contradicción con el artículo 32.1 CE. La cuestión planteada es idéntica a las promovidas por otros Jueces encargados de Registros Civiles, que fueron inadmitidas a trámite por los Autos del TC 505/2005 y 508/2005, ambos de 13 de diciembre.

En cuanto a los requisitos procesales, la juez defendía su legitimación con el argumento de que, como encargada del Registro, no ejercía una función meramente administrativa sino jurisdiccional, constituyendo ésta, a su juicio, una de las «*peculiaridades del modelo registral adoptado por el Ordenamiento español*». El Juez, decía, asume las funciones registrales «*sin que por ello se produzca una mutación en cuanto a su condición de Juez y, por*

tanto, integrante del Poder Judicial». A ello añadía que «el legislador ha otorgado a los expedientes registrales un tratamiento similar al de los expedientes de jurisdicción voluntaria (art. 16 RRC), no habiendo apreciado el Tribunal Constitucional obstáculo procesal alguno en la promoción de cuestiones de inconstitucionalidad con ocasión de expedientes de esta naturaleza». En idéntico sentido, señalaba la «flexible interpretación que [el TC] ha efectuado de los términos proceso, sentencia y fallo de los artículos 163 CE y 35 LOTC (SSTC 76/1982; 76/1992), pudiendo plantearse la cuestión tanto si la decisión adopta la forma de sentencia como la de auto, como ocurre en el presente caso». Y concluía: «No reconocer potestad al Juez encargado del Registro Civil para plantear una cuestión de inconstitucionalidad cuando le ofrece dudas la constitucionalidad de la norma a aplicar en unas actuaciones sobre las que ejerce poderes decisorios llevaría a la grave conclusión de que en este tipo de actuaciones se vería obligado a aplicar una Ley de cuya constitucionalidad duda».

Respecto al fondo, la Juez entendía que el artículo 44 CC, en su nueva redacción, sería contrario al artículo 32.1 CE pues éste «considera que la heterosexualidad es el elemento sustancial e identificador de la institución del matrimonio garantizada constitucionalmente». En este sentido, razonaba, «tanto una interpretación literal como sistemática del artículo 32.1 CE conducen al reconocimiento de un derecho constitucional al matrimonio entre el hombre y la mujer. La referencia que en el citado precepto constitucional se hace al hombre y a la mujer tiene un doble alcance: de un lado, reconoce la plena igualdad jurídica entre el hombre y la mujer; de otro, introduce una mención expresa de la diversidad sexual al enunciar un concreto derecho fundamental, lo que no impide que el legislador pueda reconocer a las parejas homosexuales el conjunto de derechos y deberes propios del matrimonio». Asimismo recurría al argumento histórico: «En los trabajos parlamentarios del artículo 32.1 CE ninguna referencia existe con respecto a que el derecho a contraer matrimonio que se reconoce en el citado precepto constitucional se refiera a la unión entre personas del mismo sexo. Los debates en el Congreso de los Diputados se centraron en la cuestión entonces en discusión, a saber, la disolución del matrimonio, sin que en momento alguno se suscitara la eventualidad de un matrimonio entre personas del mismo sexo. Así pues, el constituyente, cuando en el artículo 32.1 CE recogió el derecho a contraer matrimonio, estaba pensando en el matrimonio entre hombre y mujer, porque existía una figura normativa o institución preexistente perfectamente identificada y configurada a través de los siglos en la cultura jurídica occidental». La argumentación se completaba con una detallada referencia a los Tratados y Acuerdos internacionales (de los que resultaría que el matrimonio es heterosexual) y a la doctrina del TC relativa a la inexistencia de un derecho constitucional al matrimonio entre personas del mismo sexo (AATC 222/1992 y 222/1994; en el mismo sentido, Resolución de la DGRN de 21 de enero de 1981). También invocaba la opinión del Consejo de Estado (Dictamen de 16 de diciembre de 2004) y del Consejo General del Poder Judicial.

En línea con sus Autos anteriores el TC afirma: «La respuesta al interrogante planteado, esto es, si la Magistrada-Juez encargada del Registro Civil está o no facultada para elevar al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad en el ejercicio de las funciones que desempeña en tal condición y, más concretamente, con ocasión de la tramitación de un expediente matrimonial, vendrá determinada, de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, por la calificación o no como jurisdiccional de la activi-

dad que con carácter general lleva a cabo como encargada del Registro Civil, aun cuando la misma no se desarrolle a través de un proceso en sentido técnico estricto y, en particular, de la calificación o no como jurisdiccional de su actuación en un expediente matrimonial. Tal determinación requiere el examen tanto de la posición institucional del Juez encargado del Registro Civil, cuanto de su actuación en un expediente matrimonial» (FJ 5). Planteado así el problema, el TC niega que el Juez encargado del Registro ejerza, como tal, funciones jurisdiccionales y, en consecuencia, inadmite la Cuestión: «Ni en el desempeño de dicha actividad ésta desarrolla una función jurisdiccional, al integrarse en la estructura administrativa del Registro Civil, bajo la dependencia funcional que no orgánica del Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ni puede calificarse de jurisdiccional la decisión, pese a su denominación de Auto, que ha de adoptar en el expediente matrimonial aprobando o denegando la celebración del matrimonio, al ser susceptible de recurso y revisión ante un órgano administrativo, por lo que tampoco en modo alguno dicha decisión puede merecer la consideración (ni aun en la flexible interpretación que este Tribunal ha hecho del término “fallo” utilizado por los artículos 163 CE y 35.1 LOTC), de «pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial» (STC 76/1982, de 14 de diciembre, F. 1).

ATC 75/2006

RA. Desestimado.

Conceptos: Intimidad y derecho a la información. Demanda planteada por el Ministerio Fiscal. Informaciones acerca de la salud de una menor. Falta de interés público. Asunto tratado en otros medios. Intimidad y «reportaje neutral»

Preceptos de referencia: Artículo 18 CE. LO 1/82.

El caso tiene su origen en tres reportajes, publicados en un medio de comunicación, acerca de la salud de una menor, de tres años de edad. En el primero se decía que nació con anticuerpos del SIDA. En el segundo, se recogían declaraciones del padre y algunos análisis que acreditarían que los anticuerpos habrían desaparecido, explicando además que la menor había sido dada en adopción a un centro tutelar de menores. En el tercero, además de insistir en la desaparición de los repetidos anticuerpos, se daban datos del centro en que la niña estaba escolarizada. Los tres reportajes se ilustraban con fotografías en los que ésta era perfectamente identificable. El Ministerio Fiscal interpuso demanda en defensa de los derechos al honor, intimidad e imagen de la menor contra la editora de la revista, su director, el autor de los reportajes, la agencia para la que éste trabajaba y, en fin, el padre de la niña. La demanda fue estimada en primera instancia y desestimada en apelación. El TS dio lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, saliendo expresamente al paso del argumento según el cual con los reportajes se habría querido contrarrestar de lo publicado en otros medios en los que se habría afirmado que la niña tenía SIDA. Ante el Recurso de Amparo planteado por parte de los demandados, el TC afirma que: «*Ha de concluirse que la queja de los recurrentes [...] carece manifiestamente de contenido constitucional. Al hecho señalado por el Ministerio Fiscal de que quienes divulgaron la noticia no obtuvieron el consentimiento necesario para su difusión, ha de añadirse que es indudable*

que la difusión de noticias relativas al estado de salud con el que nació una niña y a la evolución del mismo durante sus tres primeros años de vida carece de interés público. Por lo demás, el hecho, incontestado, de que las condiciones de la enfermedad de la menor habían sido previamente difundidas por diversos medios de comunicación, no justifica en absoluto la reiteración en el tratamiento de un tema que hay que considerar como comprendido claramente en el derecho a la intimidad de la misma. En fin, el argumento también alegado de que las informaciones se limitaban a recoger las declaraciones de un tercero, lo que podría convertirlas en un supuesto reportaje neutral, debe ceder desde el momento en que subsisten todas las dudas de la aplicación de esta construcción a un supuesto de lesión del derecho a la intimidad (por todas, 127/2003, de 30 de junio, F. 8)» (FJ 3).

ATC 156/2006

RA y Suspensión de ejecución de sentencia. Se concede.

Preceptos de referencia: Artículo 56.1 LOTC.

Conceptos: Amparo y suspensión de ejecución de sentencia. Demolición de la vivienda habitual.

El Auto se refiere a la suspensión de la ejecución de una sentencia, solicitada al interponer recurso de amparo contra ella. La sentencia en cuestión ordenaba la demolición de parte de la vivienda habitual del recurrente. Conforme al artículo 56.1 LOTC, la Sala que conozca de un recurso de amparo suspenderá la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclame el amparo constitucional, «cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad», aunque la suspensión podrá denegarse cuando de ella «pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales, o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero». Conforme a la doctrina del TC, la suspensión cautelar en el proceso de amparo constituye una medida excepcional y de aplicación restrictiva «dada la presunción de legitimidad que alcanza a todas las actividades de los poderes públicos, presunción inherente a la entera actividad pública (legislativa, ejecutiva y judicial)» (FJ 1). «Con relación a los perjuicios de carácter patrimonial o económico, hemos señalado[...] que, por más que puedan producir efectos desfavorables a quien demanda amparo, no pueden considerarse, en principio, como causa suficiente para acordar la suspensión de una resolución judicial firme, pues dichos perjuicios son susceptibles de ser reparados en la hipótesis de que la pretensión de amparo sea estimada, de modo que no conlleven un perjuicio irremediable al obligado al pago que pueda hacer perder la finalidad del recurso de amparo» (FJ 1). No obstante, no hay que descartar que de la ejecución se derive un perjuicio irreparable, que haga perder su finalidad al eventual amparo. «Por ello, como se recuerda en el ATC 16/2003, de 22 de enero, F. 2, hemos acordado la suspensión en supuestos en que la ejecución de las resoluciones recurridas en amparo acarrearía perjuicios económicos difícilmente reparables por su entidad o por la irreversibilidad de las situaciones jurídicas que puedan producirse, «como ocurre en los casos de enajenación forzosa de los bienes embargados o de transmisión a un tercero de la propiedad de un bien determinado, haciendo así que éste sea irre recuperable (por todos, AATC 565/1986, 52/1989, 222/1992, 183/1996, 5/1997, 52/1997, 287/1997, 99/1998 y 161/1999), así como de demolición de

viviendas (ATC 225/1999). Otro tanto sucede cuando se declara la resolución de la relación arrendaticia y se acuerda el lanzamiento de la vivienda o local, pues la pérdida de la posesión del inmueble podría dar lugar a un perjuicio difícilmente reparable en su integridad, al generar una situación irreversible (por todos, AATC 684/1986, 405/1989, 351/1991, 234/1995, 47/1997 y 137/1998) e incluso en supuestos de privación temporal del uso de la vivienda de la que es propietario el recurrente y que constituye su residencia habitual (ATC 223/1996)» (FJ 1). «La demolición de la vivienda es uno de los supuestos excepcionales en los que procede la suspensión de la resolución impugnada, puesto que el perjuicio sería de difícil reparación (ATC 225/1999, de 27 de septiembre, F. 3). En consecuencia, teniendo en cuenta que en este momento procesal no se aprecia que la suspensión de la ejecución pueda entrañar una perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales y libertades públicas de terceros, procede otorgar la suspensión solicitada» (FJ 2).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Derecho extranjero y recurso de casación (STS, Sala Primera, de 4 de julio de 2006): el Tribunal Supremo cruza el Rubicón

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid (España)

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia (España)

I. INTRODUCCIÓN: EL CASO

La STS de 4 de julio de 2006 es una sentencia histórica. En ella, la Sala Primera del TS (Ponente: Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías) abordó un caso relativo a un «contrato de agencia marítima» firmado en Alemania en abril de 1987 entre una empresa sometida al Derecho de la República Democrática Alemana (DDR), y que posteriormente se reconvirtió al Derecho de la Alemania unificada en 1990, y una empresa española. La cláusula 14 de dicho contrato, celebrado por tiempo indefinido, afirmaba con meridiana claridad que las partes elegían, como Derecho aplicable a dicho contrato, el Derecho alemán por elección expresa de las partes (= «*The proper law applicable is that of the German Democratic Republic*»). La compañía alemana consideró que la empresa española había incurrido en incumplimiento de contrato y le reclamó sustanciosas cantidades ante los tribunales españoles. La empresa española formuló reconvencción, pues sostuvo que la compañía alemana había incurrido en ciertos incumplimientos parciales y solicitó una indemnización por los daños y perjuicios. La sentencia dictada en primera instancia y también la dictada en apelación estimaron la reconvencción y condenaron a la compañía alemana. Ésta recurrió en casación ante el TS. Varias son las cuestiones jurídicas que suscita esta histórica sentencia. Las más relevantes, que serán aquí sucintamente comentadas, son las que conciernen a los aspectos de Derecho internacional privado (DIPr.) y en particular, las que afectan a la

posibilidad de recurrir en casación por incorrecta aplicación del Derecho extranjero regulador del fondo del litigio (para España, *vid.* A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, 8.ª ed., Ed. Comares, Granada, 2007, pp. 267-315; en general, *vid.* el completo panorama que ofrece M. Jänterä-Jareborg, «Foreign law in national courts: a comparative perspective», *RCADI*, vol. 304, 2003, pp. 181-385).

II. EL ART. 10.5 CC Y LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

El contrato de agencia marítima que vinculaba a las partes se firmó en 1987. En tal fecha, la norma de conflicto que resultaba aplicable para determinar la Ley reguladora de los contratos internacionales, era el artículo 10.5 CC. Pues bien, dicho precepto indica que la Ley aplicable a los contratos internacionales será, en primer lugar, «*la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate*». En el presente supuesto, ninguna duda surge: la aplicación al contrato de la Ley de la DDR fue acordada por las partes de modo expreso (= cláusula 14 del contrato: «*The proper law applicable is that of the German Democratic Republic*»). Dicha elección cumplía con las exigencias recogidas en el art. 10.5 CC para surtir plenos efectos jurídicos: *a)* La Ley elegida era la Ley «de un Estado», ya que en el momento de la elección, la DDR era un Estado con un ordenamiento jurídico propio (= *Deutsche Demokratische Republik*); *b)* La elección se había realizado de forma «expresa», pues constaba en el texto del mismo contrato; *c)* La Ley elegida presentaba una evidente vinculación con el negocio en cuestión, ya que una de las empresas contratantes ostentaba la nacionalidad de dicho país y, además, el contrato se había firmado en la ciudad de Rostock, próspera población báltica que perteneció al territorio de la DDR. En consecuencia, el TS declara, y las partes así lo asumen, que con arreglo al artículo 10.5 CC, el contrato se regía exclusivamente por el Derecho de la DDR.

III. SUCESIÓN DE ESTADOS, UNIFICACIÓN ALEMANA Y CONFLICTO DE LEYES

El contrato que vinculaba a las partes se prolongó durante un arco temporal muy amplio. Por ello, el contrato estaba en pleno vigor cuando, el 3 de octubre de 1990, la DDR dejó de existir en virtud del llamado «Tratado de Unificación» (*Einigungsvertrag*). Este Tratado consagró la reunificación alemana (*Deutsche Wiedervereinigung*) tras largos años de división de este país como consecuencia de la división de Alemania que tuvo lugar tras la derrota del Tercer Reich en la Segunda Guerra Mundial el 8 de mayo de 1945. En suma: la DDR dejó de existir el 3 de octubre de 1990, y, sin embargo, el artículo 10.5 CC indicaba que dicho contrato estaba sometido al Derecho de la DDR, ya que a tal Derecho se habían sometido libremente las partes en el contrato. Un Ordenamiento Jurídico que tras esa fecha, ya no existía.

El TS indica que «*teniendo en cuenta, sin embargo, que al desaparecer la DDR, es el derecho de la República Federal de Alemania el que debe ser aplicado*». El problema presenta implicaciones mucho más complejas de lo que parece, pues se trata de determinar la Ley aplicable al contrato en el caso

de que las partes hayan elegido la Ley de un Estado que «ha dejado de existir». Para resolver la cuestión, es preciso tener presentes varios datos previos.

1.º La reunificación alemana es un caso muy complejo de «sucesión de Estados». No se trata de una auténtica «unificación de Estados», ni de una «separación de parte de un Estado», ni de una «sucesión parcial de Estados», ni tampoco de una «disolución de Estados». Tampoco nació un «nuevo sujeto de Derecho Internacional». Y tampoco se trató de un «resurgimiento» de la vieja Alemania anterior a 1945, ya que la RFA firmó diversos Tratados internacionales con Polonia y la URSS en cuya virtud las fronteras permanentes de la Alemania reunificada quedaban fijadas en la línea Oder-Neisse. Por tanto, el territorio de la RFA al que ahora se adherían los *Länder* de la ex-DDR, no se correspondía de ningún modo con el territorio de la Alemania anterior a 1945. Territorios que antes de 1945 eran alemanes, como Prusia Oriental, Silesia, Pomerania Oriental, Danzig y sobre todo, la Prusia Oriental, etc., no volvieron a Alemania en 1990 y siguen perteneciendo hoy día a Polonia, Rusia y otros Estados (Tratado entre Alemania y Polonia de 14 de noviembre de 1990 por el que se definen las fronteras permanentes de Alemania en la línea Oder-Neisse).

2.º La reunificación alemana se trató, en realidad, de una «unificación atípica de Estados». En efecto, no «desaparecieron» los dos Estados implicados, sino sólo uno (= la DDR), y los cinco *Bundesländer* que habían sido instaurados en la DDR (Brandemburgo, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Sajonia, Sajonia-Anhalt y Turingia), optaron por «integrarse» en la RFA a través de un procedimiento previsto en la Constitución de la RFA. Ello evitó tener que elaborar una nueva Constitución para la Alemania reunificada.

3.º Existen ciertos instrumentos legales de Derecho Internacional Público que regulan los efectos jurídicos de la Sucesión de Estados en los aspectos de Derecho Público, diplomático, archivos, etc. (*vid.* Convenio de Viena sobre la sucesión en materia de tratados de 23 agosto de 1978 y Convenio de Viena sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado de 8 de abril de 1983). Ninguno de estos instrumentos legales está en vigor para España y ninguno de ellos se ocupa del problema específico que se suscita cuando la norma de conflicto remite la regulación de una cuestión jurídica en favor de la Ley de un Estado «que ha dejado de existir». Por tanto, *Habemus Lacunam Legis*. Y ante la laguna, varias soluciones son posibles.

a) Primera solución. Consiste en aplicar el Derecho de la DDR aunque se tratara del Derecho de un país ya inexistente desde el 3 octubre 1990. A favor de esta opción está la salvaguarda de la voluntad de las partes (= que eligieron el «Derecho de la DDR» para regular su contrato). Debe también admitirse que se trata de una solución que fue mantenida en el primer tercio del siglo xx para abordar el problema, relativamente similar a la presente cuestión, de la aplicación en los Estados occidentales del Derecho de la URSS cuando la Rusia zarista dejó de existir como tal (= problema de la posible aplicación de Leyes de «Estados no reconocidos»). En efecto, los Estados Occidentales no reconocían la existencia del nuevo Estado soviético y de sus satélites (M. Ferid, *Internationales Privatrecht*, 3.ª ed., Frankfurt am Main, 1986, p. 160). Y ello contagió las cuestiones de DIPr. En un primer momento, los tribunales de Inglaterra, Francia, Egipto y Bélgica se negaron a aplicar estas Leyes de un Estado no reconocido oficialmente y aplicaron el Derecho zarista (P. Lepaulle, *Le droit international privé. Ses bases, ses nor-*

mes et ses méthodes, Paris, 1948, pp. 196-197; J. Maury, «Règles générales des conflits de lois», *RCADI*, 1936, vol. 57, pp. 397-400; G. Melchior, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlin-Leipzig, 1932, pp. 83-85; A. Nussbaum, *Deutsches Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1932, pp. 98-100; F. Reu, *Anwendung fremden Rechts. Eine Einführung*, Berlin, 1938, p. 27). Con ello, tales tribunales occidentales perseguían dos fines. En primer lugar, reafirmar el «no reconocimiento» del nuevo Estado por parte de los Estados occidentales. En segundo lugar, beneficiar a los sujetos que habían tenido que huir del nuevo Estado. Pero la solución es negativa y no se sostiene. Rompe la «armonía internacional de soluciones» y aplica un «Derecho inexistente» y no en vigor. En tal sentido, en España, puede verse el Auto JPI Madrid, 7 de febrero de 1951. Por otra parte, esta solución, conocida como la «petrificación» del Derecho del Estado inexistente (*Versteinerung*) fue abandonada progresiva pero definitivamente por la jurisprudencia comparada. Efectivamente, en un segundo momento, los tribunales de los países occidentales comenzaron a aplicar las Leyes de la Unión Soviética y otros países socialistas. Utilizaron este argumento: tales Leyes, de hecho, se aplicaban en tales países, y no debía influir en ello el hecho de que dichos Estados o Gobiernos hubieran sido oficialmente reconocidos por los países occidentales, pues se trata de un mero «hecho político» y no «jurídico». Esta postura es correcta: el «no reconocimiento» de un Estado o Gobierno extranjero produce de efectos en el área, exclusivamente, del Derecho Internacional Público (J. Verhoeven, «Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un État, d'un gouvernement ou d'une situation», *RCADI*, vol.192, 1985, pp. 13 ss.; W. Wengler, *Internationales Privatrecht*, vol. I, Berlin-New York, 1981, pp. 284-287). En efecto, el reconocimiento de un Gobierno y/o de un Estado es un «acto político», y no un «acto jurídico». Por ello, la Ley extranjera reclamada por la norma de conflicto española será aplicable aunque se trate de la Ley de un Estado o Gobierno no reconocido por España, siempre que la Ley extranjera se aplique, de hecho, en el país extranjero de que se trate (C. Engel, «Bedeutung völkerrechtlicher Anerkennungen für das IPR», *Festschrift Rothoeft*, 1994, pp. 87-96). Es el conocido como *Criterion of Effectiveness*, que ha seguido el TS español (STS de 30 de enero de 1960) y también la jurisprudencia de otros países (J. D. González Campos, «Nota a STS de (S3) 30 de junio de 1965», *REDI*, 1967, pp. 489-495; E. Pecourt García, «Nota a STS de 30 enero 1960», *REDI*, 1965, vol. XVI, pp. 609-611).

b) Segunda solución. Consiste en estimar que la cláusula de elección de Ley había devenido inválida. Pero esta solución traiciona la voluntad de las partes, que pudiendo haber derogado tal cláusula del contrato, en ningún momento lo hicieron.

c) Tercera solución. Consiste en aplicar el Derecho del Estado que ha sustituido al antiguo Estado ya desaparecido. Ello conduciría a aplicar el Derecho de la RFA y no el de la DDR. Esta solución es la más correcta. Varios argumentos lo demuestran. Primer argumento: Se trata de una solución construida sobre el «principio de efectividad» (*Criterion of Effectiveness*). Es decir, no se deben aplicar en España las normas, ya no en vigor, de un Estado inexistente, sino las normas jurídicas del Estado hoy existente y que se aplican, *de facto*, en dicho país. Tal criterio refuerza la voluntad de las partes. Así es, porque puede afirmarse que los contratantes presumieron que, tras la desaparición de la DDR como Estado, el Derecho de la RFA se aplicaba en lugar del Derecho de la DDR, pues el Derecho de la RFA es el Derecho de un país

existente que había ocupado el lugar de la DDR. Segundo argumento: El artículo 10.5 CC arranca del presupuesto de que la Ley que debe regir un contrato debe ser la «Ley de un Estado» y la DDR ya no es un «Estado» a partir del 3 de octubre de 1990. A partir de esa fecha, tal Derecho ya no puede regir un contrato internacional. Tercer argumento: Las partes no habrían elegido el Derecho de la DDR para regular su contrato si la DDR hubiera sido un Estado «inexistente» en el momento de celebrarse el contrato. En tal caso, dicha elección habría sido inválida en el marco del artículo 10.5 CC. Por ello, empecinarse en la aplicación de tal normativa no tiene sentido alguno. Cuarto argumento: Las partes han asumido, de modo tácito, que el Derecho por ellas designado en el contrato para regirlo, pasaba a ser el Derecho de la RFA, dado que está probado que, en este caso, la empresa alemana contratante cambió sus estatutos sociales para adaptarse a la legislación de la RFA. En el contexto del artículo 10.5 CC, las partes disponen del derecho subjetivo a «cambiar la elección del Derecho aplicable» designado en su contrato y si no lo hicieron fue porque consideraron que la referencia al Derecho de la DDR debía entenderse hecha en favor del Derecho de la RFA una vez que la DDR dejó de existir como Estado. Quinto argumento: En todo caso, ambas partes aceptaron durante el proceso judicial seguido en España, que el Derecho de la RFA era el Derecho aplicable al contrato, lo que conduce a que, en sintonía con el artículo 10.5 CC, deba considerarse que el Derecho elegido por las partes era, a efectos del proceso que se seguía en España, el Derecho de la RFA.

IV. ALEGACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO AL PROCESO SEGUIDO EN ESPAÑA

Fijado por el TS que, con arreglo al artículo 10.5 CC y a la cláusula 14 del contrato que vinculaba a las partes, el Derecho de la RFA era el Ordenamiento Jurídico rector del contrato de «agencia marítima», afronta inmediatamente el TS un problema clásico de los conflictos de Leyes: la «alegación del Derecho extranjero». Pues bien, «alegar» significa «aportar al proceso». En el proceso declarativo y en el juicio ordinario civil, los «hechos procesales» deben alegarse al proceso. Lo dice el art. 399 LEC. Si las partes no alegan determinados hechos, el tribunal no los considera ni los puede considerar a la hora de decidir el resultado del litigio. El «hecho» que no «está en el proceso», no existe para el juez en su «mundo procesal» y son irrelevantes para el desarrollo del proceso y para la solución del litigio (*quod non est in actis non est in mundo*). Llegados a este punto es preciso viajar en el tiempo y dejar clara cuál era la posición tradicional del TS en la materia y cuál es la postura ahora adoptada por el TS en esta STS de 4 de julio de 2006.

1.º La posición tradicional del TS en la materia era muy clara. Desde el siglo XIX hasta fechas muy recientes, el TS sostuvo lo siguiente en relación con la alegación del Derecho extranjero:

a) El Derecho extranjero debe ser alegado siempre por las partes interesadas;

b) La falta de alegación del Derecho extranjero por las partes conduce necesariamente a la «no aplicación» del Derecho extranjero al supuesto;

- c) El momento procesal oportuno para la alegación del Derecho extranjero es la primera instancia y no la apelación ni la casación;
- d) El Derecho extranjero debe alegarse en las fases del proceso aptas para la aportación al proceso de «elementos de hecho»: hoy, en la demanda y contestación a la demanda.

Esta línea jurisprudencial del TS es una consecuencia de la ecuación «Derecho extranjero = hecho procesal», tan querida por el TS durante más de cien años. Para comprender a predilección del TS por esta tesis, resulta necesario sumergirse en un *flashback* en el tiempo y remontarse a los primeros años de actuación del TS en relación con el DIPr. y con la aplicación del Derecho extranjero. Antes de la promulgación del Código Civil de 1889, ya la Sala Primera del TS español había elaborado unas reglas sobre la aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Pues bien, dichas reglas están basadas en la Ley XV, Título XIV de la Partida III del Rey Alfonso X el Sabio, que luego recogió la Novísima Recopilación de 1805 (Ley I, Título XIV, Libro XI), como ha puesto de relieve el muy profundo y documentado estudio de P. P. Miralles Sangro (*Aplicación del derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 33). En el citado texto de las Partidas se afirma que, en los litigios que debían decidirse con arreglo a un Derecho extranjero, las partes debían alegar y probar tal Derecho extranjero (*[los jueces] bien pueden recibir la prueba, o la ley o el fuero de aquella tierra que alegaron antel e déjese por ella averiguar e delibrar el pleyto*). Se trata, pues, de reglas de origen medieval en las que el TS se apoyó en su primera sentencia relativa a la aplicación del Derecho extranjero en España: la STS de 21 de junio de 1864, *caso del Duque de Cadaval*. Estas reglas arrancan, en todo caso, de la antes mencionada ecuación «Derecho extranjero = hecho procesal». Es decir, el Derecho extranjero no puede tratarse procesalmente, en España, como «Derecho», sino como un mero «hecho procesal». Tratar al Derecho extranjero como «Derecho» supondría un atentado contra la Soberanía española, ya que llevaría a aceptar en España, sin más, «mandatos de Soberanos extranjeros». Por ello, para el TS, el Derecho extranjero se comportaba como un «hecho procesal» en los litigios seguidos ante tribunales españoles. Como tal, el Derecho extranjero debe alegarse y probarse siempre a instancia de parte. Un ligero repaso por algunas sentencias del TS así lo demuestra: STS de 21 de junio de 1864 (*«la infracción de leyes extranjeras, que en nada afecta a la integridad de nuestro derecho ni á la uniformidad de nuestra jurisprudencia, por mas que dichas leyes puedan ser alegadas como medio de prueba ante los Tribunales españoles...»*); STS de 13 de enero de 1885 (*«la existencia de tales ó cuales leyes extranjeras es una cuestión de hecho sometida á prueba»*), STS de 20 de marzo de 1877, STS de 26 de mayo de 1887 (*«considerando que la personalidad de los demandantes para entablar y sostener este litigio en la representación que ostentan está demostrada con arreglo á la legislación inglesa, siendo ésta una cuestión de hecho, según lo ha declarado también este Tribunal Supremo...»*); STS de 7 de noviembre de 1896 (*«considerando que, según jurisprudencia sentada por este Supremo Tribunal, invocada en el motivo undécimo del recurso, para que una ley extranjera sea aplicable en España, es preciso que en el caso concreto de que se trate se haya practicado prueba sobre ella y pueda ser estimada como un hecho...»*); STS de 19 de noviembre de 1904 (*«no cabe alegar supuestas infracciones de la misma ley francesa, por no hallarse atribuida á este Supremo la misión de interpretar leyes y preceptos de legislaciones extranjeras, que es forzoso aceptar como cuestiones de hecho...»*); STS de 1 de febrero de

1934 («*declarado como ha sido, repetidamente, por este Supremo Tribunal, ser una cuestión de hecho la vigencia de las leyes extranjeras invocadas por los litigantes del país en que fueron dictadas*»); STS de 9 de enero de 1936, STS de 17 de julio de 1937, STS de 29 de septiembre de 1956, STS de 16 de diciembre de 1960, STS de 30 de junio de 1962, STS de 6 de junio de 1969, STS de 5 de noviembre de 1971 («*la alegación del derecho extranjero es una cuestión de hecho que tiene que ser acreditada por las partes interesadas de modo pleno e indubitado...*»); STS de 6 de abril de 1979 («*dado que el Derecho extranjero es una cuestión de hecho...*»); STS de 4 de octubre de 1982 («*la cuestión relativa al derecho extranjero, y concretamente a su vigencia, es cuestión de hecho, y como tal precisa acreditación por la parte que lo alegue...*»); STS de 11 de mayo de 1989 («*como reiteradamente ha declarado esta Sala, la aplicación del derecho extranjero es cuestión de hecho y como tal ha de ser alegado y probado por la parte que lo invoque (en este caso la parte actora), siendo necesario acreditar, no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles...*»); STS de 7 de septiembre de 1990 («*sólo cabe añadir la consolidada doctrina de esta Sala, en el sentido de entender, que la aplicación del Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca...*»); STS de 16 de julio de 1991 («*la doctrina de esta Sala, referente a la aplicación del Derecho Extranjero; legislación considerada como cuestión de hecho, y como tal alegada y probada por la parte que la invoque, siendo necesario acreditar la exacta entidad del derecho vigente, y también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable en los Tribunales Españoles...*»); STS de 15 de noviembre de 1996 («*el derecho extranjero es cuestión de hecho que ha de alegarse y probarse, de suerte que su aplicación no suscite dudas...*»); STS de 15 de enero de 1999 («*la línea jurisprudencial mantenida en esta materia se refiere a que la utilización del derecho extranjero supone una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada por la parte invocante, siendo necesario acreditar tanto la exacta entidad del derecho vigente, como su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles...*»); STS de 13 de diciembre de 2000 («*así, las sentencias de 11 de mayo de 1989 y de 3 de marzo de 1997 consideran al derecho extranjero como cuestión de hecho que, por tanto, corresponde alegar y probar a la parte que lo invoca*»).

Ergo, si las partes no alegaban el Derecho extranjero, éste se evaporaba y desaparecía del proceso judicial seguido en España como si nunca hubiera existido. La remisión que la norma de conflicto española hacía en favor de la aplicación del Derecho extranjero quedaba en nada si las partes no «alegaban» el Derecho extranjero y decidían, por el contrario, litigar con arreglo al Derecho sustantivo español.

2.º La actual doctrina del TS sobre la cuestión de la alegación del Derecho extranjero es radicalmente distinta. Supone un giro copernicano respecto de la tesis tradicional. La nueva línea seguida por el TS tesis arranca del art. 399 LEC y del artículo 12.6 CC. El artículo 399 LEC no obliga a las partes a «alegar» o aportar al proceso, las «normas jurídicas aplicables» para resolver el litigio, sean normas jurídicas «españolas» o «extranjeras». Ello es así porque el Derecho extranjero no es un «hecho procesal». Sólo los «hechos procesales» siguen el «principio de la aportación de parte». La aplicación del

Derecho extranjero a un caso concreto no depende ni puede depender de que las partes lo aleguen o no lo aleguen. El Derecho extranjero se aplica a un supuesto porque así lo ordena la norma de conflicto española. Por tanto, ninguna parte tiene que «alegar» el Derecho extranjero al proceso. En efecto, el Derecho extranjero «está ya en el proceso» desde el mismo instante en que la norma de conflicto española ordena aplicar un Ordenamiento Jurídico extranjero. Y eso porque, como expresa el art. 12.6 CC, las normas de conflicto son «imperativas» y en consecuencia, la aplicación del Derecho extranjero designado por dicha norma, no es renunciable por las partes. El Derecho extranjero «está en el proceso» porque así lo indica la norma de conflicto española, que es una norma imperativa. En consecuencia, si una parte o ambas partes no alegan el Derecho extranjero, éste no «desaparece» ni deja de existir en el proceso, porque sigue siendo el Derecho aplicable al caso, lo quieran o no lo quieran las partes, ya que la norma de conflicto española así lo dispone (A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado, volumen I*, 8.^a ed., Ed. Comares, Granada, 2007, pp. 267-315). Esta nueva perspectiva del TS ha quedado clara en dos pronunciamientos. En primer lugar, la STS de 10 de junio de 2005, cuyo texto es clarísimo y plenamente acertado: *«por otro lado, la norma jurídica extranjera viene designada por la de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio (art. 12.6 CC). Como consecuencia el derecho extranjero no tiene que ser alegado en el proceso por las partes para que el Juez deba tener en cuenta la designación que de él efectúa la norma de conflicto, por más que ello sea para darle el tratamiento procesal que corresponda. Lo que han de alegar las partes son hechos que, por la concurrencia de elementos extranjeros, se subsuman bajo la previsión de la norma de conflicto. Basta con tal alegación para que, como efecto de dicha norma, se considere que el litigio debe resolverse según el Derecho extranjero en la misma designado»*. Y en segundo lugar, esta STS de 4 de julio de 2006, cuyo texto, con una transparencia deslumbrante y una exactitud digna de elogio, afirma: *«De acuerdo con el artículo 12.6, 1 CC, “los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español” y ello es lo que ha ocurrido a lo largo del presente litigio, porque el derecho alemán no se aplica porque lo haya alegado una parte, sino “porque lo exige la norma de conflicto”*. Naturalmente, el hecho de que el Derecho extranjero deba ser probado (= como indica el art. 281.2 LEC) es perfectamente compatible con el hecho de que el Derecho extranjero no deba «alegarse» al proceso como si fuera un mero hecho procesal. El Derecho extranjero no es un «hecho procesal». El Derecho extranjero es «Derecho» y desarrolla una función jurídica: resuelve la controversia. Y si hay que probarlo es porque es «extranjero» y los jueces españoles no están obligados a conocerlo, y no porque no sea «Derecho» y sea un mero «hecho procesal».

V. MEDIOS DE PRUEBA DEL DERECHO ALEMÁN

El TS aplica el artículo 12.6.II CC, pues tal precepto estaba vigente en la fecha en la que el litigio se inició. El texto del artículo 12.6.II CC (= «*la persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la Ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumen-*

tos de averiguación considere necesarios, dictándose al efecto las providencias oportunas»), que data de 1974, es realmente, muy similar al de su sucesor, el artículo 281.2 LEC, hoy vigente (V. Cuartero Rubio, «Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva», *Derecho Privado y Constitución*, n.14, 2000, pp. 21-71; F. Garau Sobrino, «Der Beweis des ausländischen Rechts in der neuen spanischen Zivilprozessordnung vom 7. januar 2000: Chronik einer Ernüchterung», en J. Basedow y otros, *Aufbruch nach Europa - 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 685-703; Id., «La prueba del Derecho extranjero en la nueva LEC», *RGD*, n. 678-679, marzo-abril 2001, pp. 2343-2366; A. Marín López, «La prueba de la Ley extranjera en la nueva LEC», *AEDIP*, núm.1, 2001, pp. 305-423; J. Maseda Rodríguez, «La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Actualidad Civil*, n. 12, 2002, pp. 413-446). Es posible que el artículo 281.2 LEC introduzca algún elemento nuevo a la regulación antes contenida en el artículo 12.6 CC, pero, si existe, se trata de un elemento de liviano peso. El artículo 281.2 LEC indica: «También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero [...]. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación». La posición tradicional del TS subrayaba que el artículo 12.6 CC conducía a que, en lo relativo a su prueba, el Derecho extranjero debía ser «tratado» como un hecho procesal. Por tanto, el Derecho extranjero debía ser objeto de prueba, ya que el tribunal español no está obligado a conocer el Derecho extranjero, sino sólo el Derecho español. Prueba que compete, en los «supuestos-tipo», a las partes y no al tribunal (L. F. Carrillo Pozo, «El Derecho extranjero en el proceso de trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, núm. 62, 2006, pp. 13-58). El artículo 12.6 CC hoy todavía vigente impone al tribunal que aplique imperativamente la norma de conflicto española pero de ningún modo le impone que aplique de oficio el Derecho extranjero designado por dicha norma de conflicto, pues tal función o carga recae sobre las partes (art. 282 LEC) (en contra, erróneamente, P. Orejudo Prieto de los Mozos, «Nota a STS de 4 de julio de 2006», en *REDI*, 2006, vol. LVIII, pp. 954-959). Porque aplicar imperativamente la norma de conflicto y aplicar de oficio el Derecho extranjero designado por dicha norma son cuestiones bien diferentes, como el mismo TS se ha encargado de dejar claro con una contundencia singular (STS de 11 de mayo de 1989, STS de 7 de septiembre de 1990, STS de 10 de diciembre de 1990, STS de 17 de diciembre de 1991, STS de 13 de abril de 1992, STS de 23 octubre de 1992, STS de 23 de marzo de 1994, STS de 31 de diciembre de 1994, STS de 4 de octubre de 1995, STS de 25 de enero de 1999, STS de 9 de febrero de 1999, STS de 10 de junio de 2005, STS de 27 de diciembre de 2006, STS de 4 de julio de 2007 [Derecho alemán no probado por las partes], entre otras). Y como el Derecho extranjero no tiene por qué ser conocido por el tribunal, deberá ser probado en el proceso. La necesidad de que el Derecho extranjero deba ser probado es una exigencia expresa del art. 281.2 LEC. El TS ya había sostenido, desde antiguo, que el Derecho extranjero debía ser probado (STS de 7 de noviembre de 1896, STS de 9 de enero de 1936, STS de 6 junio de 1969; STS de 12 de noviembre de 1976; STS de 19 de diciembre de 1977; STS de 23 de octubre de 1992, STS de 18 de febrero de 1993, STS de 10 de marzo de 1993). Como antes se ha avanzado, el Derecho extranjero debe probarse porque el tribunal español sólo está obligado a conocer las normas jurídicas españolas escritas

(art. 1.6 Cc.: *jura novit curia*). Por esa razón, las normas jurídicas españolas escritas no deben probarse. Pero el *jura novit curia* no alcanza al Derecho extranjero (I. Zajtay, «L'application du droit étranger, science et fiction», *RIDC*, 1971, pp. 49-59): el tribunal no está obligado a conocer los Derechos extranjeros, y por ello, las normas jurídicas extranjeras deben ser probadas. Es decir, el Derecho extranjero debe probarse no porque no sea «Derecho», sino porque es «extranjero». Conclusión: el Derecho extranjero se sitúa en un plano de «inferioridad procesal» respecto del Derecho escrito español (F. Mélin, *Droit international privé*, 2.^a ed., Gualino éditeur, Paris, 2005, pp. 45-46; Id., *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil)*, PUAM, 2002, *passim*). En efecto, el Derecho escrito español nunca debe ser probado, mientras que el Derecho extranjero sí que debe ser probado.

Debe probarse el Derecho extranjero de un modo exhaustivo. La intención del legislador es que el Derecho extranjero quede exhaustivamente probado, y por tanto, el art. 281.2 LEC expresa de forma incompleta la voluntad del legislador (*Lex minus dixit quam voluit*). Esta segunda tesis es la preferida por el TS (STS 4 julio 2006, STS de 12 enero 1989, STS de 7 septiembre 1990, STS de 16 julio 1991, STS de 25 enero 1999, STS de 11 mayo 1989, STS de 23 octubre 1992, STS de 13 enero 1887, STS de 12 mayo 1887, STS de 10 julio 1900, STS de 12 julio 1904, STS de 19 noviembre 1904, STS de 30 de junio 1962, STS de 12 diciembre 1935; también SAP Toledo 1 septiembre 2006, SAP Madrid 23 noviembre 2000, también SAP Castellón 22 noviembre 2002, SAP Girona 31 marzo 2003). Y es la tesis correcta, por varios motivos: (a) Sólo una prueba exhaustiva del Derecho extranjero garantiza que el tribunal español podrá fallar del modo más aproximado a como lo haría un tribunal de dicho Estado extranjero (STS 30 junio 1962, STS de 5 noviembre 1971, STS de 15 de noviembre de 1996, SAP Tarragona 13 mayo 2004); (b) La prueba exhaustiva del Derecho extranjero garantiza que dicho ordenamiento no suscite «la menor duda razonable a los tribunales españoles», como indica el TS (STS 11 mayo 1989, STS de 25 enero 1999, STS de 17 julio 2001, SAP Girona 27 mayo 2002). Y así, con un Derecho extranjero perfectamente acreditado, el tribunal español podrá fallar de modo correcto (J. Alonso Cuevillas Sayrol, *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, Barcelona, 2004, pp. 44-45).

En cuanto a los medios de prueba del Derecho extranjero, el TS, en esta STS de 4 de julio de 2006 se sitúa en una línea extremadamente correcta. El antes vigente art. 12.6.II CC y el ahora vigente artículo 281.2 LEC no especifican «qué concretos medios de prueba» deben emplearse para probar el Derecho extranjero. El artículo 281.2 LEC se refiere a la «prueba» del Derecho extranjero. Sin embargo, el Derecho extranjero, más que «probarlo», hay que «acreditarlo» (STS de 3 de marzo de 1997). La prueba es una actividad diseñada para los «hechos procesales». El Derecho extranjero no es un mero «hecho procesal». Por ello, su «acreditación» no sigue estrictamente las reglas sobre la prueba rigurosa de los hechos procesales (F. Calvo Babío, «Problemas para probar Derecho extranjero en procedimientos judiciales españoles», *Iuris*, n. 93, 2005, pp. 85-61). Los medios de acreditación del Derecho extranjero siguen un «régimen jurídico particular» caracterizado por su flexibilidad y que se concreta en estos datos: 1º *Libertad de medios probatorios*. Existe una plena «libertad de medios probatorios» o «prueba libre» (SAP Huesca, 14 de diciembre de 2005). Ello significa que las partes pueden emplear todo tipo de mecanismos técnicos para acreditar el Derecho extranjero.

La libertad de medios probatorios está justificada porque, de tal modo, se facilita la acreditación del Derecho extranjero y se potencia su correcta aplicación; 2º) *Flexibilización de los medios de prueba*. En el caso de emplearse auténticos medios probatorios, como la prueba pericial o documental, éstos no deben ajustarse «de modo riguroso» a las exigencias que la LEC requiere a tales medios; 3º) *Elenco abierto de medios de acreditación del Derecho extranjero*. No existe una «lista cerrada» de medios apropiados para acreditar el Derecho extranjero. El legislador no ha querido formular esa «lista cerrada», precisamente para facilitar la acreditación del Derecho extranjero. Por tanto, pueden emplearse todos los medios, instrumentos y herramientas técnicas que, por su propia naturaleza, sean adecuadas para acreditar el contenido del Derecho extranjero, ya sean o no «medios probatorios» de los admitidos en la LEC (art. 299.3 LEC por analogía). Ejemplos: el interrogatorio o dictamen de un «experto en Derecho extranjero» (*Expert Witness*), es apropiado para acreditar el Derecho extranjero, aunque el artículo 299 LEC no lo incluye como «medio de prueba»; 4º) *Mecanismos no apropiados para acreditar el Derecho extranjero*. No todos los medios de prueba previstos en las Leyes procesales españolas para probar «hechos procesales» (art. 299.1 y 2 LEC) son apropiados para acreditar el Derecho extranjero. Para probar el Derecho extranjero sólo pueden utilizarse los medios de prueba que permitan constatar con certeza el contenido del Derecho extranjero. Ejemplo: el «reconocimiento judicial» no es un medio idóneo para probar el Derecho extranjero. El «interrogatorio de las partes» tampoco es apropiado. Sin embargo, los documentos públicos, la declaración de un testigo-perito (art. 370.4 LEC) y el dictamen pericial son medios de prueba idóneos para acreditar el Derecho extranjero; 5º) *Fuerza probatoria de los mecanismos de acreditación del Derecho extranjero*. El objetivo de la acreditación del Derecho extranjero es convencer al tribunal del contenido de tal Derecho extranjero. Una vez conseguido dicho objetivo, el tribunal puede aplicar el Derecho extranjero y dar una solución al litigio. En general, todos los medios de acreditación del Derecho extranjero son de libre apreciación por el tribunal. Es decir, el tribunal valorará la fuerza probatoria de los diferentes medios de prueba con arreglo a las «reglas de la sana crítica» y no está vinculado por las pruebas y datos proporcionados por las partes. Sin embargo, los documentos públicos a través de los que se acredita el Derecho extranjero hacen «prueba plena» de lo contenido en los mismos (arts. 317, 319 y 323 LEC).

En el caso objeto de la STS de 4 de julio de 2006 las partes aportaron diversos dictámenes de jurisconsultos alemanes, y el TS entiende que tales materiales eran suficientes para considerar correctamente probado el tenor del Derecho alemán aplicable al contrato. El TS también entiende que «en este punto, el artículo 12, 6.2 CC admite que el Juez utilice sus propios conocimientos...», es decir, admite que la libertad de medios probatorios del Derecho extranjero incluye el empleo del conocimiento privado del Derecho extranjero por parte del juzgador (*private Wissen*). Esta postura del TS hace que deba entenderse superada la línea dura del TS en relación con los medios de prueba del Derecho extranjero, inaugurada a partir de la STS de 13 de enero de 1885, y a cuyo tenor, el Derecho extranjero debía ser probado a través de documentos públicos y, además, a través de prueba pericial, un informe conjunto, legalizado y traducido, realizado por dos jurisconsultos del país extranjero cuya Ley debe probarse (STS de 13 de enero de 1885, STS de 19 de noviembre de 1904, STS de 25 de febrero de 1926, STS de 30 de marzo de 1928, STS de 12 de diciembre de 1935, STS de 6 de diciembre de 1961, STS

de 29 de septiembre de 1961, STS de 30 de junio de 1962, STS de 28 de octubre de 1968, STS de 6 de junio de 1969, STS de 5 de noviembre de 1971, STS de 12 de marzo de 1973, STS de 3 de febrero de 1975, STS de 12 de noviembre de 1976, STS de 27 de abril de 1978, STS de 9 noviembre de 1984, STS de 23 de octubre de 1992, etc.). Resulta muy llamativo que la STS de 4 de julio de 2006 viene a encontrarse, más de cien años después, con la primerísima postura que el TS adoptó en relación con los medios de prueba del Derecho extranjero. En efecto, en un primer momento, el TS adoptó una postura bastante flexible y liberal sobre los medios de prueba del Derecho extranjero (vid. STS de 21 de junio de 1864, STS de 22 de octubre de 1867, STS de 18 de marzo de 1875, STS de 20 de marzo de 1877, etc.). En efecto, admitió el TS incluso el conocimiento privado del juez sobre el Derecho extranjero como «prueba» del mismo. Así puede leerse en la STS de 13 enero 1885: «*Si bien la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido ciertamente que las opiniones de los escritores de derecho son incapaces de constituir doctrina jurídica para los efectos de la casación, no se trata de eso en el caso actual, sino de que la existencia de tales ó cuales leyes extranjeras es una cuestión de hecho sometida á prueba, que los Tribunales aprecian en uso de sus facultades, como lo ha ejecutado la Sala sentenciadora, que aparte del conocimiento que los juzgadores pueden tener de la legislación de otros países, ha tomado en cuenta el certificado de que aparece por afirmación de jurisprudencia norteamericanos...*». Y también, en la STS de 26 de mayo de 1877: «*considerando que la personalidad de los demandantes para entablar y sostener este litigio en la representación que ostentan está demostrada con arreglo á la legislación inglesa, siendo ésta una cuestión de hecho, según lo ha declarado también este Tribunal Supremo, en la cual, aparte del conocimiento que los juzgadores pueden tener de la legislación de otros países, debe tomarse en cuenta el testimonio de los jurisconsultos ingleses presentado en autos*». Las aguas vuelven a su cauce, pues, más de un siglo después.

VI. POSIBILIDAD DE RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN O INCORRECTA APLICACIÓN DE UN DERECHO EXTRANJERO

Cuando un litigio derivado de una situación privada internacional queda sujeto a un Derecho extranjero porque así lo establece una norma de conflicto española, surge la duda de saber si cabe recurrir en casación ante el TS por el hecho de que el tribunal de instancia aplicara incorrectamente tal Derecho extranjero. La LEC 1/2000 no se refiere expresamente a esta cuestión y tampoco lo hacía la LEC de 1881, aplicable *ratione temporis* al caso origen de la STS de 4 de julio de 2006. En Derecho español, el legislador interviene con enorme parquedad y temor en el campo del DIPr. Destila reglas muy escasas y escuetas, y tras ello, parece dedicar a los operadores jurídicos, que contemplan con preocupación el panorama, un sonoro «*après moi, le déluge*». Así que, de nuevo, *Habemus Lacunam Legis*. Otra vez.

La tesis tradicional del TS fue negar la posibilidad de un recurso de casación por infracción o incorrecta aplicación de un Derecho extranjero (M. de Angulo Rodríguez, «El Derecho extranjero en su tratamiento procesal en España», *Estudios de Derecho internacional público y privado. Homenaje al Profesor Luis Sela Sampil*, vol. II, Oviedo, Serv. Publ. Univ., 1970, pp. 967-984; J.A. Corriente Córdoba, «En torno a la aplicación de la ley extranjera en

el Derecho español», *RGLJ*, 1974, pp. 9-37; J.C. Fernández Rozas, «Art. 12.6 Cc.», *Com.Cc. y Comp. For.*, 2ª ed., 1995, pp. 973-1082; F. J. Garcimartín Alférez, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación procesal (cinco cuestiones clásicas)*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 90-93). Una tesis que también se siguió en otros Estados, como Francia, Alemania, —con excepciones importantes—, y Rusia. Los argumentos sobre los que esta tesis se edifica son los siguientes: a) El Derecho extranjero es un «hecho procesal», y visto que los hechos no se revisan en casación, la casación por infracción del Derecho extranjero es imposible; b) El objetivo del recurso de casación es mantener una «uniformidad de la jurisprudencia del TS» sobre el Derecho español. Por tanto, no cabe casación para interpretar un Derecho extranjero; c) De aceptarse el recurso de casación por infracción del Derecho extranjero, podrían producirse contradicciones entre la interpretación dada por el TS español y la sostenida por los jueces extranjeros sobre el Derecho extranjero. Esta fue la postura tradicional adoptada por el TS desde la primerísima STS de 21 de junio de 1864, resolución que marcó el camino a seguir y del que el TS no se apartó durante más de ciento cuarenta años (en este sentido, *vid.*: STS de 20 de marzo de 1877, STS de 15 de julio de 1983).

Así la STS de 21 de junio de 1864 indicaba que: «*considerando, por último, que tampoco pueden admitirse como fundamento de casación la nulidad del vínculo de Luis Mendez, ni la prescripción de las fincas litigiosas, que se pretenden deducir de las disposiciones legales portuguesas que se citan, porque sobre no ser objeto ni motivo directo de este recurso la infracción de leyes extranjeras, que en nada afecta a la integridad de nuestro derecho ni a la uniformidad de nuestra jurisprudencia, por mas que dichas leyes puedan ser alegadas como medio de prueba ante los Tribunales españoles*»; la STS de 20 de marzo de 1877 profundizaba en la misma línea al indicar que: «*considerando, respecto a los motivos 6º y 7º, que conforme a lo declarado por este Tribunal Supremo no pueden ser motivos de casación las infracciones de leyes extranjeras que no afectan a la uniformidad de nuestra jurisprudencia aunque dichas leyes puedan alegarse como medios de prueba ante los Tribunales españoles y apreciarse en los pleitos*»; misma dirección que se observa, aunque de manera menos definida en la STS de 3 de mayo de 1897: «*el Código mercantil no establece el plazo en que tales documentos deben ser presentados para su pago cuando son librados en España para el extranjero; y las leyes francesas que a este propósito se citan en el motivo octavo del recurso no pueden apreciarse en casación, conforme a lo declarado por este Supremo Tribunal, por no venir consignado su texto en la sentencia como punto esencial de hecho*»; también, de manera no excesivamente clara, STS de 5 de noviembre de 1974: «*en todo caso, no puede apreciarse por este Supremo Tribunal la infracción de una Ley extranjera si no se consigna en la sentencia recurrida, como punto esencial de hecho, el texto literal e íntegro de la misma (sentencias de 3 de mayo de 1897 y 23 de octubre de 1915)*»; igualmente, y de forma extraordinariamente contundente en contra de la viabilidad de un recurso de casación por infracción del Derecho extranjero, las palabras de la STS de 15 de julio de 1983: «*es llano que la “ley” a que se refiere el artículo 1691 en que se enumeran las únicas “causas” del recurso y el 1692 que enuncia también en elenco cerrado los motivos y en particular cuando habla de “leyes” en el núm. 1.º, al que se hallan acogidos los dos recursos, pendientes, se refieren siempre a las nacionales, y nunca a las extranjeras, con lo cual y en puridad se hallan incursos aquéllos en supuesto de inadmisión, y ahora de desestimación, conforme a los artículos 1720 y 1729,*

*todos de la LEC (.....) no pueden ser motivo de casación las infracciones de Leyes extranjeras que no afectan a la uniformidad de nuestra jurisprudencia». Ahora bien, esta sentencia, estandarte principal de los autores que afirmaban, erróneamente (vid. ad ex.: J. C. Fernández Rozas / S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1993, pp. 536), que el TS había cerrado de modo radical la posibilidad de un recurso de casación por infracción del Derecho, extranjero, sólo indicaba que la casación no era posible si se trataba de infracción de normas extranjeras en el marco de un recurso de casación «en interés de Ley» (art. 1718 LEC 1881), como ha sido correctamente recordado (F. J. Garcimartín Alférez, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación procesal (cinco cuestiones clásicas)*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 86-100).*

El TS sólo abrió una ventana para aceptar un recurso de casación por incorrecta aplicación del Derecho extranjero. Cuando se aplicaba incorrectamente el Derecho extranjero por parte de los tribunales inferiores, el TS permitía la casación a través del hoy ya no vigente artículo 1692.7.º LEC 1881, que admitía la casación por «error de hecho en la apreciación de las pruebas de documentos o actos auténticos que ponía de relieve la equivocación evidente del juzgador» (STS de 20 de marzo de 1877, STS de 20 de mayo de 1877, STS de 13 de enero de 1885, STS de 9 de enero de 1911, STS de 30 de junio de 1962, STS de 10 diciembre de 1965). Es decir, cuando el tribunal apreciaba incorrectamente y de modo evidente los «elementos probatorios del Derecho extranjero». Un documento de prueba del Derecho extranjero que había sido mal traducido o mal entendido, por ejemplo.

Sin embargo, debe decirse que aunque el TS repetía una y otra vez que no cabía recurso de casación por infracción del Derecho extranjero, lo cierto es que, en la práctica, el TS «revisaba» la correcta aplicación del Derecho extranjero e impartía lecciones a propios y extraños sobre el correcto tenor y la correcta interpretación e intelección de Derechos extranjeros (STS de 19 de noviembre 1992, STS de 12 de noviembre de 1976, STS de 4 de noviembre de 1991).

Y en este punto es donde entra en acción esta histórica STS de 4 de julio de 2006. El TS abandona su más que centenaria jurisprudencia y declara que una incorrecta aplicación de la Ley extranjera es motivo para admitir un recurso de casación. El TS admite, pues, el recurso de casación por infracción de las «normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso» (antiguo art. 1692.4º LEC 1881 y actual art. 477.1 LEC). Este cambio de criterio del TS es plenamente acertado y acoge las tesis de la doctrina internacionalprivatista española que se había pronunciado en este sentido (vid. entre otros, M. de Angulo Rodríguez, «El Derecho extranjero en su tratamiento procesal en España», *Estudios de Derecho internacional público y privado. Homenaje al Profesor Luis Sela Sampil*, vol. II, Oviedo, Serv. Publ. Univ., 1970, pp. 967-984; Id., *Lecciones de Derecho procesal internacional*, Granada, Gráficas del Sur, 1974, pp. 55-67; E. Pecourt García, «Naturaleza y condición del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto», *RGD*, 1962, vol. XVIII, pp. 783-791 y 894-904; M. L. Trinidad García, «Reflexiones en torno a la aplicación del Derecho extranjero», *RDP*, marzo, 1989, pp. 210-220; M. Aguilar Benítez de Lugo, «La ausencia de prueba del Derecho extranjero», *Justicia*, 1989, pp. 73-139; Id., «La prueba del Derecho extranjero ante los Tribunales españoles», *RGD*, núms. 541-542, 1989, pp. 6247-6314; F. J. Garcimartín Alférez, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación procesal (cinco cuestiones clásicas)*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 86-

100; A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, «Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva LEC», *Tribunales de Justicia*, nov. 2000, n. 11, pp. 1155-1170; Id., «Normas de conflicto, aplicación del Derecho extranjero en España y nueva LEC», *AEDIP*, núm. 1, 2001, pp. 215-237; Id., «El Derecho extranjero y el TS: la Sala de lo Social contraataca», *AEDIP*, 2002, pp. 103-114; Id., «La prueba del derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil 1/2000», *La Ley*, 2005, núm.6178 de 28 enero 2005, pp. 1-7; Id., «The Proof of Foreign Law in the New Spanish Civil Procedure Code 1/2000», *IPRax*, 2005-2, pp. 170-174; J. C. Fernández Rozas, «Art.12.6 Cc.», *Com. Cc. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 973-1082; J. Garde Castillo, «Los problemas del recurso de casación en el Derecho internacional privado», *REDI*, 1951, pp. 409-467 y 861-951; P. P. Miralles Sangro, *Aplicación del derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Madrid, Dykinson, 2007; R. Monzón, «¿Procede el recurso de casación por infracción de la ley extranjera?», *RGD*, 1947, pp. 271-274; J. Puente Egido, «¿Un punto de inflexión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de aplicación y prueba de ley extranjera?», *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, Edersa, 1981, pp. 899-919). En efecto, los argumentos que sostienen esta tesis «favorable a la casación» y que el TS emplea en su STS de 4 de julio de 2007, son varios y muy solventes.

a) *Argumento funcional*. Cuando el Derecho extranjero es aplicable al fondo del asunto, el Derecho extranjero opera como «Derecho» y no como «hecho procesal». En dicho supuesto, el Derecho extranjero desarrolla la misma función que el Derecho español despliega cuando es aplicable: resolver la controversia. Por lo tanto, la infracción de un Derecho extranjero supone un error jurídico (*error in iudicando*) que «desnaturaliza» el Derecho extranjero y que lleva a una solución antijurídica (J. Derrupé / J.-P. Laborde, *Droit international privé*, Dalloz, 15ª ed., 2005, p. 90). Un error jurídico revisable, precisamente por su carácter de error «jurídico», en casación. Además debe recordarse que la dicción del antiguo artículo 1692 LEC 1881 y la letra del actual artículo 477 LEC, («[e]l recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso»), permite pacíficamente la formulación de un recurso de casación por infracción de la normativa extranjera aplicable, ya que se refiere a una infracción de «normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso». No se limita el motivo de la casación a la infracción de las normas «españolas», sino de todas las que fueran aplicables para resolver el litigio. La STS de 4 de julio de 2006 indica a este respecto que: «*La Ley aplicable puede ser infringida, inaplicada, etc. y no debe hacerse diferencia entre derecho extranjero y derecho nacional una vez que se ha demostrado que el primero es el aplicable al caso sometido al juzgador*». Añade esta misma STS de 4 de julio de 2006 que, una vez precisado cuál es el Derecho extranjero aplicable, tal ordenamiento «*no puede ser tratado como un mero hecho, porque es un conjunto normas jurídicas y el Juez está obligado a emplear las técnicas jurídicas apropiadas para su interpretación y aplicación y a ello nos lleva el propio tenor del artículo 1692, 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que establecía que el recurso de casación debía fundarse en «la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate» y en este caso, el aplicable es el derecho alemán*».

b) *Argumento constitucional*. Si se permitiera la casación por infracción del Derecho «español» aplicable, pero no por infracción del Derecho

«extranjero» aplicable, ello impediría el «acceso a los recursos establecidos por la Ley» por parte de los litigantes. Y ello supondría una infracción de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y del derecho a un «proceso equitativo» (art. 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 4 de octubre de 1979, en «BOE» núm. 243 de 10 de octubre 1979) (P. Mayer, «La convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères», *RCDIP*, 1991, pp. 651-665). Y además, colocaría en una situación de penosa e injustificada discriminación a los individuos cuyos derechos subjetivos quedan regulados, por voluntad del legislador español expresada en sus normas de conflicto, por un Derecho sustantivo extranjero y no por el Derecho sustantivo español. La STS de 4 de julio de 2006 utiliza este segundo argumento «constitucional» de manera impecable al afirmar que: «otra consecuencia [negar el recurso de casación por infracción de la Ley extranjera aplicable al litigio] sería tanto como impedir el acceso a los recursos establecidos por la Ley (art. 24 CE)». Aunque es cierto que la casación, en Derecho español, presenta una «finalidad nomofiláctica» (STS 15 julio 1983: la casación sirve para vigilar la correcta interpretación y aplicación unívoca del Ordenamiento Jurídico), no es menos cierto que en Derecho español la casación también tiene como finalidad proporcionar una «solución justa al litigio», si la casación se cierra a los litigantes que tienen la poca fortuna de ver que el fondo del litigio que les afecta queda sujeto a un Derecho extranjero, se privaría a tales sujetos de esa «solución justa» que puede brindarles el TS (F. J. Garcimartín Alférez, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial (cinco cuestiones clásicas)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 94).

c) *Argumento conflictual*. La incorrecta aplicación del Derecho extranjero puede justificar también un recurso de casación por infracción de la norma de conflicto española. Este argumento fue muy querido por la doctrina española más antigua (J. Garde Castillo, «Los problemas del recurso de casación en el Derecho internacional privado», *REDI*, 1951, pp. 409-467 y 861-951; E. Pecourt Garcia, «Naturaleza y condición del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto», *RGD*, 1962, vol. XVIII, pp. 783-791 y 894-904). Y ahora la STS de 4 de julio de 2006 lo acoge con decisión, al afirmar que la negación de un recurso de casación por una posible infracción de la normativa extranjera aplicable supondría no aplicar correctamente el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española, esto es, supondría «*infringir la norma conflictual española*».

La nueva postura del TS en relación en favor de la admisión del recurso de casación por una incorrecta aplicación del Derecho extranjero sintoniza con la línea que siguen otros países, como Bélgica (F. Rigaux, «La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codifications de la dernière décennie», *RCDIP*, 1985, pp. 1-32; Italia (T. Ballarino / A. Bonomi, *Diritto internazionale privato*, 2.^a ed., Cedam, 1996, pp. 278-284), Suiza, Grecia (K. D. Kerameus, «Procedural Harmonization in Europe», *AJCL*, 1995, pp. 401-416), etc. De todos modos debe recordarse que, en cuanto al alcance de la interpretación del Derecho extranjero por el TS, lo afirmado por el TS en relación con la interpretación y correcta aplicación del Derecho extranjero, no constituye «doctrina legal» (art. 1.6 Cc.). Sin embargo, lo sostenido por el TS en relación con el Derecho extranjero puede ser «tenido en cuenta» por los tribunales españoles que deban aplicar esas mismas normas jurídicas extranjeras. Debe, por último, recordarse, que la parte recurrente

había fundamentado su recurso en casación en el Derecho español, que consideraba similar o idéntico al Derecho de la RFA. Pero lo hizo no por capricho o error en la fundamentación jurídica, sino porque creyó que en Derecho español no se admitía la casación por infracción de un Derecho extranjero. A partir de esta STS de 4 de julio de 2006, dicho error ya no es posible.

VII. REFLEXIONES FINALES

Cambiar una jurisprudencia constante que se forjó hace más de ciento cuarenta años y que todavía se proyecta sobre la aplicación del Derecho extranjero por parte de los tribunales españoles, no es sencillo. Es una operación que debe realizarse mediante pasos pequeños, con exquisita prudencia jurídica, siempre *cum grano salis*. Por varias razones. Primero, porque el TS se mueve en un terreno plagado de lagunas legales sin la ayuda del legislador. Segundo, porque el legislador español ha renunciado a elaborar una regulación exhaustiva y minuciosa de la prueba del Derecho extranjero. Renunció en 1974 cuando se reformó el Título Preliminar del Código Civil en virtud del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo («BOE» núm. 163, de 9 julio de 1974) y volvió a renunciar en 2000 cuando la cuestión de la prueba del Derecho extranjero fue objeto de «trasvase» desde el Código Civil a la LEC 1/2000. El legislador sólo ha querido trazar las «líneas maestras» de la prueba del Derecho extranjero en el art. 281.2 LEC, que es una «norma abierta». Y ha querido dejar a los tribunales la tarea de proporcionar respuestas concretas a las cuestiones no reguladas en dicho precepto. Los detalles quedan en manos de los jueces, para que éstos «complementen» el sistema legal. El sistema se construye progresivamente, se construye «por casos». Por ello, la regulación española sobre la prueba del Derecho extranjero es una mezcla de «regulación legal básica» y de «regulación jurisprudencial de desarrollo». Es un «sistema de doble llave». Tercero, porque el peso de la tradición de la vieja jurisprudencia es muy grande, ya que se trata de un conjunto de reglas que se aplica en España desde antes del Código Civil de 1889, reglas que lastran la labor creadora del TS bajo el peso del falaz *argumentum ad antiquitatem*. Pero esta labor de renovación de las reglas jurisprudenciales que regulan la aplicación del Derecho extranjero en España es completamente necesaria, pues, ante la pasividad del legislador, el TS seguía aferrado de modo a una jurisprudencia antigua que él mismo creó bebiendo directamente en la fuente de las Leyes de Partidas. En efecto, el TS seguía apegado a un conjunto de reglas medievales relativas a la prueba del Derecho extranjero. Pero la Edad Media ha terminado. Si la STS de 10 de junio 2005 supuso un primer paso hacia adelante, este segundo paso que representa la STS de 4 de julio de 2006 adquiere todavía una importancia mayor. Esta sentencia ha hecho una *joyeuse entrée* en el universo de los conflictos de Leyes tras más de cien años de oscuridad. *Post tenebras lux*, tras tantos años. Y es también muy importante señalar que esta STS de 4 de julio de 2006 ha dado un nuevo paso adelante con argumentos que brillan con cristalina claridad, y que dan la razón al famoso dicho de Quintiliano: «*El primer requisito de la elocuencia es la claridad*» (*Prima est eloquentiae virtus perspicuitas*, Quintiliano, *Institutiones oratorias*). La STS de 4 de julio de 2006 es una sentencia que marcará un antes y un después en relación con el régimen jurídico de la aplicación del Derecho extranjero por los tribunales españoles. Sea, pues, muy bienvenida.

Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. Nota a la STS de 11 de julio de 2007

**Ponente: Francisco MARTÍN CASTÁN
Íñigo DE LA MAZA GAZMURI***

1. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

Dos empresas A y B (en adelante la Concedente y la Distribuidora, respectivamente) celebran un contrato de distribución en exclusiva. En el período de negociación, la Concedente no informa a la Distribuidora acerca de numerosas existencias que habían quedado en manos de una anterior distribuidora. Durante la ejecución del contrato suscrito entre A y B, dichas existencias fueron liquidadas por la anterior distribuidora a bajo precio en la misma zona geográfica a que refería el contrato. Es en virtud de esta situación que la Concedente y la Distribuidora modificaron el contrato de distribución, lo que significó una serie de ventajas para la Distribuidora. No obstante lo anterior, la Distribuidora incumple con algunas de las prestaciones a las que la obligaba el contrato, específicamente la obligación de compras mínimas.

Cuando el conflicto llega al Tribunal Supremo las cuestiones a resolver son dos. La primera es la influencia que pudo tener en el contrato el silencio de la Concedente, actora reconvenida, sobre las importantes existencias de sus productos en manos de su anterior distribuidora y la consiguiente liquidación de aquéllos por ésta a bajo precio y en la zona exclusiva de su nueva distribuidora, la demandada reconviniente. La segunda son las consecuencias indemnizatorias a favor y en contra de cada una de estas partes litigantes, sujetos a su vez del contrato de distribución.

Esta nota no pretende analizar exhaustivamente todos los problemas debatidos en esta sentencia, sino elegir uno o algunos de sus aspectos más inte-

* Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales e investigador adscrito al proyecto de investigación, «La modernización del derecho de contractual» (SEJ2005-06506/JURI), desarrollado en la Universidad Autónoma de Madrid. Este trabajo se inscribe en ese proyecto.

resantes. En este caso se trata de examinar únicamente la primera cuestión, esto es la influencia del silencio de la Concedente.

Y esta cuestión puede, todavía, desagregarse en dos. La primera es si efectivamente ese silencio es constitutivo de dolo. La segunda es, aceptando que se trate de dolo –y de dolo incidental como fue calificado aquí– cuáles son sus efectos, lo que depende, según se verá, del mecanismo que se utilice para alegar la ilicitud del silencio.

2. EL DOLO POR OMISIÓN

En primer lugar –y antes de ir a la omisión– conviene destacar que se califica el dolo como incidental y esto parece correcto en la medida que el engaño no determinó la decisión de contratar, sino el contenido del contrato. Prueba de lo anterior es que una vez que la Distribuidora se enteró de aquello que la Concedente había silenciado y teniendo en consideración las ventajas que le reportó la renegociación del acuerdo, siguió adelante con él.

En segundo lugar, y esta vez respecto de la omisión en la información suministrada por la Concedente, conviene formularse dos preguntas. La primera de ellas es si una omisión –en este caso el silencio– puede configurar dolo. La segunda es bajo qué condiciones lo configura. La respuesta a la primera pregunta parece ser pacífica en el derecho español, tanto la doctrina ¹ como la jurisprudencia del Tribunal Supremo ² han aceptado la existencia del dolo por omisión.

La respuesta a la segunda pregunta, esto es bajo qué condiciones el silencio configura dolo por omisión, resulta más complicada. Esto porque como ha advertido Díez-Picazo a propósito del dolo por omisión:

Para decidir si en la pura reticencia o en el puro silencio existe o no silencio, debe valorarse sobre todo hasta qué punto es lícito o ilícito el silencio y hasta qué punto puede ser considerado como maquinación o como artificio. No se trata sólo de que la buena fe imponga el deber de informar plenamente al otro contratante, pues la simple violación de los deberes precontractuales de buena fe nos sitúa más bien en el terreno de la responsabilidad por culpa *in contrahendo* o en el del error provocado (...) Se trata de saber si, por el conjunto de circunstancias que rodean el contrato, la ocultación merece la consideración de insidia (...)

¹ Ver, por ejemplo, DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 152; QUIÑONERO CERVANTES, «El dolo omisivo», *RDP*, LXIII, 1979; MORALES MORENO, «Comentarios artículos 1269 y 1270» en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1 B, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 387; ALBALADEJO, *Derecho de obligaciones* I 17.^a ed, pp. 607 y 608 y DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «El dolo in contrahendo», *RDP* núm. 16, 2006, pp. 43-44.

² Ver, entre muchas otras, las SSTs de 26 de octubre de 1981 (RJ 1981,4001), de 1 de octubre de 1986 (RJ 1986,5229), de 27 de octubre de 1990 (RJ 1990,6908), de 15 de junio de 1995 (RJ 1995,5296), de 17 de enero de 2005 (RJ 2005,517), y de 11 de diciembre de 2006 (RJ 2006,9893)

Lo dicho en las líneas anteriores, parece conducir a la idea de una admisibilidad general del llamado dolo negativo o reticencia. En nuestra opinión una conclusión semejante debe considerarse equivocada. Para decidir en qué casos el dolo negativo puede tener incidencia en la validez del contrato, será menester examinar... los deberes precontractuales de información que hubieran existido entre las partes y la violación de tales deberes, de manera que sólo donde existieran tales deberes precontractuales de información y estos hubieran sido incumplidos, el dolo negativo podrá tener lugar³.

El silencio, entonces, determina la existencia del dolo por omisión en la medida que sea ilícito. Y, desde luego, la pregunta es cuándo es ilícito el silencio. Una respuesta completa a esta pregunta excede las posibilidades de esta nota, sin embargo, es posible intentar responder por qué en este caso era ilícito.

Conviene comenzar precisando que el silencio, al menos en este caso, constituye una omisión. Y esto que parece una obviedad innecesaria, no lo es. Y no lo es porque el Derecho no suele tratar de la misma manera a las acciones y las omisiones. Para comprenderlo resultará conveniente utilizar una distinción sugerida por Honoré entre abstenciones (*not-doing-something*) y omisiones⁴. No toda abstención constituye una omisión, una abstención es simplemente no hacer algo, una omisión es dejar de hacer algo que el Derecho ordena hacer. Si se acepta lo anterior, es fácil advertir por qué el problema de la legitimidad del silencio lleva a Díez-Picazo en el párrafo transcrito más arriba a concluir que la existencia de un dolo por omisión precisa de la existencia de un deber de informar que se incumple. Aceptado esto, lo siguiente es cuestionarse acerca de si en este caso existió una abstención o una omisión, y si existió una omisión (como consideró el Tribunal, en mi opinión, correctamente) es necesario determinar de dónde surge el deber de informar que se infringió.

En el caso español, a falta de una regla explícita o del acuerdo de las partes, suele considerarse que la fuente normativa del deber de informar son las exigencias de la buena fe⁵ (una opinión que, dicho sea de paso, el Tribunal Supremo deja explícita en esta sentencia), con lo cual la cosa queda en que la abstención se considerará como omisión (esto es como infracción del deber de informar) cuando según las exigencias de la buena fe la parte que calló debería haber informado. Sin embargo, utilizar las exigencias de la buena fe como respuesta a la pregunta acerca de cuándo se debe informar puede ser engañoso porque aún quedaría pendiente otra pregunta, a saber: ¿cuáles son las exigencias de la buena fe? Y esto último, me parece, no puede ser contestado –salvo tautológicamente– en términos abstractos, sino desde las peculiaridades del caso. De manera que la pregunta no es exactamente ¿cuáles son las exigencias de la buena fe?, sino ¿cuáles son en este caso las exigencias de la buena fe?

Según se recordará, el problema del silencio se presenta aquí porque la Concedente no informó a la Distribuidora acerca de las existencias que se

³ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, I, Thompson Civitas, Madrid, 2007, p. 202.

⁴ HONORÉ, T., «Are Omissions Less Culpable?» en CANE P. y STAPLETON, J., *Essays for Patrick Atiyah*. Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 36.

⁵ Ver, por todos, GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994, p. 14

encontraban en poder de la anterior distribuidora. El silencio es relevante aquí por dos razones (ambas advertidas por la sentencia). La primera de ellas es porque esta falta de información impidió a la Distribuidora calcular adecuadamente los riesgos que asumía al obligarse por el contrato. La segunda –que viene siendo la determinante para los efectos de la buena fe– es porque la situación de la anterior distribuidora determinaba que la Concedente no iba a poder cumplir con las obligaciones que para ella surgían del contrato. Como ya ha sido dicho, se trataba de un contrato de distribución exclusiva y, en general, una de las obligaciones que se derivan de éste para la Concedente es garantizar que en una zona geográfica determinada los productos serán distribuidos únicamente por la distribuidora que es su contraparte. Y la pregunta es ¿cómo podía garantizar esto si ya había entregado productos a otra distribuidora para esa misma zona geográfica?

La sentencia declara que, en los contratos de distribución, existe un especial deber de lealtad y por eso debió informar. Por mi parte, sin poner en cuestión la corrección de esa regla y pensando en las particularidades de este caso, voy a tratar de formular otra regla, más concreta, y, por ello, quizás, más modesta, que se puede expresar así: en las negociaciones de un contrato cada una de las partes debe revelar a la otra al menos aquella información que determinará el incumplimiento de su prestación en los términos convenidos. Y esto porque si alguna lealtad exige la celebración de un contrato, ésta es precisamente que ambas partes crean razonablemente que el contrato se puede ejecutar en los términos convenidos.

3. INCUMPLIMIENTO

¿Cuál es la consecuencia jurídica del silencio en este caso? La respuesta es que ninguna y la razón es que el Tribunal consideró que la modificación que acordaron las partes del contrato constituyó «una verdadera modificación novatoria del contrato». Sin embargo, me interesa prescindir de ese dato para relevar otra circunstancia, y es el hecho que el tribunal que conoció de la apelación de la sentencia de primera instancia enlazó el silencio de la Concedente con la infracción del pacto de exclusiva. Por lo tanto, desde la mirada de ese tribunal, el silencio había determinado un incumplimiento del contrato. Esta consideración es extraordinariamente interesante porque lleva a concluir que los mismos hechos que configuran un dolo incidental configuran un incumplimiento del contrato⁶. O dicho de otra manera, que la infracción del deber de informar podía ser reclamada a través de las acciones propias del dolo incidental y las del incumplimiento contractual.

La idea de que un ilícito que haya tenido lugar durante la negociación de un contrato pueda ser absorbido por el contrato no es nueva. Morales Moreno, examinando el sistema de remedios de la Convención de Viena, advirtió que: «Si consideramos que a menudo estos vicios [error y dolo] confluyen con un

⁶ Lo mismo puede afirmarse del caso resuelto por la STS de 11 de junio de 2007 (EDJ 2007, 70071 Pte: Almagro Nosete, José) que trata del arrendatario de un local a quien la arrendadora le ocultó deliberadamente la existencia de un expediente de ruina que afectaba el local. Se trata, sin duda de una omisión y, por lo tanto, de un caso de dolo, pero a la vez determinó el incumplimiento del contrato, y así lo determinó el TS.

incumplimiento, la anulación del contrato puede ser sustituida por la resolución y la indemnización de daños»⁷. Algo similar sucede en el caso francés, y respecto del deber de informar, donde Fabre-Magnan ha sostenido que la calificación de un ilícito como precontractual o contractual no depende del momento en que haya tenido lugar, sino más bien del efecto que produce⁸. Y, para el derecho español, en la misma línea, Díez Picazo y Gullón han sugerido que aún cuando teóricamente cualquier responsabilidad precontractual cae dentro del ámbito del artículo 1902, el problema es más bien académico, pues «las faltas cometidas durante la perfección del contrato se trasladan en numerosas ocasiones después de su perfección a éste»⁹. En un sentido similar parece manifestarse el TS cuando señala en una sentencia de 31 de octubre de 2001 que:

Los tratos negociales preparatorios a la formación de los contratos, han de estar salvaguardados por la buena fe y pueden generar responsabilidad civil por razón de culpa *in contrahendo* (Sentencia de 26 de febrero de 1994 [RJ 1994/1198]), que cabe proyectar al caso del daño ocasionado por incumplimiento del contrato debidamente perfeccionado¹⁰.

A mayor abundamiento aún, este tipo de solución se encuentra en perfecta consonancia con lo dispuesto en el artículo 4:119 de los Principios de Derecho Contractual Europeo.

Los hechos relatados más arriba enseñan dos cosas que conviene reiterar para concluir con este comentario. La primera de ellas es que en la negociación de un contrato al menos deben informarse aquellas circunstancias que determinarán el incumplimiento de la prestación de quien calla. La segunda es que si efectivamente determinan el incumplimiento, las consecuencias del silencio pueden quedar disciplinadas por el estatuto de la responsabilidad contractual.

⁷ MORALES MORENO, A. M., «Autonomía de la voluntad y responsabilidad en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías», en EL MISMO *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Navarra, 2006, p. 213.

⁸ FABRE-MAGNAN, M., *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ, Paris, 1992, pp. 224-227.

⁹ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, vol. II, 6.ª ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 81.

¹⁰ RJ 2001/9639. En ese caso se trataba de un cuantioso préstamo realizado por un conjunto de bancos a unas industrias químicas. Las industrias incumplieron con el pago y los bancos alegaron que las industrias habían actuado maliciosamente y en forma contraria a la buena fe, al haber ocultado las dificultades económicas por las que atravesaba al tiempo de las actuaciones prenegociales a la concesión del préstamo.

Sentencias

A cargo de: **Antonio Cabanillas Sánchez**

Colaboran: **Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Cristina GARCÍA GREWE, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Laura ZUMAQUERO GIL.**

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. Abuso de derecho: acción ejercitada por la comunidad de propietarios contra uno de ellos, judicialmente desestimada: doctrina jurisprudencial.–La cuestión de la posible responsabilidad civil frente a quien inicia unas acciones judiciales contra otro que, a consecuencia de las mismas, sufre perjuicio, y sin que aquéllas obtengan respuesta judicial estimatoria, unas veces se ha basado en el artículo 1902 CC y otras en el artículo 7.2 CC, bien aisladamente o en conjunción con la invocación del artículo 11.2 LOPJ según el cual los Juzgados y Tribunales han de rechazar fundadamente las pretensiones, incidentes y excepciones que sea manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. La STS de 29 de diciembre de 2004 se pronuncia en el sentido de considerar más adecuada la segunda conforme a las SSTs de 28 de noviembre de 1967, 2 de junio de 1981, 27 de mayo de 1988 y 31 de enero de 1992; esta tesis encuentra su fundamento esencial en el hecho de que la acción u omisión generadora de la culpa aquiliana ha de ser objetivamente ilícita, aunque también en el aspecto subjetivo ha de ir acompañada de la culpa o negligencia de su autor, mientras que en el caso de la iniciación de actuaciones judiciales no cabe hablar de una ilicitud objetiva, si

bien la ilicitud puede venir por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, según dice el artículo 7.2 CC. Esta Sala ha llamado la atención sobre lo delicado de la operación de identificar, en cada caso, los límites del derecho a acceder a los Tribunales, y así la STS de 31 de enero de 1992 declaró que el proceso en sí es ejercicio de un derecho constitucional a la tutela efectiva, que si no siempre ha de producir el éxito de la acción, no permite en modo alguno extraer y generalizar que el fracaso o el abandono de una acción revele el carácter abusivo de un intento de ejercicio, por lo que no toda desestimación de la demanda es prueba por sí misma del actuar negligente ni puede coaccionarse psíquicamente con la amenaza de un pleito de responsabilidad civil a quien cree honestamente tener derechos que ejercitar o defender, para que no acuda a la vía jurisdiccional, pues se violaría el artículo 24 CE. (STS de 21 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—La comunidad de propietarios había demandado a uno de ellos para que se declarase que las obras realizadas en su local y que afectaban a los elementos comunes, se habían llevado a cabo sin el consentimiento unánime de los condueños; pero la demanda fue rechazada en todas las instancias por apreciarse un consentimiento tácito. El demandado reclama ahora cuarenta millones de las antiguas pesetas en concepto de daños y perjuicios, siendo rechazada en ambas instancias y también desestimado el recurso de casación en cuidada sentencia, de la que ha sido ponente Salas Carceller. (G. G. C.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

2. Compraventa de acciones: falta de causa.—La falta de causa constituye uno de los supuestos de la inexistencia negocial, y el artículo 1277 CC presume que existe y es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario, tratándose la apreciación de la existencia o inexistencia de causa en los contratos o la concurrencia de causa falsa de una cuestión de hecho, que deja gran libertad a los Tribunales de instancia para su apreciación, cuya conclusión probatoria ha de ser mantenida invariable a no ser que la misma sea desvirtuada por el medio impugnatorio adecuado.

Prueba de presunciones.—La prueba de presunciones a que se refieren los artículos 1250 y 1253 CC, actualmente derogados por Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, según doctrina constante y reiterada de esta Sala, requiere la acreditación de que entre el hecho demostrado y aquél que se trata de deducir se dé un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, revelando la existencia de un hecho causal entre ambos aspectos, siendo la determinación de ese enlace un juicio de valor reservado en principio a la Sala de instancia cuya deducción debe ser mantenida mientras no se acredite que la misma es arbitraria, absurda o contraria a las reglas del criterio humano. Esto es lo que ocurre en el presente caso, pues consta en los autos:

1.º) Cuando se realizan las ventas, la vendedora no tenía embargadas sus acciones. 2.º) No es cierto que la venta se haga a familiares o empleados sino que se utilizan los servicios de una empresa mediadora alemana, y los compradores nada tienen que ver con aquéllos. 3.º) La venta se hace por persona legítimamente facultada por la empresa propietaria. 4.º) Se confunde, en unos casos, la inexistencia de precio con la falta de pago, y en otros se pagó efectivamente. (STS de 14 de diciembre de 2005; ha lugar.)

NOTA.—La actora adquiere mediante subasta pública en 1975, 399 acciones de las 400 de una sociedad inmobiliaria. Se pretende anular las enajenaciones que, con anterioridad a la venta, se habían realizado de diversos inmuebles pertenecientes a aquélla, por supuesta simulación. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, pero la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación. El Tribunal Supremo estima, a su vez, el recurso y considera plenamente válidas las enajenaciones previas que habían alcanzado el medio centenar. La empresa inmobiliaria es alemana y las ventas impugnadas se hacen exclusivamente a ciudadanos de este país. Sólo la actora es de nacionalidad española. (G. G. C.)

3. Imposibilidad de conceder intereses moratorios.—El principio de buena fe contractual y de equilibrio de las prestaciones exige reconocer el derecho del demandante a los intereses moratorios aunque la sentencia conceda una menor cuantía de la pedida en la demanda. Sin embargo, si existe una distancia considerable entre la cantidad solicitada y la concedida, no podrán concederse intereses moratorios (FJ 4.º, STS de 30 de noviembre de 2005).

Interpretación de los contratos. Aplicación subsidiaria del artículo 1289 CC.—El artículo 1289 CC referido a la interpretación de los contratos, únicamente entra en juego cuando haya dudas sobre la interpretación de un contrato y éstas no puedan despejarse con las reglas de los artículos 1281 a 1288 CC. (STS de 30 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora interpone demanda solicitando la condena a los demandados al abono de 56.838.545 pesetas de principal, 6.838.625 correspondientes al IVA, más los intereses legales devengados desde la fecha de presentación de la demanda. A su vez, la actora manifiesta en la demanda que ya había recibido por parte de uno de los demandados la cantidad de 12.500.000 pesetas de principal más 1.500.000 pesetas de IVA. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a los demandados a abonar a la actora la cantidad de 49.827.170 pesetas, más los intereses legales devengados desde la fecha de interposición judicial. Interpuesto Recurso de Apelación, la Audiencia Provincial absolvió a uno de los demandados por falta de legitimación pasiva y condenó a la entidad mercantil demandada al abono a la parte actora de 16.561.302 pesetas, más el IVA correspondiente, desestimando el resto de los pedimentos de la demanda. Contra dicha Sentencia, se interpuso recurso de casación tanto por la parte actora como por la

mercantil demandada. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los Recursos de Casación interpuestos.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea el problema de la concesión de intereses moratorios en el supuesto de estimación de una menor cuantía dineraria de aquélla que haya sido reclamada en la demanda. La jurisprudencia se ha pronunciado tradicionalmente en el sentido de considerar que no era posible conceder intereses moratorios en los casos en los cuales la cantidad solicitada superaba aquella que había sido concedida (SSTS de 18 de noviembre de 1960 [RJ 1960/3487], 12 de julio de 1984 [RJ 1984/3848], 29 de noviembre de 1985 [RJ 1985/5916], 4 de abril de 1986 [RJ 1986/1793], 27 de mayo de 1987 [RJ 1987/3585], 5 de marzo de 1990 [RJ 1990/1896], entre otras). El Supremo consideraba, a su vez, que los intereses moratorios únicamente resultaban exigibles cuando la prestación principal dineraria es líquida, sin que sea necesario determinar y precisar la deuda. El Tribunal Supremo subordina la concesión de los intereses de demora de una deuda a su liquidez (STS de 19 de junio de 1995 [RJ 1995/5322]). Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial ha experimentado un cambio consolidando un nuevo criterio jurisprudencial. La antigua doctrina jurisprudencial consideraba que, en los casos en los que la cantidad adeudada no es líquida, es decir, cuando para determinarla es preciso una contienda judicial, el abono de intereses sólo procedía desde el instante procesal de firmeza de la sentencia que resuelve dicha contienda judicial. Sin embargo, a partir de la S. de 5 de abril de 1992, el Supremo ha modificado su criterio, atenuando el automatismo del expresado principio, considerando que la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses aunque fuere menor la cantidad concedida de la reclamada, y que se computen desde el momento de la interposición de la demanda (SSTS de 5 de abril de 1992 [RJ 1992/2389], 13 de octubre de 1997 [RJ 1997/7463], 8 de noviembre de 2000 [RJ 2000/9210], 10 de abril de 2001 [RJ 2001/6674], 5 de abril de 2005 [RJ 2005/3588], 15 de abril de 2005 [RJ 2005/3242]). Ello parece lógico ya que podría crearse una situación de enriquecimiento injusto, produciéndose simplemente por obtener el deudor moroso una ganancia indebida, al no obligársele, desde el momento de ser requerido judicialmente, al pago de los frutos civiles e intereses de una cantidad que está obligado a pagar, sea cual sea el montante definitivo de la misma (SSTS de 13 de octubre de 1997 [RJ 1997/7463], 8 de noviembre de 2000 [RJ 2000/9210]). El problema se plantea en aquellos supuestos en los cuales la cantidad reclamada supera con creces la cantidad finalmente concedida. La doctrina jurisprudencial en estos casos, tal y como resuelve el Supremo en la sentencia objeto de anotación, sigue la línea de considerar que procede mantener la pauta seguida por la antigua doctrina jurisprudencial y, por tanto, no conceder intereses moratorios (SSTS de 7 de noviembre de 2001 [RJ 2001/9298], 20 de marzo de 2003 [RJ 2003/2792]).

Por otra parte, resulta necesario distinguir el concepto de intereses moratorios del de intereses procesales. Aunque ambos son propios intereses, su naturaleza y su operatividad son distintas, ya

que, los intereses legales, al ser considerados punitivos y sancionadores, se devengan aun sin haberse formulado petición expresa, pues los concede la propia ley, y se calculan en ejecución de sentencia, no pudiendo el Juzgador de instancia pronunciarse sobre dichos intereses (SSTS de 7 de julio de 1990 [RJ 1990/5783], 18 de marzo de 1993 [RJ 1993/2023], 5 de abril de 1993 [RJ 1993/2787], 25 de enero de 1995 [RJ 1995/166]).

La segunda cuestión de interés que plantea la sentencia objeto de anotación versa sobre la interpretación de los contratos y la aplicación del artículo 1289 CC. Dispone el artículo 1289 que: «*Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán a favor de la menor transmisión de derechos e intereses*». En consonancia con lo establecido en dicho precepto, es doctrina jurisprudencial reiterada aquella que considera que el precepto citado únicamente será de aplicación cuando existan dudas sobre la interpretación de un contrato y no puedan despejarse con las reglas contenidas en los artículos 1281 a 1288 CC (SSTS de 23 de julio de 1997 [RJ 1997/5808], 16 de julio de 2002 [RJ 2002/6244], entre otras). (L. Z. G.)

4. Carga de la prueba.—Inversión de la carga de la prueba establecida en el artículo 1214 CC y vulneración del precepto (SSTS de 16 de octubre de 2001, 5 de junio y 22 de octubre de 2002), al exigir el juzgador del demandante reconvenido que pruebe la extinción de una obligación de préstamo cuya existencia no ha sido probada por el demandado-reconviniente, que la alega en el juicio. La carga de la prueba recae sobre la parte que alega un hecho sobre el que fundamenta su derecho o, sobre la parte que lo contradice, cuando con ello introduce un hecho distinto en el procedimiento (STS de 2 de diciembre de 2003). Por tanto, la carga de la prueba no recae sobre la parte que simplemente niega el hecho (STS de 7 de febrero de 1981).

Valoración de la prueba de confesión.—Vulneración del artículo 1232 CC al negar valor a la confesión como prueba contra su autor. Para que la confesión haga prueba contra su autor como prueba tasada, debe absolverse una posición, la respuesta debe ser desfavorable para su autor y no deben existir otras pruebas contradictorias que lleven al juzgador a una valoración conjunta en otro sentido (STS de 19 de octubre de 2004).

Inexistencia de la causa de la obligación cuyo incumplimiento se alega.—Infracción del artículo 1261.3º CC en relación con el artículo 1275 CC, al resultar probada la inexistencia de la causa propia de un contrato de préstamo, por tener el ingreso de los importes en la cuenta del demandante-reconvenido una causa distinta. (STS de 2 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don M. demanda en juicio ordinario de menor cuantía a la sociedad N, S. L. por un importe de 7.485.613 pesetas más los intereses legales y subsidiariamente a don M. J., a doña C., a don C., doña M. y don F. por 1.247.602 pesetas más intereses legales o, en la parte proporcional que corresponda a cada uno de los demandados en caso de que la sociedad pague parcialmente el importe que se reclama. La sociedad N, S. L. formula reconvenición, exigiendo a don M., en cuanto administrador único de la sociedad N. M., S. A., el pago de

20.931.020 pesetas más los intereses legales, como consecuencia de un préstamo impagado. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Torrent dicta sentencia con fecha 23 de octubre 1996, estimando íntegramente la demanda y parcialmente la reconvencción, condenando a don M. al pago a *Noumobel* de 6.500.000 pesetas. Recurrída por las partes en apelación, la Audiencia Provincial de Valencia confirma el 1 de marzo de 1999 íntegramente la sentencia de instancia. Don M. interpone recurso de casación que, en sentencia de 2 de diciembre de 2005, es estimado por el Tribunal Supremo que casa y anula parcialmente las sentencias de primera instancia y apelación en los pronunciamientos referidos a la reconvencción interpuesta por la sociedad *N., S. L.*

NOTA.- Debe tenerse en cuenta que los artículos 1214 CC y 1232 CC han sido derogados por la DD única apartado 2.1.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero. (*C. G. G.*)

5. Interpretación razonable de una cláusula contractual.—*No es tarea propia de la casación, sino de la instancia, la de interpretar el contrato, siempre que sea dentro de lo razonable. Es razonable interpretar que la cláusula en virtud de la cual se prevé la prórroga de un contrato de arrendamiento «por períodos bianuales», se refiera a períodos de dos años, cuando el contrato de arrendamiento inicialmente tiene estipulada una duración de dos años y conforme también a la costumbre contractual y al uso coloquial de la expresión «bianual», aunque este uso no coincida con la definición estricta que aparece en el diccionario de la Real Academia de la Lengua. (STS de 30 de noviembre de 2005; no ha lugar.)*

HECHOS.—En una cláusula, se estipuló la duración inicial de dos años para un contrato de arrendamiento, que se entendería «prorrogado por períodos bianuales» salvo notificación en contrario emitida por cualquiera de las partes en la forma y tiempo pactados. El litigio se centra en la interpretación de la citada cláusula del contrato. La Audiencia Provincial de Madrid anuló la sentencia de primera instancia e hizo una interpretación de la cláusula favorable al arrendador demandante, conforme a la cual se entendía que cada prórroga tendría una duración de dos años. En casación, el Tribunal Supremo acepta como razonable la interpretación realizada por la Audiencia, pero no niega que hubiera sido aceptable interpretar la expresión «bianual» conforme a lo que dispone el diccionario de la Real Academia de la Lengua, esto es, «que ocurre dos veces al año» (interpretación que favorecería a la parte demandada), mientras que «bienal» hubiera sido la expresión ajustada, conforme al citado diccionario, para referirse a lo «que sucede o se repite cada bienio; que dura un bienio».

NOTA.—En el supuesto de hecho concurre una circunstancia que le añade interés, desde el punto de vista de la hermenéutica del contrato, y es que una de las partes contratantes es la Embajada de México en España, que resulta desfavorecida por una interpretación coloquial del término «bianual». (*C. J. D.*)

6. Incumplimiento contractual: defectos de calidad en las viviendas.—«[...]La acción ejercitada, mediante la denuncia de los defectos de calidad en las viviendas respecto de las que habían sido contempladas a la hora de contratar, es la general derivada de incumplimiento contractual[...]. En tal sentido, para un supuesto de denuncia de vicios ocultos, los artículos 1490 y 1484 CC resultan inaplicables cuando la demanda no se dirige a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos de la cosa vendida, sino las derivadas del defectuoso cumplimiento de la obligación contractual [...]» (FJ 3°).

Inexistencia de un plazo especial de prescripción.—La acción ejercitada mediante la denuncia de defectos de calidad en las viviendas, al ser la general derivada del incumplimiento contractual, no esta sujeta a plazo especial de prescripción, sino que ha de aplicársele el plazo general de quince años previsto para el ejercicio de las acciones personales previsto en el artículo 1964 CC (FJ 3°); (**STS de 12 de diciembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora interpone demanda mediante la cual solicita que se declare que las viviendas de los actores adolecían de vicios y defectos constructivos de distinta naturaleza, y que había existido una alteración de las calidades y características constructivas pactadas con la parte demandada. A su vez, solicita se declare la obligación de realizar en las viviendas las obras necesarias para subsanar la totalidad de los defectos, y se condene a la entidad inmobiliaria, arquitecto y demás intervinientes en la construcción al abono de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos debido a la disminución proporcional del valor experimentado por las viviendas como consecuencia de la disminución en la calidad de la edificación y de los materiales, así como por los defectos constructivos por las mismas padecidos. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta por la parte actora, y condena a los demandados a la reparación de los defectos detectados, así como al abono de una indemnización a los propietarios que tuvieran que desalojar las viviendas durante las obras de reparación. La entidad inmobiliaria, el arquitecto y la constructora interpusieron recurso de apelación, el cual fue estimado en parte por la Audiencia Provincial, al considerar que a pesar de existir defectos constructivos que deben ser reparados por los demandados, sin embargo, el arquitecto y la constructora no deben abonar indemnización de daños y perjuicios por alteración de calidades y características de las viviendas. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la sociedad inmobiliaria.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea la cuestión de determinar si la existencia de defectos de calidad de materiales respecto a lo fijado en el proyecto debe considerarse un incumplimiento contractual, quedando la acción sujeta al plazo de prescripción de quince años fijado para el ejercicio de las acciones personales, o si, por el contrario, deben considerarse vicios ocultos sujetos al plazo especial de prescripción de seis meses establecido en los artículos 1484 y 1490 CC.

Es reiterada doctrina del Tribunal Supremo aquella que considera que los artículos 1484 y 1490 CC resultan inaplicables cuando la demanda no se dirige a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos de la cosa vendida, sino las derivadas del defectuoso cumplimiento de la obligación contractual (SSTS de 23 de junio de 1965 [RJ 1965/3911], 10 junio de 1986 [RJ 1986/3379], 30 de junio de 1997 [RJ 1997/5406]). Como consecuencia de dicho incumplimiento, el vendedor está obligado a reparar, con la obligación de indemnizar al comprador por los daños y perjuicios causados, no con amparo en la acción rescisoria, ni en la de sanear, sino en la de petición de cumplimiento exacto de la obligación, como una de las modalidades permitidas por el artículo 1101 CC, al establecerse que quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados en el cumplimiento de sus obligaciones, «*los que de cualquier modo contraviniesen el tenor de aquellas*», acción que, careciendo de plazo especial de prescripción, deberá sujetarse al plazo de quince años correspondiente a las acciones personales (STS de 30 de junio de 1997 [RJ 1997/5406]).

Distinto se plantea el supuesto en el caso de defectos de calidad en las compraventas mercantiles. Considera el Tribunal Supremo que en estos casos la acción de reclamación por defecto en la calidad de las mercancías deberá ejercitarse en el plazo de los cuatro días siguientes al de su recibo, conforme a lo dispuesto en el artículo 336 del CCO (STS de 12 de mayo de 1984 [RJ 1984/2409]). (*L. Z. G.*)

7. Distinción entre pretensión diversa y vicios ocultos.—«Partiendo de una doble hipótesis, que habría de definir la existencia de la pretensión diversa como la entrega de una cosa distinta a la pactada, y como el incumplimiento por inhabilidad del objeto o por insatisfacción del comprador. El primer supuesto concurre cuando la cosa entregada contiene elementos diametralmente diferentes a los de la pactada; para el segundo supuesto se hace necesario que el objeto entregado resulte totalmente inhábil para el uso a que va destinado o que, el comprador quede objetivamente insatisfecho; inutilidad absoluta que debe hacer inservible la entrega efectuada, hasta el punto de frustrar el objeto del contrato o insatisfacción objetiva del comprador, que no constituye un elemento aislado, ni puede dejarse a su arbitrio, debiendo estar referido a la propia naturaleza y al uso normal de la cosa comprada, que haga de todo punto imposible su aprovechamiento» (STS de 5 de noviembre de 1993). (STS de 15 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el incumplimiento por entrega de lona azul inhábil para la confección de zapatillas a que iba destinada por la falta de solidez del tinte, la entidad *C. A. y V., S. L.*, interpone demanda contra el fabricante *J. G., S. L.* La lona azul con revés de sarga crudo resultaba inadmisibile para la confección de zapatillas por su falta de solidez en el tinte, además dicho producto incumplía la normativa de calidad para elaborar zapatillas de niño. El Juzgado de Primera Instancia estimó la pretensión subsidiaria de la demanda presentada y declaró resuelto el contrato de compra-venta en lo referente a la lona azul y condenó a la demandada a abonar a la

actora la cantidad de dos millones quinientas dieciocho mil cuatrocientas ochenta y nueve pesetas (2.518.489 pesetas) en concepto de daño emergente, más intereses. Como consecuencia de la pérdida de clientes originada por la devolución de zapatillas desteñidas, condenó a abonar al actor la cantidad que se determinase en ejecución de sentencia en concepto de lucro cesante. Asimismo el Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la reconvencción planteada de contrario y condenó a la actora a abonar a la demandada la cantidad de dos millones cuatrocientas cincuenta y tres mil novecientas treinta pesetas (2.453.930 pesetas) más intereses. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, de forma que dejó sin efecto el dictamen pericial en cuanto se refiere a lucro cesante, y condenó al fabricante a abonar a C. A. y V., S. L. la cantidad de 2.259.114 pesetas en concepto de daño emergente. Asimismo, la Audiencia estimó parcialmente el recurso de apelación planteado por C. A. y V., S. L. y pospuso al período de ejecución de sentencia la especificación del lucro cesante de dicha sociedad.

NOTA.—Al igual que la sentencia anotada también distinguen entre prestación diversa y vicios ocultos, entre otras, las SSTS de 1 de julio de 1947, 25 de abril de 1973, 12 y 23 de marzo de 1982, 20 de febrero y 20 de octubre de 1984, 6 de marzo de 1985 y 6 de abril de 1989. (M. C. L. J.)

8. Suministro eléctrico: reclamación de importes de energía no pasadas por error de la suministradora.—Concepto de consumidor final: El artículo 1º, apartados 2 y 3, de la redacción originaria de la Ley de 1984, delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quien demanda frente a quien formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Esto es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito personal, familiar o doméstico (como dispone el art. 3.3 de la Ley 5/1985, de 8 julio, de Consumidores y Usuarios en Andalucía, también señalado por la recurrente como no aplicado). No a quien lo hace para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios (SSTS de 18 de junio de 1999, 16 de octubre de 2000, 28 de febrero de 2002, 29 de enero de 2003 y 21 de septiembre de 2004). A la luz de esa doctrina, el empresario demandado, que adquirió la electricidad para consumo industrial, esto es, para incorporarla a la explotación de su negocio, con posibilidad de repercutir el precio del suministro con el aplicado a sus clientes, no tiene la condición de consumidor a los efectos de la LGDCU de 1984.

No hay enriquecimiento sin causa, sino incumplimiento de contrato.—La suministradora se empobreció, pero no por la atribución efectuada, sino porque, en la ejecución del contrato, al errar sobre el importe de su crédito, no reclamó íntegramente a aquél todo lo que le adeudaba. La reclamación contractual le facultaba para reclamar lo cobrado de menos. Las acciones de enriquecimiento sin causa y de cumplimiento del contrato responden

a supuestos fácticos distintos, que sirven de fundamento a las respectivas pretensiones, sometidas a normas diferentes. Por ello, para no causar lesión a la congruencia no cabe más que desestimar el recurso.

Incongruencia extrapetita.—Recuerdan las SSTs de 20 de diciembre de 2002 y 25 de abril de 2005 que la alteración de los términos objetivos del proceso genera mutación de la *causa petendi* y determina incongruencia *extrapetita*, razón por la que los Tribunales deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes les han sometido en los escritos de alegaciones, retores del proceso, por tratarse de una exigencia de los principios de rogación y de contradicción, sin que puedan ampararse en el principio *iura novit curia* para justificar el cambio, ya que los márgenes del mismo no permiten resolver problemas distintos de los recurridos. **(STS de 15 de diciembre de 2005; no ha lugar.)**

NOTA.—Supuesto poco frecuente, pues la sentencia extractada (FD 4º) declara estimados dos motivos del recurso interpuesto por la empresa suministradora de energía eléctrica a un empresario de hostelería, a quien por error de aquélla dejó de facturársele un importe que excede de diez millones de antiguas pesetas, pese a lo cual se desestima el recurso, poniendo de relieve la sentencia extractada (Pte. Ferrándiz Gabriel) el desacertado planteamiento de la demanda (con base en el enriquecimiento injusto; que siempre tiene carácter subsidiario según doctrina y jurisprudencia, en vez de interponer la acción de cumplimiento de contrato) y el evidente error de fundamentación de la Audiencia Provincial al revocar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia por considerar al cliente destinatario final de la energía contratada (destinado, en realidad, al alumbrado, calefacción, acondicionador de aire frío del local, conservación y transformación de alimentos, enfriamiento de bebidas, etc.). *Dura lex, sed lex* (procesal), cabría recordar, aunque el efecto desestimatorio presumiblemente sólo será temporal. (G. G. C.)

9. Resolución del contrato: no procede cuando el incumplimiento es imputable a quien la reclama ni cuando el incumplimiento es recíproco.—La reglamentación contractual no autorizaba a A. a llevar a cabo las instalaciones de suministros a su albedrío y antojo pues estaban supeditadas a que los locales vendidos pudieran ser puestos en marcha en el plazo de entrega conveniente y no dos años después, como fue lo que sucedió. La S de 9 de mayo de 1996 declaró que los locales que han de abrirse al público es imprescindible que se les dote de agua, luz y otros elementos que son calificados como servicios esenciales.

Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial suficientemente conocida no puede la parte vendedora promover resolución contractual y dar eficacia a la cláusula penal tercera, cuando, como aquí ocurre, se da incumplimiento previo sustancial a ella imputable, que se manifiesta cuando se ocasiona insatisfacción del comprador en razón a la funcionalidad y destino de la cosa comprada, sin dejar de lado que el sentido del artículo 1461 CC es la entrega adecuada.

Estamos pues ante una situación de incumplimientos recíprocos, alineándose junto al de la parte vendedora el del comprador que no satisfizo el precio convenido, por lo que esta situación de incumplimientos recíprocos impide

también la resolución (SS de 16 de noviembre de 1979, 16 de abril y 16 de mayo de 1991, 3 de junio y 20 de diciembre de 1993, y 10 de enero de 1994, entre otras). **(STS de 16 de noviembre de 2005;** ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil demandante construyó un centro comercial en parcela de su propiedad. En el curso del proceso de edificación vendió al demandado un módulo que se le entregaría en la fecha pactada en estructura, sin pavimentos ni tabiquería, siendo de cuenta del comprador la adaptación y el acabado de los locales. La vendedora, por su parte, quedaba obligada a establecer en el complejo las conducciones generales de energía, agua y saneamientos para que se pudieran conectar a los diversos locales siendo de cuenta de cada adquirente las conexiones particulares a las redes generales y comunes. La puesta a disposición del local tuvo lugar en la fecha prevista pero el comprador no acudió al acto de entrega. Ocurrió también que a la fecha de la entrega las obras de acondicionamiento a cargo del comprador difícilmente hubieran podido llevarse a cabo en tanto que la vendedora no había efectuado lo que le incumbía y las obras necesarias para dotar al complejo de las conducciones necesarias estaban aún pendientes de realización. De ahí que cuando la mercantil solicitó la resolución del contrato por impago de parte del precio el Juzgado desestimase la demanda. La Audiencia, en cambio, falló a favor de su apelación declarando resuelta la compraventa por entender que el local adquirido no lo había sido para su inmediata explotación por lo que los suministros de energía, agua, etc. sólo eran accesorios y no necesarios para que el comprador pudiera acondicionar el local adquirido. El demandado interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar. (R. G. S.)

10. Excepción de contrato no cumplido adecuadamente: consecuencias.—Desde la S de 12 de junio de 1985, citada en las de 21 de marzo de 1991, 8 de junio de 1996 y 12 de junio de 1988, que «si el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alegada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente queda satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato, no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria del contrato del artículo 1124 del citado texto sustantivo y sólo permiten la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien mediante la consiguiente reducción del precio —SS 21 de noviembre de 1971, 17 de enero de 1975 y 15 de marzo y 3 de octubre de 1979».

Dado que la demandada recurrente en casación no instó por vía reconvenicional la resolución del contrato y que la obra objeto del mismo estaba totalmente ejecutada, si bien no toda ella por la actora recurrida, la acción reparatoria que permite la excepción de contrato no cumplido adecuadamente, ha quedado satisfecha mediante la reducción del precio que establece la sentencia *a quo*, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

Inexistencia de enriquecimiento injusto.—Para que resulte aplicable la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa es exigible que el mismo carezca absolutamente de toda razón jurídica, es decir, que no concorra justa causa, entendiéndose por tal una situación que autorice el beneficio obtenido, sea porque existe una norma que lo legitima, sea porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz, según tiene declarado esta Sala con reiteración, entre otras, en SS de 18 de febrero y 8 de julio de 2003 y 27 de septiembre de 2004. En el caso enjuiciado la condena al pago que se establece en la sentencia *a quo* no supone un enriquecimiento torticero del demandante al traer causa en el contrato de obra mediante entre las partes. (STS de 16 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa promotora y constructora A demanda a la compañía B suplicando al Juzgado dicte sentencia en la que se le condene al pago de determinada cantidad, pendiente en virtud de un contrato de arrendamiento de obra. Se opone B alegando no deber la suma reclamada como consecuencia del incumplimiento parcial de sus obligaciones por la actora y por aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto y de la excepción *non rite adimpleti contractus*. La demanda es desestimada. La apelación, sin embargo, resulta acogida en parte en el sentido de que la Audiencia rebaja la cantidad inicialmente solicitada en la cuantía que B abonó para la finalización de la obra. Interpone B recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

11. Responsabilidad contractual. Nexo causal.—La reparación indemnizatoria que deriva del artículo 1101 CC viene condicionada a una doble contingencia: la probanza de los daños y perjuicios, cuya existencia y prueba es cuestión de hecho, y la atribución de su comisión a un quehacer doloso, negligente o moroso, es decir, a una conducta culposa entendida en sentido amplio.

Para que de un incumplimiento contractual derive la obligación de indemnizar perjuicios a cargo del incumplidor, la doctrina legal interpretadora del artículo 1101 CC exige que se dé la concurrencia de las siguientes circunstancias: obligación constituida, incumplimiento por el obligado y consiguiente causación efectiva de perjuicios derivados precisamente de ese incumplimiento en relación causa efecto (STS de 10 de octubre de 1990).

Carga de la prueba.—La función de la carga de la prueba es determinar para quién deben producirse las consecuencias procesales desfavorables cuando un hecho controvertido no haya sido probado. No obstante, la doctrina de la carga de la prueba no entra en juego en los siguientes casos: «si la cuestión litigiosa es exclusivamente jurídica; si no hay hechos controvertidos, por haber sido admitidos, o se trata de hechos notorios, o presumidos; así como si los hechos controvertidos han sido probados, sin que importe que la prueba haya sido aportada por una u otra parte, en virtud del principio de adquisición procesal» (FD 2.º).

Prueba testifical.—La prueba testifical es de libre valoración por el juzgador de instancia. Esta prueba es de apreciación discrecional y no es susceptible de ser revisada en casación. «Las reglas de la sana crítica sólo resultan vulneradas cuando las deducciones de la Sala sean contrarias a toda lógica» (STS de 3 de julio de 1992).

Mandato mercantil.—El artículo 292 CCO dispone: «Los comerciantes podrán encomendar a otras personas, además de los factores, el desempeño constante, en su nombre y por su cuenta, de alguna o algunas gestiones propias del tráfico a que se dediquen, en virtud de pacto escrito o verbal; consignándolo en sus reglamentos las compañías, y comunicándolo a los particulares por avisos públicos o por medio de circulares a sus corresponsales. Los actos de estos dependientes o mandatarios no obligarán a su principal sino en las operaciones propias del ramo que determinadamente les estuviera encomendadas».

El artículo 1710 CC implica una normativa genérica referente a las modalidades del mandato que se complementa especialmente en materia mercantil en cuanto a los empleados con el artículo 292 CCO para los supuestos que el mismo contempla. La exigencia de este precepto a que la existencia del pacto escrito o verbal se consigne en los reglamentos de las compañías, es a los meros efectos de publicidad para la mayor garantía de los terceros (FD 6°).

«Tratándose de una actividad realizada por una entidad y determinante de las gestiones propias del tráfico a que la misma se dedicaba, y que eran básicas y necesarias dentro del ámbito de su desenvolvimiento, supone encomienda del desempeño constante en nombre de la entidad comerciante y por su cuenta, en virtud del pacto, cuando menos verbal, conferido por la entidad en favor de los empleados que estaban físicamente al frente de la misma, a que alude el artículo 292 CCO, que como consecuencia de las necesidades del tráfico, posibilita la realización de los encargos por dichos empleados con alcance vinculante para la entidad de que dependían» (STS de 5 de abril de 1982). (STS de 25 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Desde mayo, fecha en la que se solicitó riego para naranjos, hasta el 12 de julio de 1993, doña C. y don P. reclamaron insistentemente el riego incluso por conducto notarial a la *Sociedad de Gestión de Servicios Urbanos, S. A. (Sogesur)*, y la respuesta fue la exigencia de que respondieran por escrito su conformidad con el nuevo precio. Este precio se estableció el 7 de julio y era de 3.621 pesetas/hora, más IVA, lo que suponía un aumento del 40 por 100 respecto del anterior. En los primeros días de mayo de 1994, se solicitó nuevamente el suministro de riego, con la finalidad de salvar no ya la cosecha, sino el propio arbolado. La petición fue desatendida por la entidad demandada alegando el impago de una factura que desde el mes de septiembre de 1993 no se había abonado y a su vez se aumentó la tarifa de riego para 1994 en 5.257 pesetas/hora, lo que en dos años suponía un incremento del 110,28 por 100.

Como consecuencia de los daños sufridos por el retraso en la entrega de agua, doña C. y don P. formularon demanda de juicio declarativo de menor cuantía, sobre indemnización de daños y perjuicios, contra *Sogesur*, en la que solicitaron como indemnización la cantidad de 21.341.850 pesetas, o, subsidiariamente, la que resultase de la prueba y el pago de costas. En sentencia dictada en primera instancia se desestimaron todas las pretensiones de la demanda, con imposición del pago de costas a los demandantes. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso, con revocación de la sentencia apelada y condenó a pagar a la

demandada la cantidad reclamada de 21.341.850 pesetas y al pago de las costas causadas en la primera instancia.

NOTA.—En la sentencia anotada el Tribunal Supremo acoge en su FD 6º la interesante aplicación que del artículo 292 CCO realiza la STS de 5 de abril de 1982 relativa a un supuesto de mandato mercantil.

El Tribunal Supremo reitera una vez más que la prueba testifical no es susceptible de ser revisada en casación (SSTS de 26 de julio y 6 de octubre de 1993, 10 de noviembre y 24 de diciembre de 1994, 29 de julio de 2002, 19 de noviembre de 2004 y 27 de mayo de 2005, entre otras). (M. C. L. J.)

12. Rescisión por fraude de acreedores. Incorrecta interpretación de la expresión «persecución de bienes» contenida en el artículo 1111 CC.—

«Es exagerado interpretar la persecución de los bienes que exige el artículo 1111 en el sentido de que el acreedor ha de seguir los procedimientos contra esos bienes hasta su final procesal, aún sabiendo que nada útil conseguirá. Esta interpretación formalista debe descartarse pues no es éste el significado del precepto, sino que el deudor se haya quedado insolvente para el pago de las deudas. Tal insolvencia se puede probar con la demostración de que el mismo no tiene ya bienes libres con los que pagar o que los que están en su poder se encuentran gravados o afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido, pues en modo alguno se puede requerir del acreedor el ejercicio previo a la acción rescisoria de otras abocadas a la esterilidad práctica» (FJ 3º). (STS de 25 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora ejercita acción pauliana contra la parte demandada, en virtud de la cual se solicita se dicte sentencia por la que se declare que la escritura de compraventa suscrita por la parte demandada y un tercero fue realizada en fraude de acreedores, debiendo así decretarse la rescisión de la misma. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Interpuesto por la parte demandante recurso de apelación, la Audiencia Provincial estimó el recurso y declaró la rescisión de la compraventa realizada, con declaración de nulidad y cancelación de la inscripción correspondiente. Tanto la parte demandada en primera instancia como el tercero contratante formularon recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los recursos de casación interpuestos.

NOTA.—La nota más característica de la acción rescisoria es su subsidiariedad entendida como remedio para el acreedor cuando carezca de otro cauce para la satisfacción de su crédito, lo que denota, como presupuesto fáctico necesario, la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor, la que, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, no tiene que ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso. Junto a este semejante presupuesto, coexiste otro correlativo, el referente a que la desaparición o minoración patrimonial es el referente resultado de una operación transmisiva de bienes por el deudor a favor de

terceros, presupuesto éste al que se enlaza, por último un determinado propósito que viene a determinar el llamado *consilium fraudis*, entendido, de manera amplia, como «conciencia en el deudor del perjuicio de que el empobrecimiento real o fingido causa al acreedor» (FJ 3º STS de 25 de noviembre de 2005 [RJ 2005/9839]). En este sentido, SSTS de 28 de junio de 1994 [RJ 1994/5990], 31 de diciembre de 2002 [RJ 2003/247], entre otras). Ello implica que el concepto jurídico de «fraudulento» en un contrato de venta envuelve, además del de engaño, el de insolvencia del vendedor y consiguiente imposibilidad de cobrar su crédito al acreedor a quien se pretende defraudar, siendo así que la insolvencia del deudor queda determinada no sólo por la imposibilidad de pago completo sino también por la disminución de las posibilidades económicas efectivas para dar satisfacción a la exigibilidad del crédito (SSTS de 28 de octubre de 1992 [RJ 1993/7666], 31 de diciembre de 1997 [RJ 1997/9412], 1 de febrero de 2006 [RJ 2006/435]). Por todo ello, no se presenta necesario realizar una interpretación estricta de la expresión «*persecución de bienes*», contenida en el artículo 1111 CC, como requisito previo para la impugnación de los actos realizados en fraude de acreedores, en el sentido de entender que es imprescindible un seguimiento por parte del acreedor de todos y cada uno de los procedimientos abiertos contra los bienes del deudor. (L. Z. G.).

13. Tercería de mejor derecho. Preferencia de créditos. Relación entre póliza y certificación de la entidad bancaria acreedora: momento de existencia de un crédito determinado y exigible.—Conforme se deriva de la jurisprudencia (SSTS de 11 de junio, 19 de junio y 23 de diciembre de 2002 y 7 de mayo de 2003, entre otras), a efectos de concretar la preferencia del crédito de la entidad bancaria acreedora y decidir si con anterioridad a su certificación del saldo de la cuenta hay un crédito determinado y exigible, han de diferenciarse dos supuestos:

a) Cuando la cantidad adeudada viene exactamente concretada desde el momento mismo de otorgamiento de la póliza, para resolver cuestiones de preferencia de créditos habrá que atenderse a la fecha misma de la referida póliza; y

b) Cuando la cuantía de la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa de una posterior actividad complementaria que permita conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, como es la liquidación y fijación del saldo, la preferencia crediticia vendrá referida no a la fecha de suscripción de la póliza, sino a la de esa operación de determinación o concreción del saldo exigible.

Tercería de mejor derecho. Preferencia de créditos. Distinción entre pólizas de préstamo y de crédito.—La póliza de préstamo refleja una indiscutible realidad crediticia que representa una deuda exigible, aunque el préstamo se haya pactado con intereses, ya que el cálculo de éstos no afecta a la liquidez de la deuda (STS de 7 de mayo de 2003). Además, el contrato de préstamo es por sí mismo título de ejecución, lo que no se altera por la necesidad de un trámite aritmético, háyase o no pactado en una estipulación en el contrato de préstamo (STS de 2 de noviembre de 2002). Por ello, la preferen-

cia de la póliza se determinará por razón de la fecha, y no por la de la certificación del saldo. (STS de 4 de noviembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—En el juicio ejecutivo seguido por la entidad *Casino La Toja, S. A.* contra don A. C. P., el *Banco Santander Central Hispano, S. A.* presentó demanda de tercería de mejor derecho contra ambos contendientes.

Don A. C. P. había reconocido en escritura pública de 1 de marzo de 1994 adeudar a *Casino La Toja, S. A.* la cantidad de 86.944.000 pesetas, que debía pagar antes del 1 de junio de 1994 y, no habiéndolo hecho, se promovió juicio ejecutivo con base en la indicada escritura como título de ejecución.

Por su parte, el *Banco Santander Central Hispano, S. A.* había concertado con don A. C. P. una póliza de préstamo, intervenida por Corredor de Comercio, de fecha 18 de febrero de 1994, en cuya virtud se entregaron al prestatario 19.000.000 de pesetas, con vencimiento final el día 18 de mayo de 1995, pero pactándose la posibilidad de vencimiento anticipado por el impago de alguno de los plazos fijados. El prestatario dejó de pagar al día 18 de noviembre de 1994 y al día 18 de febrero de 1995, fecha ésta en que el Banco dio por vencido anticipadamente el préstamo, y expidió certificación de la que resulta una cantidad exigible de 20.468.536 pesetas, que se comunica al prestatario en 24 de febrero de 1995 y, al no pagar, promovió juicio ejecutivo en base a la póliza original, tras lo cual dedujo la presente tercería de mejor derecho.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, declarando que el Banco carece de mejor derecho a percibir el importe de los saldos embargados en el juicio ejecutivo. Recurrida en apelación la sentencia, la Audiencia Provincial la desestimó, confirmando la de primera instancia. Finalmente, el Banco recurre en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

14. Contrato de compraventa. Nulidad del otorgado por vendedor luego declarado incapaz: inexistencia. Presunción de capacidad.—De acuerdo con el mandato contenido en el artículo 199 CC, con arreglo al cual nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley, y de conformidad con la regla general del artículo 322, reiterada jurisprudencia mantiene que la incapacidad no puede ser presumida, como exigen los principios constitucionales de libertad personal y libre desarrollo de la personalidad, sino que la capacidad de la persona se presume siempre, mientras su incapacidad, como excepción, no sea probada de modo evidente y completo (SSTS de 10 de abril de 1987, 18 de marzo de 1988, 19 de febrero de 1996 y 19 de noviembre de 2004). La capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa (SSTS de 10 de febrero de 1986, 10 de abril de 1987, 26 de septiembre de 1988 y 20 de febrero de 1989, entre otras), por lo que no es posible que la referida presunción legal y jurisprudencial pueda ser destruida mediante otra presunción de las llamadas «de hombre» (*presumptio hominis* o *presumptio facti*), contempladas en el artículo 1253 CC (SSTS de 28 de junio de 1990).

Carga de la prueba de la capacidad del vendedor.—Debe ser el demandante quien pruebe la incapacidad del vendedor: obligar a la parte demandada a demostrar la capacidad del vendedor equivaldría a establecer una presunción de incapacidad de éste fundada en la existencia de indicios acerca de su concurrencia, lo que tropezaría de manera flagrante con la presunción legal de capacidad. (STS de 10 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El 22 de noviembre de 1985 se otorgó escritura pública por la que don F. J. C. vendía a doña R. R. J., casada con don R. S. L., una finca rústica de 22 áreas y 41 centiáreas por precio de 150.000 pesetas, que el transmitente manifestaba haber recibido anteriormente de la compradora, a la que confiere carta de pago. El 25 de noviembre de 1985, compareciendo de una parte don F. J. C. y de otra doña R. R. J., se otorga otra escritura pública por la que aquél vende a ésta una finca rústica de 12 áreas y 75 centiáreas por precio de 150.000 pesetas que el vendedor confiesa tener recibidas de la compradora. El vendedor fue declarado incapaz en virtud de sentencia de 13 de noviembre de 1992.

Sobre estas escrituras de venta, don M. J. R. sostiene que se trata de una apropiación indebida de las tierras por parte de la compradora ya que se trató de simulaciones de compraventa, que el vendedor era incapaz y que no hubo precio, lo que constituiría una falta de causa como elemento esencial de la validez del contrato, y por el contrario de su nulidad por simulación absoluta, y en tal sentido interpuso demanda contra doña D. R. J., don R. S. L., doña R. R. J., don C. R. E., don J. M. R. E. y don L. J. M. R., solicitando la declaración de nulidad de los referidos contratos. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, sin entrar a resolver sobre el fondo de la cuestión, al entender que concurría un litis consorcio pasivo necesario, por desistimiento respecto del incapaz en la persona de su legal representante. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando íntegramente la sentencia de instancia. Finalmente, don M. J. R. recurre en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

15. Compraventa de industria de juegos recreativos: precio parcialmente impagado: excepción de resolución por incumplimiento: *exceptio non adimpleti contractus*.—La jurisprudencia de esta Sala determina que la resolución del contrato sólo puede ser postulada por vía de acción y no de excepción, por lo cual, ante tan anómala situación, procede no tener en cuenta esta alegación, y, a mayor abundamiento, que la sentencia recurrida llega a la conclusión de que la parte demandada adeuda por impago una parte importante del precio. Como conclusión hay que desestimar los motivos basados en la técnica resolutoria a través del ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*.

Artículo 1502 CC.—Es doctrina jurisprudencial, ya clásica, que el artículo 1502 CC debe ser objeto de interpretación restrictiva, por cuanto socava temporalmente la obligación del comprador de abonar el precio (SSTS de 16 de febrero de 1999, 10 de julio y 14 de diciembre de 2000); además la sentencia recurrida afirma tajantemente que el comprador no ha sido pertur-

bado en la posesión o dominio de la cosa, ni hubo el temor fundado de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria; pero, sobre todo, no hubo notificación por su parte al vendedor, advirtiéndolo de tales peligros o situaciones, para que éste pudiera afianzar convenientemente los efectos dañinos de tales posibles eventos (SSTS de 25 de octubre de 1995 y 10 de julio de 2000).

Costas.—Procede estimar el recurso en cuanto a las costas de primera instancia pues la sentencia no explícita que la parte afectada ha incurrido en su actuación temeridad o mala fe. (STS de 1 de diciembre de 2005; ha lugar en parte.)

NOTA.— Aunque la documentación del contrato base, descrito como compraventa de sociedad mercantil presenta no pocas lagunas redaccionales, en el primer Fundamento de Derecho se deducen como hechos nítidos que del precio pactado de 165 millones de las antiguas pesetas el comprador sólo había hecho pagos parciales que alcanzan la suma de 36.663.619 pesetas por lo que procede estimar la reclamación del precio restante. Las razones alegadas en contra vienen a ser, sin más, argucias de mal pagador. Sobre el artículo 1502 *vide* García Cantero *Comentarios Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*, XIX, 2.ª ed. (Madrid 1991) p. 443 ss., con una matización sobre la interpretación restrictiva, criterio que indiscriminadamente sigue aplicando la jurisprudencia (*op. cit.* p. 449), aunque sin incidencia en la resolución del presente caso. (G. G. C.)

16. Retracto convencional. Requisitos para su ejercicio. Plazo de consignación del precio.—Con la finalidad de garantizar la seriedad del retracto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que se consigne el precio en el momento de presentación de la demanda de retracto. La STS de 30 de noviembre de 1992 ha llegado a admitir que la consignación se haga en un momento diferente, siempre que tenga lugar dentro del plazo de presentación de la demanda. Ahora bien, si, presentada la demanda en tiempo, resulta imposible realizar la consignación del precio dentro de plazo como consecuencia de la normativa administrativa que regula las consignaciones judiciales, entonces, es necesario interpretar las normas de acuerdo con su finalidad. Esto significa que el requisito de la consignación no se considera incumplido si resulta evidente la voluntad de ejercitar el derecho de retracto y de depositar la cantidad exigida. Ello es así cuando el retracto se ejercita dentro del plazo previsto, se consigna extrajudicialmente el precio antes de la demanda y se consigna de nuevo tan pronto como el retrayente puede hacerlo en aplicación de la normativa administrativa. (STS de 15 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.— Los estatutos de la Junta de compensación R8B-MTV del Plan General Municipal de Gijón preveían los derechos de tanteo y de retracto de los miembros de la entidad urbanística cuando alguno de ellos vendiera terrenos o su participación en la Junta. Las propietarias de unas parcelas comunicaron su intención de venderlas a O., S. A. A pesar de que la entidad F., S. A. manifestó su intención de ejercitar el derecho de tanteo, las propietarias procedieron a la venta de las parcelas a O., S. A. Como consecuencia de ello, F., S. A. ejercitó el derecho de retracto y, para ello, consignó notarialmente el precio más los gastos correspondientes. A la vista de que no se reco-

gió el precio, *F. S. A.* ejerció judicialmente el retracto el último día del plazo y consignó el precio diez días después, cuando se asignó el pleito a uno de los Juzgados de Primera Instancia.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia Provincial de Oviedo estimaron la demanda de retracto. *O., S. A.* presentó recurso de casación. (*L. S. M. P.*)

17. Acción de retracto.—Es requisito indispensable para el ejercicio de la acción de retracto la consignación del precio; y no cabe alegar que éste no era conocido (STS de 20 de abril de 1994). (**STS de 23 de diciembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don P. O. C. interpuso demanda frente al Consorcio de *T., S. A.* y don I. M. C., solicitando que se declarase su derecho a retraer una porción de los derechos de reversión mencionados en la demanda. El Juzgado de Primera Instancia no admitió la demanda. Frente a esta decisión la actora interpuso recurso de apelación, si bien la Audiencia Provincial confirmó la resolución dictada por el Juez *a quo*. Por su parte, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación formalizado contra aquella resolución. (*J. D. S. C.*)

18. Contrato de opción: el plazo es elemento esencial. Interpretación rigurosa de las cláusulas contractuales que lo determinan.—La interpretación rigurosa de las cláusulas contractuales relativas al plazo en el contrato de opción se coherente con su naturaleza de elemento esencial del contrato, a la que se acoge la más reciente jurisprudencia de esta Sala. Así, como declara la STS núm. 559/2004, de 15 de junio, «efectivamente, la abundante jurisprudencia recaída sobre el derecho de opción presupone su ejercicio dentro del plazo previsto en el contrato y algunas sentencias —no muchas, por ser algo obvio— declaran expresamente que uno de los requisitos es la determinación del plazo para el ejercicio de la opción (S de 15 de octubre de 1993), plazo esencial, que es de caducidad (30 de junio de 1994), siendo los requisitos esenciales no sólo el objeto de la opción y el precio sino también el plazo (28 de abril de 2000) y, por último parte del plazo como formando parte del concepto (5 de junio de 2003) en estos términos: “En la opción, una parte atribuye a otra un derecho que permite a esta última decidir, dentro de un determinado período de tiempo y unilateralmente, la puesta en vigor de un concreto contrato. Por tanto, si se ejercita la opción de compra, aparece la compraventa; pero ésta no nace si, al no ejercitar la opción en el plazo previsto, queda caducada. Así lo configura la jurisprudencia en innumerables sentencias: 17 de marzo y 18 de junio de 1993, 24 de mayo y 30 de junio de 1994, 14 de febrero de 1997, 11 de abril y 14 de noviembre de 2000”».

Juego del principio de buena fe en relación con el plazo concedido para el ejercicio del derecho de opción.—La relevancia de este principio es indudable en el supuesto examinado, en el que el transcurso de un dilatado plazo muy superior al que podía deducirse de las previsiones iniciales de las partes es aprovechado por la otra parte recurrente para ejercitar un derecho de opción separándose de la finalidad para la que se había previsto contractual-

mente la ampliación del breve plazo inicial –atender a la necesidad de litigar con la Administración para la obtención de la licencia–, en un momento en el que, como se verá, era ya evidente que ésta no podía obtenerse –no obstante lo cual se había interpuesto un recurso de apelación ante el Tribunal Supremo que alargaba formalmente la ampliación del plazo contractualmente prevista–, y en el contexto de circunstancias económicas que podían haberse visto muy alteradas por el paso del tiempo respecto al momento de la firma de los contratos por el presumible desajuste entre el valor de la moneda y el de los inmuebles.

Como dice la STS núm. 19/2005, de 19 de enero «...la buena fe, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, legal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento, de forma que quien contrata u oferta contratar queda obligado, no sólo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales; la buena fe no se refiere a la buena fe subjetiva (creencia, situación psicológica), sino a la objetiva (comportamiento honrado, justo), a la que se alude en el artículo 7 CC, que consagra como norma el principio general de derecho de ese nombre, con lo que implica un mandato jurídico con eficacia social organizadora; y ese carácter objetivo se encamina a comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos (SS de 3 de diciembre de 1991 y 9 de octubre de 1993, citadas en la de 8 de junio de 1994) (S de 26 de octubre de 1995). En parecidos términos las SS de 25 de julio y 30 de junio de 2000, 12 de marzo de 1998, 22 de marzo de 1994, 9 de octubre de 1993 y 23 de diciembre de 1991». (**STS de 22 de diciembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.–El actor y la mayoría de los demandados suscribieron un contrato de opción de compra de dos terceras partes pro indiviso de un inmueble. Se otorgó la opción hasta la «concesión definitiva de la licencia municipal de obras en construcción de un nuevo edificio» que el optante solicitaría, pudiendo éste recurrir, en su caso, el acuerdo municipal denegatorio de la licencia de obras. En otro contrato otros promitentes, también demandados, otorgaron al actor el derecho de opción de compra de otra 1/6 parte pro indiviso de la misma casa que se ejercitaría en el plazo de 6 meses contados a partir de la fecha del documento, «plazo de tiempo en el cual se solicitará la licencia municipal de obra de construcción de un nuevo edificio» previéndose que, en caso de ser denegada, «el mencionado plazo se ampliará por el tiempo necesario para recurrir por vía contencioso-administrativa dicha denegación de licencia y hasta que su resolución sea firme y definitiva». El Ayuntamiento denegó la licencia de construcción y la de demolición con ella relacionada. El recurso de reposición interpuesto fue desestimado. También lo fue –cinco años después– el contencioso-administrativo que se presentó contra la anterior resolución. Pasados dos años, el actor requirió notarialmente a sus contrapartes para hacer efectivo el derecho de opción, a lo que éstas se opusieron. Se interpuso demanda civil. Iniciado el juicio de menor cuantía, dictó sentencia la Sala Tercera del Tribunal Supremo desestimando el recurso de apelación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo que, en

último término, daba cobertura a la negativa del Ayuntamiento. Las sentencias civiles en ambas instancias desestimaron la pretensión del actor encaminada a que se reconociera la efectividad del derecho de opción ejercitado. El núcleo de la controversia se centra en la interpretación del requisito del plazo. Para la sentencia recurrida, el plazo contemplado en el contrato era un plazo breve, que obedecía a la necesidad de obtener la licencia –operando ésta como condición– de modo que, la dilación de siete años sólo podía justificarse si era necesaria para obtener la licencia y, con arreglo a las reglas de la buena fe, sólo podía ejercitarse el derecho de opción durante tan dilatado plazo en el caso de su obtención efectiva. Para el actor y recurrente en casación, el derecho de opción podía ser ejercitado, sin otro condicionamiento que el de su voluntad, hasta el momento en que se resolviese mediante una resolución judicial definitiva y firme sobre la concesión o denegación de la licencia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso. (*R. G. S.*)

19. Indemnización de daños y perjuicios.—Ante la situación de ejecución imposible de un contrato de arrendamiento y ante la ausencia de condición suspensiva o resolutoria, el arrendador está obligado a indemnizar al arrendatario si aquél intervino en la imposibilidad de ejecución del contrato. (**STS de 20 de diciembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—El 1 de enero de 1980 se celebró un contrato de arrendamiento entre las mercantiles *A. E. V., S. A.* (arrendadora) y *N. P., S. A.* (arrendataria), cuyo objeto fueron dos locales situados en la ciudad de Vitoria. A principios del año 1990, la arrendadora y el Ayuntamiento de Vitoria acordaron el derribo del edificio donde se encontraban los locales arrendados. Para hacer posible dicho acuerdo, *A. E. V., S. A.* (arrendadora) y *N. P., S. A.* (arrendataria) celebraron un nuevo contrato el 24 de enero de 1994, en virtud del cual se declaraba la extinción de la primera relación arrendaticia y se cedían a la arrendataria otros locales en el nuevo complejo a precio primado, es decir, inferior al de mercado. Tras el deslojo de la arrendataria el Ayuntamiento de Vitoria revocó el nuevo proyecto por lo que éste no llegó a realizarse.

Así las cosas, la arrendataria demandó ante el Juzgado de Primera Instancia tanto a la arrendadora como al Ayuntamiento de Vitoria. El Juez estimó parcialmente la demanda obligando a la arrendadora a devolver a la actora las cantidades entregadas a cuenta y sin fijar indemnización alguna por daños y perjuicios a la arrendataria.

Por este motivo, la actora recurrió en apelación la decisión del Juez de Primera Instancia ante la Audiencia Provincial quien, estimando el recurso, condenó solidariamente a los demandados al pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios a la arrendataria.

La arrendadora interpuso recurso de casación contra la sentencia de apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (*J. D. S. C.*)

20. Arrendamiento rústico. Contrato de arrendamiento no sujeto a la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980. Finca con un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponde en la comarca o zona a las de su misma calidad o cultivo.—Según el Tribunal Supremo, el texto del artículo 7.1.3ª LAR de 1980 resulta explícito y determinante al señalar que no resulta aplicable la Ley de Arrendamientos Rústicos cuando el mayor valor de la finca arrendada se deba a cualquier circunstancia ajena al destino agrario (SSTS de 22 de enero de 1998 y 7 de octubre de 1999). En cuanto a la alusión a «comarca o zona», ésta debe entenderse referida a un espacio distanciado del concreto emplazamiento de las fincas. (STS de 22 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don B. C. P., arrendatario de la finca rústica «La Tejera», presenta una demanda de juicio declarativo de cognición especial de la LAR sobre adquisición forzosa de finca rústica contra don A. A. U., propietario de la finca arrendada. En la demanda, B. C. P. solicita que se declare su derecho a adquirir la finca y que se condene al demandado a vendérsela por el precio de 2.002.435 pesetas o, subsidiariamente, por otro que judicialmente se determine.

En la sentencia de primera instancia se estimó la demanda y se condenó al demandado a vender la finca al demandante por el precio de 4.783.975 pesetas. La Audiencia Provincial de Oviedo estimó el recurso de apelación presentado por el demandado y desestimó íntegramente la demanda, por tener la finca arrendada un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponde en la comarca a las de su misma calidad o cultivo. En concreto, se le da a la finca un valor en venta de 34.779.951 pesetas, cuando el precio que normalmente corresponde a las de su misma calidad es de 17.597.671 pesetas. Contra esta sentencia presentó recurso de casación el demandante.

NOTA.—La Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, que resulta de aplicación al caso, ha sido derogada por la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos. El artículo 7.1 de la nueva Ley regula los arrendamientos a los que no se aplica la Ley cuando en la finca concurren determinadas circunstancias. En su redacción inicial, el artículo 7.1 contenía un apartado *c*) que contemplaba esta misma circunstancia (que la finca tenga, por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o en la zona a las de su misma calidad o cultivo). Sin embargo, la Ley 26/2005 de 20 de noviembre, ha suprimido el apartado *c*) del artículo 7.1. (*L. S. M. P.*)

21. Responsabilidad civil del abogado: no reclamación del lucro cesante: no interponer apelación.—El Letrado demandado no actuó en forma diligente en la ejecución del encargo. De una parte, porque una cosa es que nadie pueda prever con absoluta seguridad que se condene al abono del daño emergente, y otra distinta que no se obtenga porque no fue planteada. En el presente caso se le encargó reclamar los daños causados por destrucción de una retro-excavadora, la cual constituía el instrumento de trabajo del perjudicado, siendo especialmente importantes para éste los beneficios dejados de obtener. De otra porque, si bien la decisión de apelar frente a una sentencia que reduce

lo solicitado, no corresponde al Letrado, sino a su cliente, pero para que ello tenga adecuada efectividad se debe comunicar a éste el resultado del juicio; pero no lo hizo así por unilaterales razones que no encuentran su justificación. Esta falta de diligencia privó al cliente de toda posibilidad de impugnar eficazmente la sentencia de instancia, y ello se traduce en un incumplimiento contractual culposo, generador de un perjuicio que ha de ser reparado.

Cuantía de la indemnización del daño moral causado al cliente.—Sin necesidad de acudir a un juicio sobre la prosperabilidad de la pretensión omitida sobre el lucro cesante y del recurso que no se llegó a presentar, se fija en un millón y medio de las antiguas pesetas la indemnización que deberá abonar al actor en reparación del concepto de reparación por el daño moral infligido, teniendo en cuanto que según reiterada jurisprudencia no adolece de incongruencia la sentencia que fija el importe de la condena aunque en la demanda se hubiera aplazado su concreción al período de ejecución (SSTS de 15 de febrero, 15 de marzo y 24 de septiembre de 1999 y 17 de julio de 2000, entre otras). (STS de 14 de diciembre de 2005; ha lugar.) (G. G. C.)

22. Allanamiento.—El allanamiento es el acto del demandado en el que muestra su conformidad con la pretensión procesal interpuesta por el actor, reconociendo que debe ser estimada, y que tiene como efecto, en virtud del principio dispositivo y siempre que no exceda de los límites de éste, vincular al Juez a dictar una sentencia estimatoria de la pretensión. Esta institución se distingue de la admisión o reconocimiento de hechos realizado por el demandado en sus escritos de alegaciones, y de la confesión judicial por él prestada en el oportuno trámite (STS de 18 de junio de 1965.)

Precio cierto y artículo 1544 CC.—El artículo 1544 CC establece que «en el arrendamiento de obras y servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto». El precio cierto al que se refiere el artículo 1544 CC puede haberse fijado en el contrato *a priori*, siendo de esta forma indiscutible su certeza o puede ser fijado *a posteriori*, viniendo su certeza por su determinación por tarifas oficiales, por dictamen pericial o por informe del Colegio Profesional. En realidad, el consentimiento contractual alcanza el precio que resulte de datos que, existiendo *a priori*, se reflejan *a posteriori*, de tarifas de perito o de Colegio Profesional. No obstante, ni el dictamen de un Perito ni el de un Colegio Profesional es vinculante para el órgano jurisdiccional, aunque éste no puede caer en la arbitrariedad, fijándolo sin razonamiento, sino que puede apartarse del dictamen por argumentos objetivamente serios (STS de 25 de octubre de 2002). (STS de 18 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Promovida demanda de juicio declarativo de menor cuantía en reclamación de 12.065.480 pesetas por precio de obras de albañilería, los demandados se opusieron a la demanda al entender que no procedía la reclamación por cuanto los actores tenían reconocida extrajudicialmente la cantidad de 7.570.654 pesetas que procedieron a consignar después de la presentación de la demanda. Por ello, los demandados se opusieron al pago del resto y reconviniéron por las obras pendientes de realizar y por parte de obra realizada, a lo que los demandantes se opusieron a su vez.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que condenó a los demandados a abonar la cantidad que se determinase en

ejecución de sentencia por el precio de la obra con deducción de 7.570.654 pesetas ya satisfechas y estimando parcialmente la reconvencción condenó a los actores reconvenidos a satisfacer a los demandados reconvenientes la cantidad de 352.800 pesetas y a la finalización de las obras de pintura y reparación del techo, sin hacer expresa condena en costas. La Audiencia Provincial dictó sentencia en la que estimó íntegramente las pretensiones de la demanda, con la condena a los demandados al pago de la cantidad reclamada (12.065.480 pesetas), con intereses y condena en costas causadas en la primera instancia.

NOTA.—En esta sentencia, el Tribunal Supremo reitera la doctrina jurisprudencial, dictada en aplicación de las normas generales de los artículos 1273 y 1544 CC, que sostiene que la indeterminación contractual o la falta de prueba del precio pactado no da lugar a la nulidad del contrato, puesto que debe tenerse como precio cierto el que resulte del uso o de la tasación pericial de la obra (SSTS de 12 de junio de 1984, 16 de enero y 21 de octubre de 1985 y 14 de febrero de 1987, 11 de septiembre de 1996, entre otras muchas).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha completado o aclarado lo dispuesto en el artículo 1544 CC en el sentido de que el requisito de precio fijo existe, aunque no se fije de antemano (a lo que equivale que no se puede probar esa fijación antecedente), si puede inferirse por tasación pericial conforme al coste de los materiales y mano de obra (SSTS de 16 de enero, 21 de octubre y 25 de noviembre de 1985, 4 de septiembre de 1993 y 13 de diciembre de 1994) o cuando lo fija el juzgador según el resultado de la prueba practicada (STS de 12 de junio de 1984). En este sentido, la STS de 3 de octubre de 1986 establece que el hecho de que originalmente se hablase de precio alzado no impide la posibilidad de modificaciones posteriores que alteren o aumenten la obra, debiendo efectuarse el pago según la ejecutada (SSTS de 4 de septiembre de 1993, 13 de diciembre de 1994, 23 de octubre de 1993, 27 de mayo de 1996, 25 de noviembre de 1997, 3 de octubre de 2001, 25 de marzo y 4 de octubre de 2002). (M. C. L. J.)

23. Contrato de obra. Las cooperativas de viviendas como promotores.—La legitimación activa de los promotores *ex* artículo 1591 CC aún cuando el mencionado precepto no lo reconozca es predicable tanto de un comitente persona física o jurídica, incluidos sujetos de derecho público, como de cooperativas en tanto que las mismas, conforme a su normativa específica, tengan la calificación de cooperativas de viviendas, y su objeto sea procurar viviendas y edificaciones exclusivamente para sus miembros y sus familiares (SSTS de 20 de febrero de 1989 [RJ 1989, 1212], 17 de julio de 1990 [RJ 1990, 5890], 8 de junio de 1992 [RJ 1992, 5168], 10 de julio de 1992 [RJ 1992, 6275]).

La legitimación activa de los promotores frente al constructor para reclamar por los defectos en la construcción. Especial referencia al supuesto en el que el promotor no propietario.—Es innegable la legitimación activa de los promotores como parte contratante conforme al artículo 1101 CC para reclamar de su constructor el cumplimiento *in natura* de lo pactado. Del mismo modo que se reconoce dicha legitimación *ex* artículo 1591 CC por vía de regreso, esto es, cuando aún no siendo ya titular de los inmuebles, el pro-

motor ha satisfecho extrajudicialmente las pretensiones de los adquirentes de los diversos pisos en orden a la reparación de las deficiencias. Pero mayores problemas presenta, sin embargo, la legitimación directa de los promotores *ex* artículo 1591 CC, cuando ya finalizada la obra se ha procedido a la enajenación de todos los inmuebles objeto de la misma. El Tribunal Supremo reconoce de manera clara y constante la legitimación activa del comitente para reclamar de quienes son responsables de las deficiencias en los diferentes pisos y locales, tanto con anterioridad a la finalización de la obra como una vez finalizada la misma, en tanto que siga siendo propietario de alguno de los inmuebles (entre otras, SSTS de 14 de abril de 1983 [RJ 1983,2112], 26 de noviembre de 1984 [RJ 1984,4417], de 6 de marzo de 1990 [RJ 1990, 1672], 7 de julio de 1990 [RJ 1990, 1673], 27 de abril de 1995 [RJ 1995, 3259], 21 de junio de 1999 [RJ 1999, 4390], y 7 de mayo de 2001 [RJ 2001, 6897]). Así pues si la jurisprudencia ha evolucionado en la línea de admitir la legitimación de los posteriores adquirentes y subadquirentes aún cuando no fueran parte del contrato de obra, para garantizar la tutela judicial efectiva de la parte más débil, esto es, los propietarios compradores, cuanto menos en admitir la legitimación de los promotores en tanto que «...pero de toda la línea jurisprudencial no se deriva la consecuencia de que el círculo se reduzca a los propietarios, [...] su legitimación adquirida por subrogación junto con el piso no borra la legitimación de los promotores que contrataron con los constructores y técnicos y que conservan acción para exigir el correcto cumplimiento del contrato con base precisamente en el vínculo nacido del mismo». (FD 3.º, con cita de las SSTS de 8 de junio de 1992 [RJ 1992,5168], de 25 de abril de 1995 [RJ 1995,3548], y de 3 de julio de 2000 [RJ 2000,6877]). **(STS de 7 de noviembre de 2005; ha lugar.)**

HECHOS.—La cooperativa de viviendas *Arjona* demandó a la constructora *Hasa*, posteriormente *Huarte*, solicitando que se condenara a la demandada a hacer y reparar todos los defectos y vicios que se concretaban en la demanda. La parte demandada excepcionó la falta de legitimación activa de la mencionada cooperativa, en tanto que ya se había procedido a la enajenación de todos los inmuebles. La excepción fue estimada y, por tanto, desestimada la demanda. Igualmente la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto frente a la misma. La representación legal de la parte demandante formuló recurso de casación alegando la infracción entre otros, de los artículos 1101, 1258 y 1591 CC, así como de la jurisprudencia aplicable a los mismos.

NOTA.—La sentencia que anotamos nuevamente se pronuncia a favor del reconocimiento de legitimación activa a los promotores, en este caso, una cooperativa de viviendas, para reclamar la reparación de los vicios y defectos frente al contratista, aún cuando ya se ha producido la enajenación de los distintos inmuebles y por tanto no ostenta la mencionada promotora titularidad alguna sobre el inmueble objeto del contrato de obra (Cabanillas Sánchez, A., *La configuración jurisprudencial del promotor como garante*, ADC, 1990, pp. 227 ss, en especial p. 237). Dicha sentencia se pronuncia en la misma línea que cierto sector doctrinal que consideran que el carácter impropio de la solidaridad ni excluye pleitos posteriores por parte de la constructora frente a la promotora, ni la posibilidad de que si la promotora contribuyó a la causación del daño, en tanto

que puede por vía de reconvencción reclamar lo que a su derecho convenga (Diéguez Oliva, R., *Legitimación activa de los promotores conforme al art. 1591 CC. Comentario a la STS de 10 de febrero de 2004*, en RdPatr, núm. 14, año 2005, en concreto p. 275). No obstante, en la sentencia que anotamos no consta claramente si en la demanda el fundamento legal de la petición de condena fue el artículo 1101 CC, legitimación sobre la que no existe duda; o por el contrario, dicha reclamación se fundamentó en el artículo 1591 CC, puesto que se hace referencia únicamente a la reparación de los «defectos y vicios que se concretan en esta demanda» y ambos preceptos son alegados conjuntamente en casación. (P. S. S.)

24. Responsabilidad decenal de los agentes de la edificación ex artículo 1591 CC. Concepto de ruina funcional.—El Tribunal Supremo ha declarado de modo reiterado que la declaración de existencia de ruina precisa de una doble apreciación, por un lado de índole fáctica, consistente en la fijación de los hechos y circunstancias integrantes del vicio o defecto constructivo; y otra de índole jurídica, que consiste en la calificación de dicha base fáctica como constitutiva de ruina en alguna de las modalidades admitidas por la jurisprudencia, esto es, ruina física, entendida como derrumbamiento total o parcial del edificio; la ruina potencial, en el que hay riesgo de derrumbamiento y un progresivo deterioro del edificio; y ruina funcional, como aquella en la que «los defectos constructivos inciden en la idoneidad de la cosa para su normal destino y por consiguiente afecta a la utilidad, como exigencia, junto a la seguridad, de una adecuada construcción» (FD 3.º con cita de las SSTs de 7 de marzo de 2000 [RJ 2000,1509], 15 de diciembre de 2000 [RJ 2000,10445], 24 de enero de 2001 [RJ 2001,999], 8 de febrero de 2001 [RJ 2001,2047], 28 de mayo de 2001 [RJ 2001,3437], 21 de marzo de 2002 [RJ 2002,2853], 4 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 9630], y de 3 de octubre de 2003 [RJ 2003,6451]).

Función de los arquitectos y de los aparejadores a efectos de delimitación de responsabilidad.—La misión de los arquitectos directores de obra no se limita a la confección del proyecto, sino que en el desempeño de dicha función de dirección les incumbe inspeccionar y controlar si lo ejecutado se ajusta o no al proyecto, para que en el supuesto que no fuera así, poder proceder a adoptar las correspondientes medidas correctoras (STS de 24 de febrero de 1997 [RJ 1997,1194]). Por tal razón es imputable la responsabilidad decenal a los mismos en todos aquellos supuestos en los que se ha producido una desviación con respecto al proyecto, quedando por el contrario exonerados de aquellos defectos de acabado, meras imperfecciones, de las que deberá responder en todo caso el constructor.

Prueba pericial. Revisión de casación de la valoración de la prueba pericial realizada por el Juez de Primera Instancia.—La prueba pericial se utiliza cuando para apreciar los hechos son necesarios conocimientos científicos, técnicos, o prácticos, cuya valoración corresponde al Juez de Primera Instancia conforme a las reglas de la sana crítica, valoración inatacable, en principio, en casación, dado el carácter extraordinario de dicho recurso y la imposibilidad de configurar la misma como una tercera instancia. Sin embargo, cabe excepcionalmente su revisión cuando se tergiversen ostensiblemente las conclusiones periciales o se alcancen conclusiones absurdas, erróneas e ilógicas (FD 3.º así como SSTs 14 de febrero, 7 de marzo [RJ 1989, 2020], y 20 y 24 de abril de 1989 [RJ 1989, 3258], 1 de julio de 1996, 15 de abril de

2003 [RJ 2003,3713]), como sucede en el presente caso. (**STS de 15 de noviembre de 2005**; ha lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante; desestimación del interpuesto por la parte demandada.)

HECHOS.—El presidente de la Comunidad de Propietarios del inmueble X interpuso demanda contra el constructor, los arquitectos y los aparejadores de dicho inmueble, solicitando la reparación de, entre otros daños, los siguientes: deficiente instalación del aislante térmico con respecto al que constaba en la memoria; colocación de cristales de espesor inferior al previsto; utilización de materiales no homologados en los contadores; pintura incorrecta; ejecución de las terrazas comunes de modo distinto al fijado en el proyecto. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a los aparejadores y al constructor a la realización de las obras y reparaciones necesarias para subsanar dichos vicios, y absolviendo a los arquitectos. Recurrida por ambas partes en apelación la mencionada sentencia, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la misma en el sentido de absolver a los citados aparejadores de la responsabilidad por las simples imperfecciones, y declarando como vicio funcional la no ejecución de la cubierta conforme al proyecto, y del cual se hace responsables solidarios al constructor, aparejadores y constructores. Ambas partes interpusieron recurso de casación, siendo únicamente estimado el formulado por la representación legal de la Comunidad de Propietarios que alegó la infracción, entre otros, de los artículos 1243 y 1591 CC, así como del artículo 359 LEC.

NOTA.—En la sentencia que anotamos el Tribunal Supremo reitera su criterio a la hora de determinar o no el carácter ruinógeno de un defecto o vicio en la construcción, considerando como ruina funcional la falta de colocación del correspondiente aislamiento termoacústico, que no se considera como un mero incumplimiento contractual sino que se ha de calificar como tal al afectar a la habitabilidad de las viviendas en cuanto se reduce su aislamiento de las agresiones acústicas y de los cambios exteriores de temperatura. El Tribunal Supremo reitera su jurisprudencia en cuanto a la individualización de responsabilidad cuando ésta fuera posible, como el que nos ocupa con relación a los vicios de acabado que sólo son imputables al constructor y por tanto la condena no solidaria de los agentes intervinientes en la edificación, de modo que no se incurre en incongruencia si, pedida la condena solidaria de aquéllos, se procede a individualizar responsabilidades (en dicho sentido, entre otras, SSTS de 27 de junio de 1994 [RJ 1994, 6505], 18 de diciembre de 2001 [RJ 2001, 9494]. (*R. D. O.*))

25. Responsabilidad del Arquitecto Técnico.—«Si bien el Arquitecto Técnico es responsable de que la obra se ejecute con sujeción al proyecto y exacta observancia de las órdenes e instrucciones del Arquitecto director, esto no significa subordinación o sometimiento pleno y absoluto que suponga un actuar dotado de automatismo, pues, en todo caso, lo que se ha de alcanzar es una buena construcción, con observancia de las prácticas y reglas correspondientes (Decreto de 16 de julio de 1935).

La función que desempeña el Arquitecto Técnico es propia, dotada de autonomía profesional operativa, de la que pueden derivarse las correspondientes responsabilidades, al ser colaborador técnico de la obra y sirve al Arquitecto en cuanto sirve a la obra técnicamente considerada, en la procura de que alcanza la necesaria corrección y no resulte obra defectuosa (SSTS de 15 de julio de 1987, 5 de diciembre de 1988 y 10 de julio de 2001)» (FD 1º). **(STS de 15 de diciembre de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—La Agrupación de Viviendas X (que representaba a setenta y siete viviendas) interpone demanda contra la constructora, el Arquitecto autor del proyecto y el Arquitecto Técnico como consecuencia de las deficiencias en la red de saneamiento, que estaba afectada de defectos de diseño. El mal funcionamiento era consecuencia del escaso dimensionado de los tubos que debían de ser de un diámetro sensiblemente superior en todos los tramos, a lo que se unía, como causa colateral, la falta de arquetas y pozos de registro cada cincuenta metros. Al diseño técnicamente mal confeccionado se añadía la no adecuada dirección (no de construcción) de la obra. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda interpuesta y condenó a los demandados como responsables de los defectos y deficiencias existentes en la red de saneamiento de la urbanización a ejecutar las obras a que se refería el informe pericial, así como al pago de todos los gastos que de ello se derivasen con el fin de dejar dicha urbanización con plenas garantías de funcionamiento. Asimismo los condenó a abonar a la actora la cantidad de 95.120 pesetas en concepto de daños y perjuicios, más intereses legales desde la interposición de la demanda y a las costas. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia dictada en primera instancia: absuelve a la constructora de la realización de obras en la red de saneamiento y conducción del agua de la Agrupación de Viviendas, limitando la condena a la reparación de las humedades existentes en las viviendas, y de todos los desperfectos originados por las mismas, así como a realizar las obras en la red de electrificación que aseguren el cumplimiento de las normas de separación entre redes vigentes en el momento de la realización de las obras; absuelve al Arquitecto de toda responsabilidad en cuanto a las humedades existentes en algunas viviendas de la urbanización, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia; desestima el recurso de apelación interpuesto por el Arquitecto Técnico a quien impone las costas del recurso; estima parcialmente la adhesión a la apelación interesada por la representación procesal de Agrupación de Viviendas declarando que la estimación de la demanda comprende igualmente la reparación de la red de electrificación (de la que deben responder todos los codemandados), respetando las distancias mínimas a otras redes, la reparación de las humedades existentes en algunas viviendas (de la que debe responder la constructora y el aparejador) y el pago del coste del Proyecto de ejecución de las obras a cuya realización se condena (a costa del arquitecto y del aparejador).

NOTA.—La sentencia anotada reitera la línea jurisprudencial que sostiene que al Arquitecto Técnico le corresponde la vigilancia y control inmediato y directo en todo momento de las ejecuciones

materiales llevadas a cabo, debiendo supervisar los trabajos por completo (SSTS de 18 de septiembre de 2001 y 12 de noviembre de 2003) e incluso suspenderlos dando cuenta al Arquitecto director. En estos casos, el Tribunal Supremo tiene declarado que el Arquitecto Técnico participa como técnico en la dirección de la obra y debe conocer las normas tecnológicas de la edificación y advertir al Arquitecto Superior del incumplimiento y vigilar asimismo que la realidad constructiva se ajuste a su *lex artis* (STS de 5 de octubre de 1990). Le incumbe la inspección de los materiales empleados, proporciones y mezclas con la debida asiduidad (SSTS de 15 de octubre de 1991 y 11 de julio de 1992) así como la correcta ejecución de las actividades constructivas respondiendo de los resultados dañosos que se ocasionen debido a errores, defectos o vicios de las edificaciones en que intervienen (SSTS de 12 de noviembre de 1992, 2 de diciembre de 1994 y 15 de mayo de 1995.)

La responsabilidad del Arquitecto Técnico está relacionada con la obligación que le corresponde de ejercer control directo y efectivo de las actividades constructivas y su incumplimiento puede concurrir con la responsabilidad derivada de deficiencias o irregularidades del proyecto, imputables al Arquitecto redactor del mismo, pues entre sus funciones están las de efectuar las correcciones necesarias para evitar daños, a fin de que el proceso constructivo resulte bien hecho y seguro (SSTS de 5 de febrero de 1993, 22 de septiembre de 1994, 18 de septiembre de 2001 y 10 de marzo de 2004). Cuando se trata de canalizaciones imperfectas u omitidas, las mismas constituyen defecto constructivo causante de ruina funcional (STS de 10 de junio de 2004), lo que hace aplicable el artículo 1591 CC según la sentencia objeto de anotación. (M. C. L. J.)

26. Contrato de préstamo. Carga de la prueba.—En nuestro ordenamiento no cabe, como ocurría en el Derecho Romano, *el non liquet*: el artículo 361 LEC (de 1881) y el artículo 1º.7 CC imponen al Juez el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozca, ateniéndose al sistema de fuentes establecido, por lo que iniciado el proceso éste deberá terminar mediante la sentencia que ha de ser condenatoria o absolutoria. No obstante, puede ocurrir que aun siendo claras las normas jurídicas materiales que se han de aplicar en el procedimiento, el Juez se encuentre al final del proceso con lo que la doctrina ha llamado el hecho incierto, que no haya tenido suficientes elementos de prueba que le permitan dictar sentencia con la certeza y convencimiento sobre los hechos que le imponen la razón y la propia Ley; es decir, la duda sobre los hechos le impide condenar o absolver al demandado. La doctrina habla de la necesidad de que el Juez tenga, para estas ocasiones, una regla de juicio que, fundada en razones incontestables, no tanto sustituya el enjuiciamiento del órgano judicial, como evite la parálisis y la inercia impuestas por las circunstancias de incerteza fáctica que imposibilitan el enjuiciamiento. Este expediente lógico, que llamamos regla de juicio, para el proceso civil está recogido en el artículo 1214 CC, que es interpretado por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que la Ley quiere que los hechos constitutivos sean de cargo del actor y los demás lo sean del demandado.

Necesidad de una mínima actividad probatoria.—Lo que determina la aplicación de la regla de juicio es la existencia de la duda, lo que implica que

se haya desarrollado, al menos, una mínima labor probatoria en el proceso (STS de 8 de marzo de 1988). Cuando no ha existido ninguna labor probatoria, el Juez absuelve, no tanto en la aplicación de reglas técnicas de enjuiciamiento, como por el hecho de que no están fijados históricamente los hechos que constituyen el supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata; en estos casos, el órgano judicial no tiene duda, pero no tiene material probatorio en el que basarse para dictar la sentencia, pues sólo tiene afirmaciones que a la postre no son sino hipótesis sobre las cuales nunca se declara el derecho. La doctrina sobre la presunción de inocencia, que desde la S de 13 de agosto de 1981 viene manteniendo el Tribunal Constitucional, nos permite distinguir claramente lo que es inexistencia de prueba de lo que supone la incerteza probatoria. La regla de juicio sólo es necesario aplicarla en los supuestos en los que, efectuada una labor probatoria, aunque sea mínima, los hechos han quedado inciertos.

Existencia del préstamo.—Como dijeron las SSTs de 31 de mayo de 1968 y 16 de octubre de 1993, lo esencial para la existencia del préstamo no es que la entrega de la cosa sea simultánea a la firma del contrato, sino que el deudor reconozca o el acreedor pruebe que dicha cosa o cantidad la tiene, en efecto, recibida con obligación de devolverla en plazo determinado; en tanto que las SS de 28 de marzo de 1983 y 7 de octubre de 1994, con referencia a los artículos 1740 y 1753 CC, afirman que «con arreglo a estas normas no puede tenerse por existente un préstamo de dinero e imponer la obligación de devolver determinada cantidad sin la previa entrega de numerario por el prestamista al prestatario, por lo mismo que el mutuo es un contrato real». (STS de 7 de octubre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Se arguye por la entidad *AQM, S. A.* que realizó un préstamo verbal por importe de 8.975.000 pesetas a los esposos don R. M. R. R. y doña R. S. M., habiendo devuelto éstos únicamente la cantidad de 925.000 pesetas, por lo que le adeudarían 8.050.000 pesetas, préstamo cuya existencia aquéllos niegan. La sociedad interpone demanda contra los esposos solicitando la condena al pago solidario de la citada cantidad de 8.050.000 pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la sociedad demandante, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando íntegramente la sentencia de instancia. Finalmente, la sociedad recurre en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La presente sentencia se basa en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y la redacción del Código civil anterior a la vigente Ley procesal de 2000. No obstante, sus argumentaciones son perfectamente válidas referidas a la actual regulación procesal, sin más que tener en cuenta que hoy el artículo 1214 CC se halla derogado, y sustituido por el artículo 217 LEC de 2000; y que en cuanto al artículo 361 de la Ley de 1881, si bien no existe un precepto igual en la nueva Ley, puede considerarse equivalente el artículo 211 de ésta, en la medida en que impone la observancia del plazo para dictar las resoluciones judiciales. (*F. J. J. M.*)

27. Préstamo otorgado por Caja de Ahorros: cargo indebido en cuenta corriente: expresión de tal destino en el documento privado de

solicitud del préstamo y no en la escritura pública del préstamo.—Es correcto el abono de un préstamo por parte de la Caja de Ahorros prestamista cuando sigue las indicaciones realizadas en la solicitud del préstamo en documento privado por persona autorizada por el prestatario como destino parcial de aquél, atendiendo a la certeza de la existencia del pacto, a que la divergencia entre el contenido del documento privado de solicitud del préstamo y el público de su formalización, no resta veracidad al primero, ni determina su falsedad, y a la aplicabilidad al caso del artículo 1224 CC.

Autenticidad del documento privado y su valoración a efectos de prueba.—La autenticidad del documento privado en cuanto procedencia del autor —coincidencia del autor aparente con el autor real— es *conditio sine qua non* para la idoneidad valorativa —ulterior valoración del contenido—, de tal modo que, probada la inautenticidad, el documento privado no puede operar como medio de prueba, y no probada, pero sin que tampoco conste la autenticidad, sólo puede ser valorado si lo es conjuntamente con los restantes elementos probatorios. Pero sucede que la prueba de la autenticidad o inautenticidad no es prueba documental, sino que puede tener lugar por confesión, pericial, testifical o presunciones, según los casos, y aunque cabe la posibilidad de que se utilice documental para el efecto pretendido, no es éste el caso, pues no se planteó ningún contraste o compulsas con ningún tipo de documento, libro o archivo, y al elegir el artículo 1218 CC para contradecir la autenticidad, no se ha elegido un soporte adecuado, y lo propio hubiera ocurrido con la invocación del artículo 1225 relativo a la documental privada.

La eficacia del documento privado auténtico y el artículo 1218 CC.—La atribución de eficacia al contenido del documento privado de suscripción del préstamo al efecto de excluir la ilegalidad del cargo en la cuenta efectuado por la entidad demandada, no contradice la escritura pública de préstamo que omite lo relativo al destino del mismo, ni supone dar prioridad respecto de ésta al documento privado, porque no hay contradicción, sino plena compatibilidad, como se ha razonado, con cabal acierto, en las sentencias de instancia; además esta Sala tiene reiterado que la prueba documental pública no es preferente o privilegiada respecto de otras pruebas, pues hace prueba del hecho de su otorgamiento, pero no de su contenido, cuya veracidad intrínseca puede ser desvirtuada por prueba en contrario.

El principio constitucional de seguridad jurídica.—Según la doctrina del Tribunal Constitucional: 1º) La seguridad jurídica ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados procurando la claridad y no la confusión normativa, y como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho; 2º) En la vertiente subjetiva reconducible a la idea de la previsibilidad de los efectos de la aplicación de la norma por los poderes públicos, ponderando los diferentes elementos en presencia, ya que la seguridad jurídica no es un valor absoluto, y ha de ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos; y 3º) Aunque no conforma un derecho fundamental, sin perjuicio de su imbricación en uno de ellos (singularmente el art. 24.1 CE) cuando entre en conexión, en todo caso constituye un principio general del ordenamiento y un mandato dirigido a los poderes públicos, de modo que se impone a todos los órganos del Estado. Si tenemos en cuenta la anterior doctrina constitucional que resume en certeza y legalidad e interdicción de la arbitrariedad, relatividad y exigencia normativa, no se aprecia en el caso violación de la misma, y, por consiguiente, no se ha afectado al principio de seguridad jurídica.

Apreciación conjunta del documento privado y del público.—Es cierto que el documento público da lugar a estabilidad y seguridad en el tráfico jurídico al incorporar datos significativos acerca de la relación jurídica y la posición que en ella ocupan cada una de las partes, pero ello no obsta cuando tiene un valor *ad probationem*, que se pueda complementar por lo que conste en documentos privados, aunque sean anteriores, e, incluso, que prevalezca *inter partes* lo que en éstos se establezca cuando se acredite que responde a la común intención de los otorgantes; y en el caso sucede que no hay contradicción documental y que se ha estimado probado que el contenido del documento privado forma parte de la previsión normativa contractual.

Artículo 1224 CC.— Este precepto, como dice la jurisprudencia, se refiere al contrato reproductivo o de fijación jurídica, sin otra significación o finalidad que la de un medio o reconocimiento o contrato preexistente (SSTS de 6 de junio de 1969, y 16 de febrero de 1990), o dar constancia al negocio primordial o de conferirle certeza o claridad (SSTS de 19 de noviembre de 1974, 5 de febrero de 1981 y 23 de junio de 1983), y no comprende las escrituras que tienen por objeto desvirtuar otra anterior (art. 1219), ni las denominadas *dispositivas* (art. 1218). En el presente caso el contrato de préstamo se perfeccionó con la escritura pública y la entrega de la cosa, dado el carácter real del contrato conforme al artículo 1740 CC, por lo que, hasta entonces no existía un convenio vinculante que reconocer o fijar.

Buena fe contractual sólo de parte de la entidad prestamista.—Resulta justificada la apreciación de la buena fe en la entidad demandada y no en la contraparte, por lo cual sólo aquélla cumple la exigencia de corrección, honradez, lealtad y fidelidad a la palabra y la conducta seguida, a la par que la observancia de un comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena, constituyendo tal exigencia una norma básica de la sociedad moderna tanto en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC), como elemento integrador de los contratos (arts. 1258 CC y 57 CCO). (STS de 14 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia de la que ha sido Ponente Corbal Fernández relativa a un contrato de préstamo otorgado por una Caja de Ahorros por importe de cuarenta y siete millones de las antiguas pesetas, expresándose en la solicitud de préstamo formalizada por el Administrador de la entidad prestataria, el diversificado destino del mismo, describiéndose en particular que parte del préstamo se destina al pago de una deuda de *Hidráulicas H*, que fue cargado en la cuenta del prestatario por un importe de 21.660.406 pesetas. Es importante destacar que en la escritura pública del préstamo no se hizo mención del destino particularizado del mismo. La demanda se interpone por el prestatario contra la Caja de Ahorros, sin que intervenga en el pleito el beneficiario de ese pago parcial. La demanda fue desestimada en ambas instancias y el recurso de casación también, mediante una interesante argumentación sobre el valor del documento público y privado, sobre la seguridad como principio constitucional y sobre el significado del artículo 1224 CC que la Audiencia Provincial estimo aplicable al caso y que el Tribunal Supremo rechaza. Según se dice en el 5º FD *aunque se estimase el motivo resultaría inocuo para el recurso por aplicación de la doctrina de esta Sala de equivalencia de resultados, con arreglo a la que la sentencia recurrida no debe ser casada cuando coincida*

el fallo con el que tendría que pronunciar esta Sala (STS de 14 de junio de 2005 y cita), lo que ocurre cuando procede confirmar la resolución recurrida aunque sea por otros fundamentos, incluso si para ello se obra dentro del ámbito permitido del principio «iura novit curia». Me parece también acertada la integración del documento privado de solicitud del préstamo en el negocio de otorgamiento. Tales contratos son objeto normalmente (en atención sobre todo a su cuantía) de un proceso de tramitación, más o menos largo, durante el cual la entidad crediticia comprueba la situación financiera y la solvencia del prestatario, y así, a lo largo del mismo se van perfilando los caracteres del préstamo; en nuestro ordenamiento nada impide que el contrato incluya el destino del capital prestado, y habiéndolo fijado inicialmente el prestatario, sin protesta del prestamista ni modificación del solicitante, parece correcta la interpretación del Tribunal Supremo. Lo mismo que la calificación de la conducta subjetiva de las partes en la sentencia anotada. Es curioso que el *beneficiario* de parte del préstamo no aparezca en el proceso, ni como parte, ni como testigo. Sentencia de aprobar. (G. G. C.)

28. Mandato para adquirir. Forma y contenido del mandato.—Tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, para la transmisión del dominio de inmuebles, se requiere conforme a los artículos 1710 y 1713 CC *mandato expreso*, mandato que sin embargo no ha de ser por escrito, pero que sí ha de quedar claramente precisado su objeto y su extensión, mandato que puede darse verbalmente (FD 1.º, así como SSTS de 21 de febrero de 1990, 30 de junio de 1993 y 18 de enero de 2000, entre otras).

Adquisición del intermediario en nombre propio pero por cuenta ajena. Carácter de factor notorio.—Partiendo de la calificación del carácter del intermediario como factor notorio, se entiende que está dotado de poder general pero estrictamente referido al aspecto objetivo de las operaciones relativas al giro de la empresa de la que forma parte (SSTS de 25 de abril de 1986 y 7 de mayo de 1993). Conforme a la interpretación jurisprudencial del artículo 286 CCO «se establece la presunción legal de que el que forma parte de una empresa mercantil, con capacidad para administrar, dirigir y contratar sobre cosas concernientes al tráfico de la misma, debe entenderse, [...] como hecho por cuenta de la sociedad (FD 1.º). (STS de 7 de noviembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 28 de abril y 13 de junio de 1988, los hermanos Diego, José y Mateo vendieron en tres contratos privados de compraventa, a Diego, que declaraba actuar en nombre propio, tres fincas que pertenecían a aquellos en diversas proporciones. El día 20 de abril de 1989 se escrituró a favor de la *Sociedad Iberprojects* los contratos de compraventa de las fincas pertenecientes a Diego y José. Más tarde Diego, actuando como administrador solidario de *Iberproject*, entabló negociaciones con el correspondiente Ayuntamiento para la recalificación de los terrenos, así como encargó a un perito topógrafo la medición de las tres fincas y a un arquitecto diversos trabajos con relación a dichos terrenos, todos ellos abonados con fondos de la entidad mercantil. Por parte de la entidad *Iberproject* se entabló demanda contra Diego solicitando que se declarase el dominio de aquélla sobre la finca en cuestión, conde-

nando al demandado a otorgar la correspondiente escritura pública así como a la rendición de cuentas de las gestiones llevadas a cabo. Estimada la demanda en primera instancia, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto contra dicho fallo. La representación de la entidad *Iberproject* interpuso recurso de casación por infracción, entre otros, de los artículos 1710, 1713 CC y artículos 246 y 286 CCO.

NOTA.—No ha habido durante años unanimidad en la doctrina sobre los efectos reales y obligacionales de la representación indirecta. Frente a las teorías que se han pronunciado a favor de una total comunicabilidad de efectos entre el principal y el tercero cuando la actuación del intermediario es en nombre propio, el Tribunal Supremo ha reconocido la titularidad de tales efectos en la persona del principal o *dominus*, tomando como base para esa traslación de efectos el carácter ajeno del negocio gestionado, carácter que se manifiesta como en el caso que analizamos en el origen de los fondos con los que se lleva a cabo dicha gestión (SSTS de 16 de mayo de 1983, 5 de junio de 1986, 18 de enero de 1996, 24 de marzo y 19 de junio de 1997, entre otras), aun cuando no conste expresamente la existencia de un mandato (STS de 20 de enero de 2000), si bien califica la relación del intermediario con el bien objeto de compra como o «adquisición en tránsito» o «titularidad provisional en tránsito hacia el patrimonio del mandante», como en las SS 13 de mayo de 1986, 14 de octubre de 1989, y 18 de enero de 2000, entre otras. Pero en la sentencia que anotamos la titularidad de lo adquirido se reconoce directamente en el principal no sobre la existencia de un mandato, con independencia de la forma de otorgamiento del mismo aspecto sobre el que sí incide el Tribunal Supremo, sino como consecuencia de la calificación de la actuación del adquirente como *factor notorio* (art. 286 CCO) o como *comisionista* (art. 246 CCO), tal y como lo formuló la parte en su recurso de casación, cuando tal y como consta en el relato de los hechos el intermediario, además de ser socio de la entidad para la cual adquirió, era administrador solidario de la misma, por lo que conforme a la legislación de sociedades anónimas y verificándose los requisitos del artículo 1697 CC, la sociedad es quien resulta obligada directamente frente a los terceros. Sobre dicha base legal, no hubiera sido necesario entrar a analizar la forma o extensión del poder o mandato del administrador, puesto que conforme al artículo 129 TRLSA, su ámbito de representación se extiende «a los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos». (R. D. O.)

29. Prenda: interpretación del contrato para identificar la cosa pignorada. Compensación anticrética.—La fijación del sentido jurídicamente relevante de las reglas contractuales corresponde a la soberanía de los Tribunales de la instancia, de modo que el resultado de su labor hermenéutica ha de permanecer incólume en casación mientras no se demuestre que contraviene alguna de las normas que disciplinan la interpretación (SS de 30 de marzo de 2000, 8 de julio, 28 de noviembre, 2 de diciembre de 2003, 23 de enero y 2 de junio de 2004, 13, 18, 20, 23 y 27 de mayo, 1 y 10 de junio de 2005), lo que no acontece en este caso, dado que la literalidad de la cláusula negocial

en que basó su conclusión el Tribunal de apelación y la licitud del pacto de pignoración de intereses, justifican cumplidamente la interpretación impugnada.

En efecto, los contratantes convinieron (cláusula primera del contrato) que la prenda tendría por objeto sólo una parte del saldo de la cuenta bancaria, quedando libre el resto. Pero también pactaron literalmente (misma cláusula *in fine*) que *se extenderá a las cantidades que por intereses o por cualquier otro concepto haya de percibir D. A...*

No puede, por lo tanto, afirmarse que violente la regla del artículo 1281, apartado primero, CC atribuir a la citada regla contractual el sentido que le dio la Audiencia Provincial, al declarar que la suma pignorada estaba constituida por el principal determinado y por los intereses producidos por el mismo.

Conclusión favorable a considerar gravados, *ex voluntate*, los intereses que se reafirma en su validez si se tiene en cuenta que la llamada compensación anticrética, esto es, la imputación de los frutos civiles de la cosa a los intereses de la deuda garantizada y, si procede, al capital, está expresamente admitida en el Código civil para los casos en que la prenda produzca intereses (art. 1868), como lo estaba en el artículo 1777 del Proyecto de 1851 y, anteriormente, en el Código justiniano (Codex IV.XXIV.I: *ex pignore fructus imputantur in debitum...*), así como, hoy, en otras legislaciones españolas (art. 471 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprobó la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra; art. 2.1.b) de la Ley catalana 22/1991, de 29 de noviembre, de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble). (**STS de 2 de diciembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—El conflicto de intereses que llega al Tribunal Supremo tiene su origen en el funcionamiento de un contrato de prenda irregular constituida en garantía de las deudas de una tercera persona. Las dos cuestiones en que se centró en el recurso fueron, de una parte, la interpretación del contrato de garantía mobiliaria, concretamente, la identificación de los bienes pignorados; de otra, la valoración de la prueba practicada en el proceso sobre la identificación de la deuda garantizada. Ambos problemas se habían planteado ya en el escrito de demanda: el actor y pignorante alegaba que del saldo de la cuenta bancaria había pignorado sólo una parte, con expresa declaración —aceptada por la otra parte contratante— de que el resto no quedaba gravado. Así, al haber satisfecho su crédito la entidad acreedora no sólo contra la suma dada en prenda sino también contra los intereses producidos por ésta había infringido el acuerdo pactado y venía obligada a restituir la cantidad indebidamente percibida. Tanto el Juzgado como la Audiencia entendieron que el pacto entre acreedora y pignorante se extendía a los intereses de la suma dada en prenda y que no había quedado probado en el proceso que la prenda hubiera sido aplicada al pago de deudas distintas de las garantizadas. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor. (*R. G. S.*)

30. Minas. Intrusión. Competencia de los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo.—La acción ejercitada en la demanda versa sobre una cuestión civil, como es el enriquecimiento injusto derivado

de una intrusión minera, de la que corresponde conocer a los tribunales civiles, y si bien es cierto que la resolución administrativa sobre la existencia de la intrusión y sus dimensiones vincula en el orden jurisdiccional civil (STS de 9 de julio de 1992), por el organismo administrativo entonces competente se declaró dicha existencia, y aunque dejó indeterminada la extensión, no existe obstáculo a que este extremo se complemente mediante la valoración de la prueba practicada en el proceso civil como presupuesto indispensable para poder dar respuesta a la pretensión de tal índole y a los solos efectos de ésta, lo que, cuando menos, tiene perfecto encaje en el artículo 10.2 LOPJ, con arreglo al que «a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente».

Minas. Intrusión. Legitimación activa del titular de una concesión minera arrendada para accionar contra la intrusión.—*Carbones Balín, S. L.* no acciona como arrendadora, sino como titular de la concesión, título que le faculta para extraer el carbón de dicha concesión y para arrendar tal extracción a otra persona. La existencia de una intrusión, de modo que la demandada ha extraído carbón sin pagar canon alguno, supone un perjuicio para aquélla, porque implica que no puede reclamar el canon a la arrendataria, ya que la obligación de ésta consistía en pagar canon por el tonelaje que extraía de la concesión, pero no en pagarlo por el tonelaje extraído por otra explotadora, y concretamente por el que fue objeto de intrusión. Por consiguiente, resulta evidente que se produjo un perjuicio para la titular de la concesión y un enriquecimiento, sin causa que lo justifique, para la empresa que llevó a cabo la intrusión, que legitima a la primera para accionar, sin que nada obste el precepto del artículo 81 de la Ley de Minas, porque no se refiere a la legitimación activa, si bien podría haberse dado lugar a un problema en orden a delimitar los respectivos perjuicios sufridos por la titular y la arrendataria de la concesión, pero el tema es irrelevante en el presente proceso porque ambas entidades formularon una reclamación conjunta. (STS de 2 de noviembre de 2005; no ha lugar a uno de los recursos y sí al otro.)

HECHOS.—*C. B., S. L.* y su arrendataria *A. B., S. L.* argumentan que *A. A., S. L.* extrajo indebidamente carbón de la concesión Feliu Primera, y solicitan de ésta el pago, en concepto de daños y perjuicios, del beneficio que hubiera obtenido de tal extracción, previa deducción del carbón que la coactora *A. B., S. L.* extrajo por error de la concesión Moruga de *A. A., S. L.*

C. B., S. L. y *A. B., S. L.* interpusieron demanda en tal sentido contra *A. A., S. L.*, que reconvino solicitando el abono del enriquecimiento de aquéllas por intrusiones declaradas por sendas resoluciones de la Delegación Provincial de León del Ministerio de Industria y Energía y la condena de las mismas a realizar las labores precisas para evitar que sus explotaciones inunden o se introduzcan en las de *A. A., S. L.*, así como la indemnización de los daños causados por razón de dichas aguas. Fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia la pretensión de *A. B., S. L.* y en cambio desestimada la de *C. B., S. L.*; asimismo, el Juzgado estimó la reconvencción interpuesta por *A. A., S. L.*, únicamente respecto de *A. B., S. L.* Interpuestos sendos recursos de apelación, la Audiencia Provincial desestimó los de *C. B., S. L.* y *A. A., S. L.* y estimó parcialmente el de *AB, S. L.*, declarando haber lugar a la demanda interpuesta por ésta contra *A. A., S. L.* y parcialmente a la reconvencción de ésta

contra aquélla, y desestimando en cambio tanto la demanda de *C. B., S. L.* contra *A. A., S. L.* como la reconvenional de ésta contra las otras dos sociedades. Finalmente, *A. A., S. L., C. B., S. L.* y *A. B., S. L.* formulan sendos recursos de casación —si bien el tercero se declaró caducado—, siendo desestimado por el Tribunal Supremo el primero de ellos y estimado el de *C. B., S. L.* en el sentido de que la condena de *A. A., S. L.* lo sea también a su favor y no sólo de *A. B., S. L.* (*F. J. J. M.*)

31. Responsabilidad civil extracontractual. Lesiones producidas en accidente de trabajo. Competencia de la jurisdicción civil.—Siendo patente en nuestro ordenamiento jurídico la superación del principio de inmunidad del empresario y de los límites de la reparación, esenciales en su día al configurarse inicialmente la cobertura de los accidentes de trabajo como una responsabilidad objetiva por riesgo empresarial (Ley de 30 de enero de 1900), resulta aconsejable, dada la compatibilidad entre las indemnizaciones fundadas en la responsabilidad civil del empresario y las prestaciones de la Seguridad Social originadas por el mismo supuesto de hecho (art. 127.3 del actual texto refundido de la LGSS —art. 97.3 del anterior texto refundido, vigente al tiempo de ocurrir los hechos—), mantener, en garantía del principio de reparación íntegra del daño, la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la posible culpa del empresario fundada en los artículos 1902 y 1903 CC, como una mejor garantía del total resarcimiento del daño mientras no se produzca una modificación legislativa en materia de competencia que despeje cualquier duda al respecto. En tal sentido, aun cuando de varias sentencias de la Sala civil del Tribunal Supremo puede resultar una acumulación no coordinada de indemnizaciones e incluso un cierto grado de identificación o coincidencia entre los criterios de imputación del empresario en los ámbitos laboral y civil, debe entenderse como criterio prevalente el que mantiene la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer la responsabilidad civil dimanante de culpa extracontractual del empresario por muerte o lesiones del trabajador sufridas mientras desempeñaba su trabajo, siempre que la demanda no se funde en el incumplimiento de las obligaciones del empresario derivadas del contrato de trabajo, sino en la culpa extracontractual del artículo 1902 CC, en especial desde que en 1998 se retomó esta línea jurisprudencial (SSTS de 13 de julio, 13 de octubre, 18 y 30 de noviembre y 18 y 24 de diciembre de 1998, 1 de febrero, 10 de abril, 13 de julio y 30 de noviembre de 1999, 7 y 21 de julio de 2000, 2 de julio y 8 de octubre de 2001 y 21 de julio de 2003, con las excepciones de las SSTS de 24 de diciembre de 1997 y 10 de febrero y 20 de marzo de 1998).

Responsabilidad civil extracontractual. Lesiones producidas en accidente de trabajo. Compatibilidad de la indemnización laboral por accidente de trabajo y de la civil derivada de responsabilidad extracontractual.—Son compatibles la indemnización de tipo laboral por accidente de trabajo cuando éste se realiza con todas las garantías y precauciones, y que asume la Seguridad Social conforme a las normas que la regulan, con aquélla otra derivada de actos culposos o negligentes del patrono originantes de acción aquiliana (SSTS, entre otras, de 21 de marzo de 1969, 10 de noviembre de 1977, 20 de febrero y 23 de mayo de 1978, 29 de abril de 1980 y 12 de abril de 1984). (**STS de 18 de noviembre de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—En la prestación de su trabajo habitual como albañil oficial de segunda para la empresa *C. L., S. A.*, don M. Z. M. sufrió un accidente laboral, que motivó su fallecimiento. Su viuda formuló demanda de reclamación de cantidad por responsabilidad extracontractual contra la constructora y su aseguradora *CACSR, S. A.*, solicitando una indemnización de quince millones de pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando solidariamente a los demandados al pago de una indemnización de 12.900.000 pesetas, con intereses, menos la franquicia de 50.000 pesetas, que deberá ser satisfecha exclusivamente por la constructora. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, revocando la sentencia de instancia al estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción. Finalmente, la demandante recurre en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo, que confirma íntegramente la sentencia de primera instancia.

NOTA.—La determinación de la jurisdicción competente en materia de accidentes de trabajo es una materia en que rige una gran incertidumbre e inseguridad jurídicas, debido a lo difuso y poca claridad de su tratamiento normativo, que se reproduce igualmente que en otras *zonas grises* encuadrables en áreas del ordenamiento jurídico encomendadas a órdenes jurisdiccionales distintos (como por ejemplo, por sólo citar un caso, en relación con la responsabilidad médica reclamada contra instituciones sanitarias públicas). La jurisprudencia, tras unas ciertas oscilaciones, parece haber llegado a una cierta estabilidad en la línea expuesta en la resolución extractada (de las abundantes sentencias que son objeto de cita por ésta, es de destacar la STS de 31 de diciembre de 2003 —extractada en *ADC*, LVIII-III, 2005, pp. 1457-1458—, que expone detalladamente la evolución que en este punto ha experimentado la Sala de lo civil del Alto Tribunal), si bien parece que sería preferible que se produjera una definitiva solución por el legislador, dada la natural mutabilidad de la jurisprudencia. (*F. J. J. M.*)

32. Culpa extracontractual: daños causados a menor por caída en centro docente: acción ejercitada contra Administración y particulares: derecho transitorio: competencia civil.—Se impone estimar la competencia de la jurisdicción civil para conocer de la demanda pues es doctrina de esta Sala que la razón jurídica para denegar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa radica exclusivamente en la *vis atractiva* del orden civil, que es aplicable, tratándose de una reclamación patrimonial formulada en 1994 frente a la Administración conjuntamente con personas físicas o jurídicas privadas, dado que la atribución de la competencia en tales casos al otro orden no se produjo hasta la Ley de 13 de julio de 1998, que añadió al artículo 9.4 de la LOPJ el párrafo 2.º con un inciso según el cual *si a la producción del daño hubieren concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional* (contencioso-administrativo); criterio que es el que ha venido manteniendo con carácter general esta Sala, como señala la STS de 22 de julio de 2004, y que es además el que responde a elementales razones de seguridad jurídica procesal en la interpretación de unas normas que no se ofrecen con absoluta claridad y

uniformidad en una materia como la determinación de la jurisdicción competente para conocer una pretensión de esta clase, necesaria de todo punto para dotar al sistema de la necesaria seguridad jurídica y al ciudadano de la tutela consiguiente. En el presente caso la reclamación civil del padre como representante de su hija, en reparación de las graves lesiones sufridas por su hija derivadas de la caída ocurrida en un centro docente escolar y el posterior traslado a casa, tiene lugar después de que dos Resoluciones ministeriales de 1991 desestiman la reclamación del actor, declaran agotada la vía administrativa, y remiten expresamente a la jurisdicción civil.

Artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.—Aceptando el fallo de la sentencia de primera instancia procede aplicar el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que impone la obligación de indemnizar a los particulares de toda lesión que los mismos sufran por el funcionamiento normal o anormal del servicio educativo. (STS de 24 de noviembre de 2005; ha lugar.)

NOTA.—En cuanto a los hechos hay que destacar que en la sentencia extractada se omite toda indicación de los daños sufridos por la menor, aunque puede inferirse del hecho de que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en 1996 los valoró en veinticinco millones de las antiguas pesetas, valoración que acepta la Sentencia del Tribunal Supremo. Tampoco se indica el día en que ocurrieron los hechos, cabiendo conjeturar que al dictarse la sentencia firme la *niña* a que aluden los autos haya alcanzado la mayoría de edad. Otro lamentable ejemplo de retraso judicial. Por lo demás, la sentencia extractada reitera una conocida doctrina jurisprudencial sobre la *vis atractiva* de la jurisdicción civil. (G. G. C.)

33. Responsabilidad civil extracontractual. Daños. Valoración. Carácter orientativo de las tablas establecidas para la responsabilidad por accidentes de tráfico respecto a sectores ajenos a ella.—La apreciación de la prueba es competencia de la sala de instancia, que para la valoración de los daños puede recurrir orientativamente al baremo establecido para accidentes de tráfico en la Ley 30/95 si estima que no concurren circunstancias especiales.

Responsabilidad civil extracontractual. Concurrencia de culpas.—En la valoración de la responsabilidad, cabe atender a un elemento de «imputación objetiva» que implica no poner a cargo de los responsables un daño cuando hay que aceptar un «riesgo general de la vida» y se ha de partir de que necesariamente el comportamiento humano, en la generalidad de los casos, según la regla del *id quod plerumque accidit* implica soportar pequeños riesgos, y conducirse con un mínimo de cuidado y de atención. En el caso en estudio, es patente el enlace preciso y directo entre el resultado y la acción, y la existencia de una «concurrencia de culpas», dado que un escalón de entre ocho y diez centímetros puede ser perfectamente evitado por cualquier persona, no siendo en tal momento la víctima de edad tan avanzada que haya que suponer un estado valedudinario. (STS de 11 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. G. O., que a la sazón tenía setenta años, tropezó al salir de un ascensor con el escalón de entre ocho y diez centímetros que dejaba el aparato al parar en la segunda planta, sufriendo la fractura de cadera izquierda y otras secuelas. Reclamaba una indemnización de diez millones de pesetas contra la compa-

ña que tenía a su cargo el mantenimiento del ascensor, la aseguradora de responsabilidad civil de la misma y la aseguradora de la Comunidad de Propietarios, que no fue demandada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, condenando solidariamente a los demandados al pago de una indemnización de siete millones de pesetas, con intereses. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revocó en parte, fijando la indemnización en 1.526.667 pesetas y confirmando el resto de los pronunciamientos. Finalmente, la demandante recurre en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La consideración del valor orientativo de las tablas establecidas para la responsabilidad nacida de accidentes de tráfico en sectores ajenos a la circulación de vehículos de motor ha sido reiterada en otras Sentencias del Tribunal Supremo posteriores a la que aquí tratamos, como las de 10 de febrero y 27 de noviembre de 2006. (F. J. J. M.)

34. Culpa extracontractual: muerte por caída de grúa instalada en finca colindante: responsabilidad del instalador de la grúa: incumplimiento de disposiciones administrativas: ausencia de nexo causal: irresponsabilidad de la aseguradora.—Ante la falta de razonamiento de la sentencia recurrida sobre por qué la instalación de la grúa próxima al taller puede considerarse como conducta negligente, ha de señalarse que el instalador no es quien elige el lugar donde la grúa ha de ser instalada; la colocación de la grúa más o menos alejada del taller en donde ocurrió el accidente, no implica un incremento o disminución del riesgo nacido de la propia instalación de aquélla, sobre todo si se tiene en cuenta que el edificio en que está situado el taller y sobre el que sobrevolaba la pluma de la grúa es propiedad del dueño del taller que, a su vez, era dueño de la obra para la cual se había instalado la grúa. Es cierto que en el caso no existió el proyecto de instalación de la grúa ni el certificado sobre el correcto montaje de la misma, conforme a las normas administrativas vigentes, pero del incumplimiento de éstas no surge, por sí sola, una actuación culposa o negligente del instalador, de la que nazca obligación de resarcir por culpa extracontractual. Por otra parte, la cumplida justificación del nexo causal, que haga patente la culpabilidad del agente en la producción del daño, no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba, pues el cómo y el por qué se produjo el accidente siguen constituyendo elementos indispensables en la identificación de la causa eficiente del evento dañoso (SSTS de 27 de diciembre de 2002, 9 de julio de 2003, 17 de diciembre de 2004 y 21 de abril de 2005, entre otras). Por todo ello procede absolver a la compañía aseguradora, y también al instalador, aunque no recurrió en apelación.

Responsabilidad por riesgo de la empresa usuaria de la grúa: prueba: testimonio en diligencias penales.—En virtud del riesgo que supone la utilización de esta grúa, incumbía a los recurrentes acreditar que emplearon toda la diligencia exigible en su manejo a fin de evitar daños a terceros. Empleo de la diligencia debida que en el caso no resulta acreditado. Las manifestaciones de un testigo en diligencias penales, traídas a los autos mediante testimonio, no tienen carácter testifical aunque fueran ratificadas al absolver posiciones por ser dicho testigo demandado en este pleito, sino documental y de libre valoración por la Sala en conjunción con las demás aportadas. (STS de 21 de diciembre de 2005; ha lugar en parte.) (G. G. C.)

35. Responsabilidad civil extracontractual. Solidaridad.—Se impone la solidaridad en materia de obligaciones extracontractuales por el ilícito culposo con pluralidad de agentes (SSTS de 12 y 13 de diciembre de 1998, entre otras). Cuando la culpa es imputable a más de un sujeto, sin que existan elementos conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno, el vínculo de solidaridad es el procedente por ser el más adecuado, con relación al perjudicado, para la efectividad de la indemnización correspondiente (SSTS de 26 de noviembre de 1993, 20 de octubre de 1997 y 3 de diciembre de 1998, entre otras).

Irretroactividad de los estatutos privados sancionadores.—Cuando los comisarios adoptaron el Acuerdo sancionador regía la norma nueva, pero no se podía aplicar a hechos cometidos con anterioridad a la modificación del Código de Carreras, a los que sólo se podía imponer la sanción procedente en el momento de la comisión del hecho. Ciertamente que el Código de Carreras no es una norma en sentido estricto sino unas reglas de juego a las que voluntariamente se someten los partícipes de las carreras, pero el principio de irretroactividad irradiaba su fuerza en estatutos privados sancionadores de conductas de los que a ellos se someten, sobre todo cuando recaen sobre personas que tienen como medio de vida el desarrollo de la actividad que se prohíbe temporalmente.

Interés protegible en el recurso. Relación de la sociedad con sus comisarios.—La sociedad no tiene interés protegible más que para impetrar su absolución, dado que el fundamento de su condena radica en hechos propios, distintos de los que sustenta la de los comisarios de carreras. Debió recurrir casacionalmente su propia condena, no impugnar la sentencia para mantenerla y exonerar a los comisarios, faltando un interés protegible de la sociedad para pretender la absolución de los comisarios; ellos son los que tenían la legitimación al efecto, no aquélla, y han acatado la sentencia recurrida. (STS de 25 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Los comisarios de la *Sociedad de Fomento de la Cría Caballar de España* adoptaron el 4 de octubre de 1991 el Acuerdo de prohibir provisionalmente la participación en carreras públicas del caballo *Ciclón*, propiedad de don J. A. M. U., siendo su preparador don A. I. B., al haberse detectado en las muestras tomadas al mencionado animal la presencia de lignocaína. Asimismo, el 4 de febrero de 1992 los comisarios tomaron el Acuerdo de distanciar al último lugar al caballo en el Premio «Les Halles, El Salón de Moda», disputado el 22 de septiembre de 1991 en el Hipódromo de la Zarzuela de Madrid, imponer al preparador don A. I. B. la multa de 750.000 pesetas y la retirada de la licencia para preparar caballos de carreras hasta el 30 de junio de 1994; sanciones que fueron confirmadas por el Acuerdo de 31 de marzo de 1992, desestimatorio del recurso de revisión interpuesto por don J. A. M. U. Finalmente, los comisarios adoptaron el 8 de febrero de 1992 el Acuerdo de prohibir a don A. I. B. la entrada a los locales y terrenos de entrenamiento de las Sociedades de Carreras de Caballos de España, salvo los días en que se celebraran espectáculos con despacho de entradas al público en general, mientras subsistiese vigente la sanción de retirada de licencia que le fue impuesta por Acuerdo de 4 de febrero de 1992; sanción que fue confirmada por Acuerdo de 21 de marzo de 1992, que desestima el recurso de revisión interpuesto por don A. I. B.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta por don J. A. M. U. y don A. I. B. contra la *Sociedad*, sus comisarios don B. G. P., don M. R. S., don A. B. L. y don E. E. V., y don J. G. N., secretario de la misma, absolviendo a todos los demandados. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, declarando que la sanción de inhabilitación impuesta a don A. I. B. sólo debía haber durado hasta el final del año en curso en que se adoptó, y condenando a la *Sociedad de Fomento y Cría Caballar de España*, con responsabilidad solidaria y directa de sus comisarios, a indemnizar a don J. M. A. en la cantidad de 707.908 pesetas y a don A. I. B. en un millón de pesetas por daños morales; además, condena a la *Sociedad* a indemnizar a don A. I. B. en dos millones de pesetas por los perjuicios sufridos durante el tiempo en que fue privado de la licencia de preparador de caballos de carreras y prohibida su entrada en los locales y terrenos de entrenamiento de las Sociedades de Carreras de Caballos. Finalmente, la *Sociedad* recurre en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Esta sentencia se sitúa en el marco de la reiterada jurisprudencia que defiende la existencia de solidaridad entre los distintos responsables en los supuestos de existencia de responsabilidad extracontractual con pluralidad de autores sin que sea individualizable la concreta responsabilidad de cada uno, lo que responde a razones de seguridad e interés social, en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados adecuado para garantizar la efectividad de la exigencia de la responsabilidad extracontractual, pero exige para su aplicación que no sea posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades. En tal sentido, cabe citar entre las más recientes, además de las mencionadas en esta sentencia, las SSTs de 23 de noviembre de 1990, 21 de abril, 8 de mayo, 29 de junio y 20 de julio de 1992, 8 de febrero de 1994, 21 de noviembre y 18 de diciembre de 1995, 19 de julio de 1996, 13 de febrero de 2001, 11 de abril y 7 de noviembre de 2000, 17 de febrero, 19 y 23 de abril, 25 de mayo, 21 de junio, 30 de septiembre, 8 de noviembre y 15 y 21 de diciembre de 1999 y 2 de enero de 2007.

En la misma línea de establecer la solidaridad de la responsabilidad extracontractual en caso de pluralidad de autores se pronuncian algunas de las normas más recientes, sobre todo aquellas que establecen una responsabilidad de carácter objetivo: así, los artículos 123 de la Ley de Navegación Aérea, 33.5 *in fine* de la Ley de Caza de 1970, 52.II de la Ley de Energía Nuclear, 140 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 7 de la Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. (F. J. J. M.)

36. Lucro cesante: cálculo y término a quo.—La sentencia del Juzgado, en cuanto a lo que se ha mantenido como firme, estableció indemnizaciones a favor de los demandantes que identificó por lucro cesante [...] A efectos de la determinación del lucro cesante acogió las bases contenidas en el hecho sexto, apartado B”, a”, b”, c” y d” de la demanda, toda vez que se petitionó

que las fincas rústicas de los recurrentes se hallaban en explotación y por los destrozos que las afectaron, imputables a los demandados, no se podían iniciar nuevos cultivos hasta que fueran debidamente *acondicionadas con las obras necesarias que permitieran llevar a cabo los mismos*, para lo que había que esperar a que los demandados abonasen el importe de las cantidades reclamadas por daños emergentes y estas cantidades resultaron establecidas, conforme a lo decidido en las sentencias de las instancias y la pronunciada en el recurso de casación, con lo que adquirieron desde este momento procesal definitivamente naturaleza de deuda líquida de cuenta de la parte demandada, que bien pudo hacer efectiva y no demorarla por un largo período de tiempo.

A su vez también el Juzgado fijó como bases, integradas en la sentencia, el beneficio neto anual por hectárea de cultivo, estableciéndose para los plátanos la cantidad de 588.734 pesetas (a''); para las papas, 232.510 pesetas (b''), para los naranjos, 925.600 pesetas (c'') y para las rosas, 3.438.400 pesetas (d'').

Las referidas bases a'', b'', c'' y d'' las respeta el Auto recurrido para calcular las indemnizaciones por lucro cesante y no ocurre así con el contenido inicial que queda referido del apartado B'', *el que juega a efectos de fijar el tiempo que tardarían los recurrentes en recibir las indemnizaciones por daños emergentes*, a que fueron condenados los demandados a satisfacer en forma solidaria y con su importe acometer las obras para la puesta en cultivo de sus fincas dañadas, base que se integró en la sentencia y que desechó el Tribunal de Apelación con el argumento de que la remisión del fallo lo era específicamente para los apartados a'', b'', c'' y d'', que fijan el beneficio neto anual de las explotaciones, y no se extendía por tanto al primer párrafo del apartado B'', con lo que resultaba procedente considerar el momento del pago efectivo de la indemnización por los referidos daños, a cuyos efectos en el Auto recurrido se establece un período de cuatro años, que no está comprendido en la sentencia ni en su fallo y que los juzgadores de instancia, hacen despojo del momento del pago de las indemnizaciones, pues lo fijan con arbitrariedad acudiendo al argumento de que los demandantes bien pudieron instar la ejecución provisional a partir de la fecha de la sentencia del Juzgado, lo que no es satisfactorio, pues se trataría de imponerles esta actuación, cuando la misma es voluntaria, ya que el artículo 385 LEC emplea el vocablo «podrán», sin dejar de lado los riesgos de la misma e inherente inseguridad para acometer la reparación definitiva de la finca a efectos de dotarles de nuevos cultivos, con los desembolsos que imponen la necesidad de tener que prestar fianzas o avales bancarios para responder de daños y perjuicios, no acomodándose a lo ejecutoriado, pues la cláusula 6-B, de la demanda no contempla esta situación y de modo bien expreso, que el cálculo por el lucro cesante «sólo se podrá determinar una vez firme la sentencia», que en este caso hay que referir a la pronunciada en el recurso de casación en fecha de 20 de junio de 1989, que fijó definitivamente el alcance definitivo de los daños emergentes. Bien pudo desde su notificación hacerlos efectivos el demandado, de haber actuado con acomodada lealtad procesal para facilitar cuanto antes la puesta en marcha de la explotación de las fincas, pues conforme al artículo 927, cuando la sentencia condena al pago de una cantidad líquida (aquí, daños emergentes) y de otra ilíquida (lucro cesante) puede procederse hacer efectiva la primera sin esperar a que se liquide la segunda (S de 12 de febrero de 1991).

Lo expuesto lleva el discurso casacional a estimar el motivo cuarto, que denuncia haber resuelto la sentencia puntos sustanciales que contradicen lo

ejecutoriado y no atender a la valoración de la prueba que se lleva a cabo, pues como queda dicho, el cálculo exacto del lucro cesante tendría lugar una vez firme la sentencia que lo declaró y con sujeción a las bases íntegras que en la misma se establecieron, conforme al artículo 928 LEC.

A su vez también ha de acogerse el motivo quinto por resolver el Auto recurrido puntos sustanciales no decididos en la sentencia y aún en contradicción abierta con la misma, desde el momento en que el Tribunal de Apelación fragmentó el apartado sexto B de la demanda al eliminar y no tener en cuenta el contenido inicial que junto a los incisos a", b", c" y d", conformó las bases que habían de tenerse en cuenta al momento de cuantificar el lucro cesante y a resultas de lo que se decidiera judicialmente con condición de sentencia firme, como tuvo lugar al haberse estimado la correspondiente petición de la demanda.

Por lo que se deja estudiado, el motivo séptimo también resulta estimatorio, al denunciar que el Auto recurrido resuelve puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, en cuanto fija el período de cuatro de años como de improductividad de las fincas, integrador de la indemnización por lucro cesante. En este sentido ha de establecerse que la indemnización correspondiente por el concepto controvertido de lucro cesante ha de abarcar el período comprendido a partir del 25 de marzo de 1984, que fue cuando las fincas no se pudieron ya explotar, al tiempo del pago efectivo de las indemnizaciones por daños emergentes, que sin contradicción expresa, fijan los recurrentes tuvo lugar el 15 de enero de 1994, es decir transcurridas unas diez anualidades, desde la causación de los daños agrícolas denunciados, que son las que juegan para cuantificar el lucro cesante en relación con los beneficios netos y según cultivo que por hectárea se fijan en los incisos a", b", c" y d". (STS de 16 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Los recurrentes en casación, demandantes en la instancia y explotadores, todos ellos, de fincas rústicas, sufrieron importantes destrozos en sus terrenos. Los demandados, responsables de los estragos, fueron condenados a abonar tanto los daños sufridos como el lucro cesante. La Audiencia estimó parcialmente su apelación y la sentencia fue posteriormente recurrida en casación por uno de los demandados. El Tribunal Supremo casó parcialmente la resolución reduciendo el importe de la indemnización que la Audiencia había fijado. En el trámite de ejecución de sentencia se concretaron las indemnizaciones por lucro cesante. El demandado apelante apela también el auto que las fijaba y la Sala estima su recurso modificando sensiblemente su cuantía. Los actores interponen recurso de casación contra el auto dictado en apelación. Las cuestiones controvertidas que aquí interesan se refieren al cálculo del lucro cesante y al período de tiempo a considerar para determinarlo. El Tribunal Supremo acoge el recurso. (R. G. S.)

37. Culpa médica: diagnóstico prenatal: falta de información: nacimiento de niño con síndrome de Down: responsabilidad del Servicio Vasco de Salud y de la Compañía aseguradora.—El informe prenatal omitió la existencia de un dato perturbador, desechado técnicamente por carecer de importancia, a saber, la existencia de una sola célula presumiblemente anormal por la presencia de un cromosoma extra, dudosamente del grupo G y ob-

servado únicamente en uno de los portos, conocido a través de la biopsia coral practicada a la interesada. Al omitir esta información, se privó al matrimonio actor, de la posibilidad de ponderar la conveniencia de interrumpir el embarazo dentro de unos parámetros normales, puesto que si hubieran sabido como el suficiente tiempo el resultado informado o explicado de las pruebas, hubieran podido actuar en consecuencia al encontrarse en tiempo de abortar y dentro del amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional. Esta circunstancia no puede ser irrelevante desde el punto de vista de la autonomía del individuo, a quien se le ha privado de la facultad de decidir de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas actuaciones que pudiera considerar adecuada ante situación tan delicada y comprometida como la acontecida. Es lógico establecer una relación de causalidad directa y negligente entre la actuación profesional del centro médico en el que se realizaron las pruebas y el derecho de la mujer a ser informada de una forma suficientemente clara y completa sobre el resultado del diagnóstico. No siendo posible hasta la fecha la corrección de las anomalías cromosómicas, al no tener tratamiento posible, el hecho de haberse sometido a una prueba para el diagnóstico prenatal de las mismas, sólo tiene un sentido lógico que es el de decidir en su vista sobre la aludida interrupción.

Daño indemnizable.—Son daños susceptibles de reparación económica con un doble contenido: moral y patrimonial; aquél derivado de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento y ulterior crecimiento de un hijo discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que puede llegar a alcanzar edades medias; éste, consecuencia de la existencia de un perjuicio efectivo y perfectamente evaluable que puede resultar del coste de las pruebas diagnósticas, de un innecesario embarazo y parto y de la adaptación de los padres a la nueva situación, social, familiar, económica y de atención especial surgida de un hecho imprevisto y extraordinario para ellos, como es el nacimiento de un hijo afectado por el síndrome de Down. Fuera de esta cobertura quedan los demás que no tengan relación con la minusvalía puesto que no estamos en supuesto de daños causados a los progenitores por la concepción no deseada de un hijo, sino de un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá del que comporta ese plus que resulta de la discapacidad.

Cuantía.—Asumiendo funciones de instancia, para la valoración del daño, siempre difícil e insegura, en tanto no se establezcan unos baremos que permitan una concreción más objetiva a esta suerte de daños no patrimoniales, adaptados a las peculiaridades de la responsabilidad civil médica y al régimen de aseguramiento, hay que tener en cuenta todos estos aspectos en relación congruente con lo que se reclama en la demanda, lo cual, debidamente valorado, determina una indemnización de veintisiete millones de antiguas pesetas a favor de cada uno de los padres.

Responsabilidad del Servicio Vasco de Salud y de la Aseguradora.—El hecho de que el Hospital de Basurto en que se realizó el diagnóstico prenatal, fuera absuelto por el Juzgado de Primera Instancia por carecer de personalidad jurídica no impide hacer efectiva la cobertura asegurada debido a que dicho Hospital se integró en el Servicio Vasco de Salud con anterioridad a la práctica de aquél, y la Ley de Contrato de Seguro otorga acción directa contra la Compañía (art. 76), cuya operatividad se produce en cuanto tengan causación efectiva daños o perjuicios por los que haya de responder legalmente la parte tomadora al materializarse un riesgo asegurado. **(STS de 21 de diciembre de 2005; ha lugar.)** (G. G. C.)

38. Responsabilidad del fabricante: saneamiento por vicios ocultos: accidente en un Rallye: doctrina jurisprudencial sobre respeto a la técnica casacional.—Se trata de un conjunto de reglas, explícitas o implícitas en la normativa legal y aplicadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que responde a garantizar la pureza del sistema, acatando las exigencias, una, de índole constitucional, que la inadmisión del recurso no suponga una interpretación de la legalidad procesal manifiestamente irrazonable, arbitraria o fruto del error patente, en cuyo punto conviene observar la diferencia con las reglas de acceso a la jurisdicción —que no pueden interpretarse de un modo rigorista, o excesivamente formalista, o de cualquier otro modo que revele una clara desproporción entre los fines que dichas reglas preservan y los intereses que sacrifican—, y otra, de legalidad ordinaria, consistente en respetar escrupulosamente el marco legislativo, de modo que, sin negar la respuesta satisfactoria de la pretensión que el recurso supone, se evite convertirlo en una tercera instancia. En aplicación de dicha doctrina, debe decirse que no es conforme a la técnica casacional utilizar la cobertura de un precepto sustantivo para, con el pretexto de su conculcación, efectuar afirmaciones de hechos que contradicen las de la resolución recurrida, o que no se recogen en ésta y no son susceptibles de *integración en el factum* precisamente por contrariar la base fáctica contemplada en dicha resolución. Tampoco es conforme a la técnica casacional pretender la alteración del supuesto fáctico sentado en la sentencia impugnada mediante la denuncia de la conculcación de un precepto sustantivo civil, o mezclar la supuesta infracción del *onus probandi* que supone falta de prueba, con la de error en la valoración probatoria. Y asimismo contradice la técnica casacional hacer un juicio comparativo o de contraste entre los argumentos y apreciaciones divergentes de las sentencias de primera instancia y apelación. Resumiendo: no cabe hacer supuesto de la cuestión; no cabe mezclar cuestiones sustantivas con las procesales; son cosas diferentes la infracción de la normativa de la carga de la prueba y en el error en la valoración de la prueba; este error valorativo exige una formulación precisa, siendo esencial la indicación de la norma legal de prueba que se estima infringida; y la resolución recurrida en casación es la de apelación, en la que sólo cabe integrar las apreciaciones fácticas de las de primera instancia cuando éstas son explícita o implícitamente asumidas por la de la Audiencia Provincial, o son complementarias.

Defecto de fabricación: inexistencia: la llamada «fatiga del material».—En el caso resulta incuestionable, por devenir incólume en casación, que no se ha probado la existencia de un defecto de fabricación en el vehículo accidentado. La «fatiga del material» no se debe a un defecto del material sino que es una consecuencia del sobreesfuerzo que se produce en las competiciones de *rallyes*, y por esta circunstancia es preciso que después de cada competición se controle la aparición de fisuras sobre la barra de la cremallera, y se reemplace, imprevistamente, la cremallera de referencia cada cuatro *rallyes*, como consta en la Circular de 13 de febrero de 1995 de *Peugot Talbot España*, y era plenamente conocido por el dueño y piloto del vehículo accidentado.

Culpa exclusiva de la víctima.—Sucede que el llamado *Desafío Peugeot* en que participó el actor, constaba de ocho pruebas, y el accidente ocurrió en la última, y aunque consta que había realizado las revisiones reglamentarias, no reemplazó la cremallera como era preceptivo. Con esta conducta omisiva se generó la causa eficiente del resultado, y con ello la culpa exclusiva de la víctima que rompe cualquier nexo causal respecto de las responsabilidades acciona-

das; el buen sentido exigía el cambio de la cremallera de la dirección después del cuarto rallye, y un criterio del buen sentido conduce a entender que tal omisión es la causa determinante de la rotura de la dirección, y ello con independencia, incluso, de si ésta fue o no el desencadenante del evento.

Prueba.—No cabe hablar de una inversión de la carga de la prueba, ni de un *onus probandi* a cargo del fabricante, ya que corresponde a la víctima o perjudicado la prueba de la existencia del defecto del producto, y así lo ha venido declarando la doctrina jurisprudencial (SSTS, entre otras, de 23 de junio de 1993, 4 de octubre y 22 de noviembre de 1996). (STS de 15 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor compró el 31 de enero de 1994, y para su sociedad de gananciales, en un concesionario de la marca en Oviedo, el vehículo *Peugeot 106 Rallye GR.N*, matrícula O-3576-BK, para participar en los rallyes del denominado «Desafío Peugeot», el cual es organizado por *Peugeot Talbot España, S. A.*, y en el que sólo pueden participar vehículos *Peugeot 106 Rallye*, que sean estrictamente de serie con las variaciones de colocarles las barras antivuelco y sustituir los neumáticos por los de marca *Michelin* autorizados por *Peugeot*; y con ocasión de intervenir en el Rallye Villa de Llanes, en el tramo cronometrado Seijo-Colombres, a consecuencia de la rotura de la barra de la dirección, el vehículo se salió de la carretera y chocó contra un talud, con el resultado de lesiones para el piloto y copiloto y daños materiales para el automóvil. El Juzgado de Primera Instancia redujo la suma indemnizatoria solicitada, de más de ocho millones a poco más de millón y medio de antiguas pesetas. La Audiencia Provincial absolvió plenamente de la demanda. El Tribunal Supremo rechaza el recurso.

NOTA.—En primer lugar la sentencia parece revestir una finalidad *pedagógica* con amplias consideraciones sobre la denominada *técnica casacional* que trata de evitar el ingreso en el Tribunal Supremo de gran número de recursos de casación mal planteados desde un punto de vista formal, con la consiguiente pérdida de tiempo (Pte. Corbal Fernández). En segundo lugar, la no aplicación al caso, en razón de la fecha, de la Ley de 6 julio 1994, parece haber impedido un tratamiento más favorable al actor que el aquí dispensado. En realidad, resulta haber prevalecido, aunque ello no se explicita en la argumentación, el criterio de asunción del riesgo en actividades deportivas en lugar del de la protección de los consumidores frente a los productos defectuosos. En general y sobre el primer aspecto *cfr.* Ortí Vallejo *Responsabilidad en la explotación y práctica de actividades de riesgo*, en Reglero Campos (coord.) *Tratado de responsabilidad civil* (Cizur Menor 2002), p. 1357 ss. Sobre la responsabilidad por los productos, antes y después de la Ley de 1994, *vide* ampliamente María Angeles Parra Lucán, en *id.* p. 1175 ss. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

39. Requisitos de la acción reivindicatoria.—Según reiterada jurisprudencia (SSTS de 28 de marzo de 1996 y 15 de febrero de 2000, entre otras muchas) se requieren inexcusablemente tres requisitos para ejercitar con éxito la acción reivindicatoria: 1) título legítimo de dominio del demandante;

2) identificación plena de la cosa reivindicada, y 3) la detentación injusta de la cosa por parte de quien la posee (demandado).

La misma jurisprudencia ha afirmado en numerosas ocasiones (SSTS de 10 de octubre de 1991, 28 de abril y 16 de octubre de 1998, 1 de febrero y 5 de junio de 2000), que los dos primeros requisitos son además cuestiones de hecho y, por tanto, su determinación corresponde única y exclusivamente al Tribunal de Instancia. (STS de 15 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *F. S. A.* interpuso demanda contra don *F. F. B.* y doña *R. A. A.*, en la que ejercitó acción reivindicatoria sobre unos terrenos ocupados por los demandados, mediante obras y otros actos señalados en la demanda. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y condenó a los demandados a que cesaran en la detentación de las fincas objeto de la reivindicatoria, y a que destruyeran cuantas obras hubieran realizado en ellas, dejándolas libres, vacuas y expeditas a disposición de la actora.

Frente a la sentencia de instancia, los demandados interpusieron recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia Provincial. Los demandados acudieron entonces al Tribunal Supremo, quien declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*J. D. S. C.*)

40. Propiedad horizontal. Unanimidad para la modificación de los elementos comunes: consentimiento tácito de la comunidad de propietarios.—Reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 21 de mayo de 1982, 28 de abril de 1986, 16 de octubre de 1992 y 13 de julio de 1995) mantiene que, conforme a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal, para modificar o alterar los elementos comunes es necesario el consentimiento unánime de todos los copropietarios, siendo preciso que el citado consentimiento aparezca suficientemente acreditado y concluyente, aunque se admite la voluntad tácita de los copropietarios, cuando mediante actos inequívocos se llegue a dicha conclusión (por ejemplo, el transcurso pacífico de un largo período de tiempo tolerando los actos susceptibles de impugnación).

Prueba testifical: valoración.—Es doctrina jurisprudencial reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la prueba testifical es de libre valoración por el juzgador de instancia y, por tanto, no es susceptible de ser revisada en casación. (STS de 19 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio ubicado en Madrid interpone demanda contra don *J.* y doña *M.*, suplicando se dicte sentencia por la que se condene a los demandados, entre otras cosas, a reponer los elementos comunes modificados al estado en que constan descritos en la escritura de obra nueva y división horizontal de la finca, así como a que reintegren las zonas peatonales y de acceso, realizando a su costa las obras necesarias para ello.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por don *J.* y doña *M.*, revoca la sentencia de primera instancia y desestima íntegramente la demanda y en lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la comunidad de propietarios,

la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la comunidad de propietarios. (*M. J. P. G.*)

41. Propiedad horizontal. Elevación del suelo de un local comercial: no constituye un cambio en la estructura general del inmueble.—La Sala Primera del Tribunal Supremo considera que la realización de unas obras con la finalidad de elevar el suelo del local no equivale a la construcción de una nueva planta, no altera ni menoscaba la seguridad del inmueble y tampoco implica una modificación del inmueble o de su aspecto exterior. (**STS de 22 de diciembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *GIA, S. A.*, propietaria de un local comercial, realiza unas obras con la finalidad de elevar el suelo del local para facilitar el acceso al mismo, pues no tiene su planta a nivel de la calle, sino a 2,20 metros por debajo de la rasante, alcanzando 3,20 metros por encima de la rasante (la altura total del local es de 5,40 metros). En concreto, las obras consisten en la construcción de una entreplanta a nivel de la calle, evitando así el desnivel en el acceso al local y reduciéndose la altura excesiva del techo.

La comunidad de propietarios del edificio donde radica el local comercial interpone demanda contra la entidad mercantil *GIA, S. A.*, solicitando se dicte sentencia en la que se declaren ilegales las obras realizadas en el citado local y se ordene su demolición, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 11 LPH la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración en la estructura afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima, revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Téngase en cuenta que el presente caso se ha resuelto aplicando la redacción originaria de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, antes de su modificación por la Ley 8/1999, de 6 abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 julio, sobre Propiedad Horizontal. (*M. J. P. G.*)

42. Servidumbre por destino del padre de familia.—Se encuentra regulada en el artículo 541 CC y según ha declarado la jurisprudencia (SSTS de 16 de mayo de 1991 y 18 de marzo de 1999, entre otras), la adquisición de esta servidumbre requiere: 1) la existencia de dos fundos cuya propiedad recaiga en una misma persona; 2) signos aparentes de servidumbre de la finca sirviente a la dominante (SSTS de 21 de mayo de 1970 y 3 y 7 de julio y 22 de septiembre de 1983); 3) que esos signos hubieran sido establecidos por el propietario de ambas fincas, y 4) que uno de los fundos sea enajenado por dicho propietario (STS de 30 de octubre de 1959).

Servidumbres forzosas.—La nota característica de este tipo de servidumbres, entre las que se encuentra la servidumbre de paso regulada en el artículo 564

CC, es la «necesidad» de establecerlas (STS de 23 de marzo de 2001). Dicha necesidad ha de ser real, esto es, no ficticia o caprichosa (SSTS de 29 de marzo de 1977 y 13 de junio de 1989). (STS de 20 de diciembre de 2005; ha lugar en parte.)

HECHOS.—*V. T., S. A.* interpuso demanda frente a don *J. T. J.* en la cual ejerció la acción negatoria de servidumbre de paso y solicitó que se condenara al demandado al pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ibiza dictó sentencia desestimando la demanda en todos sus pedimentos y estimando lo que consideró «reconvencción implícita», en virtud de la cual el Juez declaró la existencia de la servidumbre y ordenó la inscripción del mentado derecho real en el Registro de la Propiedad.

Ambas partes interpusieron entonces recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, quien estimó en parte el recurso de la actora y desestimó el de la demandada. La resolución del Tribunal Provincial fue recurrida por el demandado en casación ante el Tribunal Supremo quien declaró haber lugar parcialmente al recurso. (*J. D. S. C.*)

43. Ejecución hipotecaria. Procedimiento judicial sumario. Omisión de trámites y requisitos exigidos por el artículo 131 LH: carácter subsanable.—El Tribunal Supremo afirma que la omisión de los trámites previstos en las reglas 3.^a, 4.^a y 7.^a del artículo 131 LH no afecta a la esencia del procedimiento y no provoca la nulidad absoluta del mismo, sino que son defectos o faltas susceptibles de subsanación. Una vez que se han subsanado los defectos formales, el procedimiento queda convalidado y puede continuar la ejecución, sin que el deudor ejecutado pueda alegar indefensión. (STS de 23 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Las entidades *HF, S. A.* y *B, S. A.*, así como don *C.*, tenían contraídas distintas deudas, tanto en condición de deudores principales como de avalistas, con las entidades financieras *BS, S. A.*, *BPE, S. A.*, y *BEC, S. A.*

Con la finalidad de garantizar las citadas deudas, se constituye hipoteca unilateral mediante escritura pública de 26 de enero de 1993 a favor de las citadas entidades bancarias sobre determinados inmuebles propiedad de los deudores. Se estableció que la deuda dejara de devengar intereses hasta el 1 de diciembre de 1993, fecha en que empezaría a devengar un interés del 13 por 100 y que en dicha fecha, las entidades bancarias, en su condición de acreedores, practicarían, juntas o por separado, la liquidación de las cantidades adeudadas en concepto de principal y por intereses. Practicada la liquidación, la cantidad resultante se abonará en cuatro pagos fraccionados hasta el 1 de noviembre de 1997.

Las entidades bancarias aceptan la hipoteca unilateral mediante escritura pública de 26 de enero de 1993, pero la aceptación se somete a la condición de que la escritura de constitución de la hipoteca se inscriba en el Registro de la Propiedad (la inscripción de la hipoteca se realiza el 7 de diciembre de 1993).

Ante el impago de las cantidades adeudadas, la entidad bancaria *BS, S. A.* inicia el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alcázar de San Juan (Ciudad Real).

La entidad mercantil *HF, S. A.*, y don C. interponen demanda contra las entidades financieras *BS, S. A.* y *BPE, S. A.*, suplicando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH tramitado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alcázar de San Juan (Ciudad Real), pues consideran que no se han producido los requerimientos o notificaciones a los deudores que establecen las reglas 3.ª, 4.ª y 7.ª del artículo 131 LH y que existe falta de liquidez de la deuda que se ejecuta a los efectos de la garantía hipotecaria.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcázar de San Juan (Ciudad Real) desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante don C.

NOTA.—Téngase en cuenta que con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento de ejecución hipotecaria ya no se rige por lo dispuesto en el artículo 131 LH (cuya redacción ha sido modificada), sino por lo establecido en los artículos 571 ss. y 681 ss. de la vigente LEC. (*M. J. P. G.*)

44. Nulidad de procedimiento extrajudicial sumario por inconstitucionalidad sobrevenida.—[...] las predichas sentencias no tuvieron que acudir al planteamiento de una «cuestión de inconstitucionalidad» relativa a normas posteriores a la Constitución Española sino que utilizaron la facultad conferida para acordar su inaplicación de leyes preconstitucionales. En efecto, como dice la STS de 4 de mayo de 1998, «tratándose de leyes preconstitucionales, como la Constitución es ley superior y posterior, los Jueces y Tribunales pueden, si entienden que son contrarias a alguna norma fundamental, inaplicarlas al caso, al considerarlas derogadas, sin que sea necesario promover la “cuestión de inconstitucionalidad”, a diferencia de lo que ocurre con las leyes o normas, con rango de ley, postconstitucionales, cuya legitimidad constitucional monopoliza el Tribunal Constitucional» (SSTC 4/1991, 14/1991 y 109/1993, entre otras). En el caso que examinamos, la única norma con rango de ley concernida es el párrafo segundo del artículo 129 LH (Texto refundido de 8 de febrero de 1946, con fundamento en la Ley de 30 de diciembre de 1944) que, fuera del ejercicio de la «acción hipotecaria», sujetándose al procedimiento judicial sumario que se establece en el artículo 131 de la misma ley, permite, además, que «en la escritura de constitución de la hipoteca» pueda «válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria, el cual será aplicable aún en el caso de que existan terceros, con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento Hipotecario». A diferencia de lo que acontece con el «procedimiento judicial sumario», cuyas reglas capitales de desarrollo procesal, con independencia de las precisiones reglamentarias, se consignan en dos extensos artículos (arts. 131 y 132 LH), el llamado «procedimiento extrajudicial», merced a la deslegalización que autoriza el artículo 129, determina sus secuencias procesales por vía reglamentaria (arts. 234, 235, 236, 236-a), 236-b), 236-f),

236-g), 236-h), 236-i), 236-j), 236-k), 236-l), 236-m), 236-n), 236-ñ), 236-o), aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, con las modificaciones introducidas por Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo), sujetas, por tanto, a la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa, que reconoce el artículo 9 CE». En segundo lugar, tampoco el motivo quinto añade ningún argumento nuevo, pues, se respeta plenamente la función del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución Española, aunque se haga uso de la autorización conferida por las leyes a la jurisdicción ordinaria respecto de las leyes preconstitucionales. (STS de 13 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante reclamó del Juzgado sentencia por la que se declarase la nulidad de las actuaciones de ejecución hipotecaria extrajudicial, posterior adjudicación a la entidad bancaria demandada e inscripciones registrales que hubieran podido causarse. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia sin embargo acogió la apelación de la actora y declaró las nulidades solicitadas. Interpone recurso de casación la entidad bancaria. El Tribunal Supremo lo estima. (R. G. S.)

45. El artículo 40 de la Ley Hipotecaria.—En sus tres últimos párrafos regula una acción de rectificación de asientos inexactos. Esta acción puede ejercitarse desligada de acciones materiales o conjuntamente con ellas.

El primer supuesto sólo cabe en dos casos: 1) cuando existe error o nulidad del asiento correspondiente o, 2) cuando no exista consentimiento o acuerdo unánime de todos los interesados, ni pueda ser rectificado el asiento de oficio por el Registrador.

Si, por el contrario, la acción de rectificación es ejercitada conjuntamente con una acción material, la estimación de aquélla dependerá de la de ésta última. (STS de 15 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—El 28 de noviembre de 1979 se suscribió un documento privado en el que don T. G. S. en su propio nombre y en el de sus hijos don F. J. G. G. y doña S. M. B. G. G. vendió a don J. M. G. R. un determinado piso situado en Madrid. La representación de los hijos de don F. J. G. G. se debió a que la esposa de éste había fallecido meses antes.

Precisamente, el 17 de mayo de 1983 se elevó a escritura pública el cuaderno particional de la herencia y liquidación de la sociedad de gananciales de doña C. G. V., esposa de don F. J. G. G. En dicha partición se adjudicó el piso mencionado anteriormente, a una de las hijas del matrimonio, en concreto a doña S. M. B. G. G., quien inscribió la adquisición en el Registro de la Propiedad.

Más tarde, fue embargado el piso señalado, y mediante el auto de fecha 8 de mayo de 1984 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Zaragoza, se aprobó el remate del piso embargado (entre otras fincas) a favor de las entidades mercantiles *I. A. del Aluminio, S. A. y A. y C., S. A.*

Ambas mercantiles, y con la finalidad de poder inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad, interpusieron una deman-

da contra doña S. M. B. G. G., don T. G. S., don F. J. G. G., don J. M. G. R. En ella, las actoras solicitaban: 1) la elevación a público del contrato celebrado el 28 de noviembre de 1979; 2) la nulidad de la escritura de protocolización del cuaderno particional otorgado el 17 de mayo de 1983, así como la cancelación de la inscripción de dominio que figuraba a favor de doña S. M. B. G. G. en el Registro de la Propiedad y, finalmente, 3) el otorgamiento de la correspondiente escritura pública del mentado piso por parte de don J. M. G. R. a favor de las mercantiles demandantes.

El Juzgado de Primera instancia estimó totalmente la demanda. Las actoras interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de instancia, que fueron estimados por la Audiencia Provincial. Las demandantes interpusieron entonces recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, ante el cual el Tribunal Supremo declaró que había lugar a dicho recurso, en el sentido de confirmar la sentencia dictada en primera instancia. (*J. D. S. C.*)

DERECHO DE FAMILIA

46. Unión de hecho: adquisición de inmuebles a nombre de ambos convivientes: después de la ruptura no puede el varón pedir que se declare su propiedad exclusiva.—Después de diez años de vida en común, habiendo ocurrido el divorcio de un matrimonio anterior del varón, y el nacimiento de una hija común de los convivientes, producida la ruptura de la unión de hecho, no puede el varón pretender que sobre dos inmuebles adquiridos durante la unión, y puestos a nombre de ambos, se declare la propiedad exclusiva del conviviente varón, porque no se infringe la doctrina jurisprudencial del negocio fiduciario, ni tampoco la de la fiducia en general, ni se ha realizado un negocio de *puesta a nombre de otro*, ni se trata de una compraventa relativamente simulada, ni concurre una donación simple del varón a la mujer, ni se dan los requisitos del enriquecimiento sin causa. En realidad la prueba practicada muestra que hubo voluntad de ambos convivientes para establecer una comunidad de bienes con aportaciones de ambos para mantener una familia.

No se prueba la supuesta voluntad de contraer matrimonio que permitiría anular una supuesta donación por falta de celebración.—Aunque existe una declaración documental de los litigantes dirigida al Juez Encargado del Registro Civil, con el fin de contraer matrimonio, escrito de puño y letra por la mujer, tal escrito no fue presentado ante la autoridad encargada del Registro Civil, requisito indispensable para su eficacia, sin el cual no presenta otra naturaleza que la propia de un acto preparatorio o de un borrador, insuficiente por sí mismo para mostrar la firmeza de las declaraciones en él contenidas, lo que obliga a examinar esta prueba documental en relación con los restantes elementos obrantes en los autos. Y algo parecido ocurre con el certificado expedido por el Ayuntamiento solicitado por la mujer para contraer matrimonio, puesto que la petición de una certificación preparatoria para contraer matrimonio no significa por sí misma la existencia de la voluntad de contraerlo, y requiere de un examen conjunto con las restantes pruebas. (**STS de 5 de diciembre de 2005**; no ha lugar.)

NOTA.—En la ya copiosa doctrina jurisprudencial sobre parejas de hecho o uniones libres, la ahora extractada (Pte. Xiol Ríos) ocupará probablemente un lugar destacado por varios motivos: 1º) Discurrir ampliamente sobre buen número de figuras negociales —raras veces invocadas en estos pleitos— en el intento del actor de demostrar que, después de la ruptura, no debía seguir figurando una cotitularidad indivisa de ambos convivientes pues el dinero para pagar el precio de los dos inmuebles lo había aportado exclusivamente él. La sentencia relativamente extensa (22 fundamentos de derecho), se dedica a profundizar en aquéllas para rechazar el recurso. 2º) Hay un intento que se refleja en los autos de aproximación de las partes al matrimonio, no llegada a consumarse, que, sin embargo, puede interesar a los sociólogos. Iniciada la convivencia en 1987, cuando el actor todavía estaba casado con su anterior esposa, en 1991 obtiene el divorcio y ambos convivientes dan algunos pasos para casarse y se produce la primera adquisición inmobiliaria pagada íntegramente por el varón. La segunda adquisición ocurre en 1996, y esta vez el varón tiene que pedir un préstamo para abono parcial del precio, aunque la mujer colabora con algunos pagos accesorios; la intestación se hace también a nombre de ambos, pero ya no se repiten los intentos de casarse. Lo cierto es que, al menos durante los seis últimos años de su vida en común, pudieron haberse casado legalmente, y no lo hicieron. ¿Fue seria su voluntad nupcial? Puede considerarse *obiter* la cita de la STS de 12 de septiembre de 2005 en el FD 17.º, según el cual, después de las Leyes 13 y 15 del 2005 *la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias*. En este caso la pareja parece que llegó a estar decidida a casarse, y realizó actos preparatorios, aunque presumiblemente se presentaron obstáculos, que no figuran en los autos, que les hicieron desistir. Jurídicamente queda en pie respecto de los convivientes, un hecho negativo respecto al matrimonio; pero frente a ellos, y ambas instancias, se ofrecen hechos positivos plenamente probados respecto de la unión de hecho: vida en común durante un decenio con una hija de la pareja, siendo un episodio de aquélla la doble adquisición inmobiliaria. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

47. Partición de herencia. Personas que han de estar presentes.—La constitución de la relación jurídico procesal se realiza en atención a las personas que necesariamente deben estar presentes en el juicio, conforme al artículo 1055 LEC (de 1881), y no en base a la titularidad de los bienes que integran la partición, como argumenta la demandante, ya que una cosa es que todos ellos deban intervenir en las operaciones particionales llevadas a cabo y otra distinta que deban estar aquellos que no menciona la norma, entre los que se encuentran los titulares de los bienes que integraron el inventario y que da lugar a consecuencias jurídicas distintas, por referirse a personas y bienes ajenos a la partición llevada a cabo.

Igualdad en los lotes de la partición. Interpretación del artículo 1061 CC.—El artículo 1061 CC establece la igualdad, en el supuesto de que sea

posible, en la realización de los lotes, lo que ha sido interpretado por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que la partición ha de estar presidida por un criterio de estricta equidad (SSTS de 30 de enero de 1951, 14 de diciembre de 1957 y 25 de marzo de 1995) y de observancia de una equitativa ponderación (SSTS de 25 de marzo de 1995), respetando la posible igualdad, determinada por las circunstancias de cada caso (SSTS de 8 de febrero de 1974, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 1998); que no se trata de una igualdad matemática o absoluta (SSTS de 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980 y 14 de julio de 1990), teniendo la norma un carácter orientativo u orientador (SSTS de 30 de noviembre de 1974 y 7 de enero de 1991), de índole más facultativa que imperativa (SSTS de 30 de noviembre de 1974, 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 14 de julio de 1990, 28 de mayo de 1992 y 15 de marzo de 1995); y se ha sentado que la infravaloración de los bienes no vulnera el artículo 1061 CC cuando la valoración por bajo de su valor se aplica con el mismo baremo a todos los bienes (SSTS de 21 de abril de 1966 y 7 de enero de 1991). En cambio, cuando no se respeta el criterio igualitario concurre una causa de nulidad, debido a que supone la vulneración de lo preceptuado en la Ley (STS de 25 noviembre de 2004).

En caso de herencias sucesivas, ha de dividirse la primera antes de la partición de la segunda, so pena de nulidad de esa partición.—Una cosa es que el contador partidor hiciera dos inventarios, uno de bienes ciertos y determinados de los causantes y otro de los bienes de causantes distintos, y otra diferente que lo hiciera sin liquidar la sociedad de gananciales y sin citar a los demás herederos procedentes de la primera herencia, ya que los autos de testamentaría se refieren exclusivamente a los bienes correspondientes directamente a los segundos causantes. Se está en el caso de una partición de hecho, que no de derecho, de dos herencias distintas, puesto que los bienes integrantes de la primera, según el orden cronológico de los fallecimientos de los referidos causantes, debieron ser divididos entre sus herederos, con adjudicaciones concretas de los bienes de dicho caudal en pago de sus respectivas cuotas hereditarias, para seguidamente hacer lo propio con la herencia de los segundos causantes, cuyo haber hereditario ha de estar integrado no sólo por sus bienes propios o privativos y gananciales, sino también por aquellos otros que se les debían haber adjudicado en los bienes de la primera. No ha actuado correctamente el contador partidor al no haber realizado división alguna de bienes, ni adjudicación de los mismos, entre los herederos de la primera herencia, a quienes no ha citado, sino que englobándolos todos ellos con los de la segunda, los divide como si de un patrimonio único se tratara, sin disolver el régimen económico matrimonial de los causantes, a fin de conocer los bienes. Se ha infringido por tanto el artículo 1061 CC, ya que sin esta previa determinación entre los interesados en la herencia, pueden resultar perjudicados los derechos de la demandante a través de la adjudicación realizada a su favor. (STS de 2 de noviembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—En el juicio voluntario de testamentaría sobre la herencia de sus padres don M. M. y doña E. P. R. A., doña A. M. R. interpuso demanda incidental contra sus hermanos don P. M. R., don M. M. R. y doña S. M. R., solicitando se declarara nulo de pleno derecho el cuaderno particional realizado por el contador partidor en base a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido citados en el juicio de testamentaría los hijos y herederos de

M. R. M. y N. A. C. (E. P., M. M. y M. R. A., y P. R. M. y F. A.) o sus representantes legales, o subsidiariamente, la exclusión de dicho cuaderno particional de determinados bienes por pertenecer a las herencias indivisas de M. R. M. y N. A. C., padres entre otros de E. P. R. A.; la rescisión de la partición realizada por lesión en su haber en más de la cuarta parte; y alegando asimismo la infracción de lo establecido en el artículo 1061 CC.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando nulo el cuaderno particional y ordenando al contador partidor practicar de nuevo las correspondientes operaciones particionales de las herencias de los causantes. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda incidental interpuesta. Finalmente, doña A. M. R. recurre en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo, que confirma íntegramente la sentencia de primera instancia.

NOTA.—El artículo 1055 de la LEC de 1881, sobre el que se decide uno de los motivos del recurso, se corresponde con el artículo 783 de la vigente de 2000. (F. J. J. M.)

48. Partición hereditaria: sucesión abintestato entre hermanos: laudo aceptado para resolver diferencias: adiciones por error en valoración: deslinde: inviabilidad por carencia de utilidad y falta de legitimación.—La viabilidad de la acción de deslinde depende de la existencia de un estado de confusión de linderos, en los términos que ha venido precisando una copiosa jurisprudencia que ha sido recogida por STS de 26 de julio de 2003, con muchos precedentes, en la que se dice que el deslinde procede *cuando los límites de los terrenos están confundidos de forma tal que no se puede tener conocimiento exacto de la línea perimetral de la propiedad ni de su extensión*. En consecuencia, no es viable cuando los inmuebles están perfectamente identificados y delimitados, ni cuando afecta a fincas que no están en linde incierta y discutida.

Aplicación de los artículos 1074 y 1079 CC.—Es cierto que el Código civil carece de una regulación específica sobre nulidad de las particiones, fuera del singular precepto del artículo 1081, y que se han entendido aplicables a la materia las normas sobre nulidad de los negocios jurídicos y, principalmente, de los negocios contractuales, pero teniendo presente que la nulidad sólo se originará si existe carencia o vicio sustancial de los requisitos esenciales del acto, aceptando la jurisprudencia como casos de nulidad —además del artículo 1081—, la falta de consentimiento de la persona designada para realizar la partición, la inclusión de bienes no pertenecientes al causante, la invalidez del testamento, la infracción de prescripciones legales imperativas, además del error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de bienes, o haber omitido cosas importantes y no computar determinados inmuebles. Este tratamiento restrictivo de la invalidez impone resolver las atribuciones mal valoradas por vía de rescisión, y las omisiones de bienes o valores por el camino de la adición o complemento de la partición. El artículo 1079 significa una excepción a la regla que impone la rescisión por lesión, y su tenor conduce a su interpretación literalista, en el sentido de que está refiriéndose a la omisión que, en su caso, se padezca en la correspondiente partida de la partición recayente en alguna de las dos realidades que aparecen diferenciadas, a saber, objetos mate-

riales o corpóreos y valores o títulos o derechos de indiscutible naturaleza inmaterial, con independencia de la valoración del bien. En el presente caso no estamos ante un conflicto subsumible en el artículo 1079 CC, ya que no hay omisión, sino adjudicación de la finca, que entra a formar parte de un lote bajo la aprobación de los interesados, quienes tenían a su disposición la inscripción registral en que se detallaba la superficie.

Error relevante de los arbitradores.—El error relevante, como tiene establecida la jurisprudencia de esta Sala, ha de ser sustancial y reconocible, correspondiendo la prueba a quien lo alega, y además ha de ser excusable, es decir, no imputable al que lo padece y que no haya podido ser evitado mediante el empleo de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas. El error no merece protección cuando estamos ante una información accesible y ante una inexplicable aceptación de los lotes que se formaron, si no se comprendía en ella la finca que ahora se reclama. En efecto, el error en que eventualmente se encontraron los arbitradores no ha podido ser determinante, toda vez que adjudican la finca discutida dentro del lote, los interesados aprueban la formación de tales lotes, con renuncia a plantear recursos sobre el laudo, y acto seguido se pasa al sorteo que definitivamente atribuye uno u otro lote, creando una situación de hecho que se trata de cambiar a partir de la demanda, interpuesta trece años después de la adjudicación por sorteo y nueve después del acta notarial de rectificación de 1983. Es cierto que la acción dirigida a completar o adicionar la partición no había prescrito, si fuera la procedente, pero no lo es menos que hay razones más que sobradas para sostener que el error que pudo haberse producido es, ante todo, imputable a los coherederos, por cuya razón no parece que pueda aceptarse su excusabilidad.

Responsabilidad del Notario por otorgar acta al objeto de subsanar error anterior a instancia del heredero perjudicado: infracción del artículo 153 RN.—En el acto de la vista se insistió en que la actuación incorrecta del señor Notario, ya fallecido, consistió en que aceptó que la simple declaración unilateral del adjudicatario del lote A incorporara las diez hectáreas que no habían sido tenidas en cuenta, con infracción del artículo 153 RN. Pero el motivo no puede prosperar sobre la aplicación de un precepto reglamentario, a menos que su razón de ser radique en el desarrollo de una norma legal sustantiva; pero aquí no se invoca como norma infringida, sino como norma que fija el parámetro de una actuación correcta, que define lo que se ha llamado *lex artis*. El señor Notario demandado entendió que uno de los coherederos era la parte que había sufrido la omisión de la constancia de extensión y linderos de la finca, que impedía su inscripción (art. 9, regla 1ª LH) y, puesto que la partición se había consumado adjudicando los lotes que, determinados por los arbitradores, habían aprobado los propios interesados, procedió a extender el acta de rectificación en lo relativo a indicaciones que eran necesarias para inscribir, pero que ya constaban en el Registro. El acta *no incorporó* la parcela de tierra al lote que había sido adjudicado al solicitante, ni añadió nada que no estuviera en el Registro, salvo la actualización de los linderos y la expresión de la superficie según el sistema métrico decimal. Si algo hubiera que reprochar al Notario fue la omisión original de estos datos luego rectificadas, aunque estaban en el Registro; incluso entendiendo que el desequilibrio de las adjudicaciones ha de considerarse como un daño resarcible, se presentan difíciles cuestiones para imputárselo al Notario demandado. La eventual negligencia consistente en la omisión de la superficie de la *gleva de tierra* no genera por sí misma el desequilibrio indicado, y la aprobación de los lotes por los interesados vendría a suscitar una cuestión aguda de imputación

que aquí sería el criterio de la *causalidad adecuada*, combinado con el criterio de exclusión que se denomina *consentimiento de la víctima*. En consecuencia entendemos que no procede declarar la responsabilidad del Notario. (STS de 12 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—Pleito que se arrastra, desde hace al menos un cuarto de siglo, entre dos hermanos por la herencia abintestato de su madre, estando implicado el Notario interviniente, y hoy sus herederos. En determinado momento los dos herederos aceptan el laudo de arbitradores que sirve de base a los lotes que permitirán formalizar la partición notarial, aceptada por ambos coherederos. Pero no acaban los conflictos porque uno de ellos no puede inscribir su lote por falta de datos relativos a una de las fincas adjudicadas, la núm. 29 que lo fue sin indicar la superficie de una *gleva de tierra aneja* (9 has, 94 a.), lo que hizo surgir la duda de si la partición incluía o excluía dicho anexo. Mientras tanto el Notario entendió que se omitió por error, ya que en el Registro aparecía correctamente deslindada, y otorgó una escritura de rectificación con el heredero que consideró perjudicado. Sentencia minuciosa que logra aclarar cuestiones que se presentan como intrincadas (Pte. Montés Penadés), y que viene a confirmar la sentencia recurrida aunque discrepando de algunos de sus razonamientos. (G. G. C.)

49. Albacea contador-partidor: partición realizada después de un año de conocer su nombramiento: *dies a quo* para determinar el plazo.—La sentencia de primera instancia, de manera sencilla y clara, constató dos hechos, en base al escrito de contestación a la demanda: 1º) Que el albacea se nombró a sí mismo como tal en la minuta del testamento que realizó para la testadora y que fue recogida en aquel documento notarial, todo ello por la confianza que la testadora tenía con el albacea como abogado suyo; 2º) Que el mismo asistió al entierro de la testadora, efectuado el 3 de julio de 1995. Esta Sala ha de ratificar la existencia de aquellos dos hechos descritos, que la obligan también a fundamentar su decisión en el artículo 898 CC. Dado que la testadora no señaló plazo alguno al albacea para la realización del encargo, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 904 CC, y fijarse el plazo en un año desde la aceptación del cargo; esta aceptación se produjo, de acuerdo con el artículo 898 CC, a los seis días siguientes al 3 de julio de 1995; y como en aquellos seis días no se produjo ninguna manifestación de voluntad contraria a la aceptación del cargo, ha de entenderse aceptado (STS de 20 de febrero de 1993). En este caso el albacea ha entendido que el plazo no cuenta sino desde que conoce que su nombramiento era firme por no existir ningún testamento posterior. Pero el artículo 898 prevé el caso de que el nombramiento le fuese conocido antes de la muerte del testador, que por definición no es firme, luego el albacea no ha de esperar a que ello se confirme, y ha de aceptar o repudiar dentro de los seis días siguientes a su muerte. Por todo ello debe estimarse que la partición practicada por el albacea contador-partidor y protocolizada notarialmente el 27 de agosto de 1997, se realizó fuera del plazo legal de un año, por lo que es nula como hecho por persona sin legitimación. Al coincidir esta declaración con el fallo de la sentencia recurrida, que, a su vez, confirmaba la de primera instancia, estimatoria de la demanda, no ha lugar a casarlo, sino a mantenerlo con otros fundamentos jurídicos.

Una sentencia del Tribunal Supremo en contra no forma jurisprudencia: análisis de LA STS de 23 de noviembre de 1974.—En esta última sentencia se dice que la legal actuación del contador comienza *después de que ocurra el fallecimiento del testador y se compruebe que tal designación no ha sido revocada por testamento posterior*. Pero aparte de que una sola sentencia no constituye doctrina jurisprudencial porque no es *reiterada* (art. 1.6 CC), lo dicho en ella no es más que un *obiter dicta*, pero no la *ratio decidendi* de aquel litigio. Aceptar la interpretación de esta sentencia supondría introducir un requisito (la confirmación de la designación) que los artículos 898 y 904 no contienen, y que dejaría la puerta abierta a la litigiosidad en cuanto al término en que haya de cumplirse. Cabe invocar la STS de 1 de junio de 1926 en la que, en testamento notarial abierto, se había nombrado albacea a uno de los testigos instrumentales, y la sentencia computó el plazo desde el día siguiente a la muerte del testador. (STS de 28 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—En realidad el recurso interpuesto por el albacea y otros ha venido, en cierto modo, a transformarse en *recurso en interés de la ley*, ya que las sentencias concordantes de instancia son confirmadas, aunque por otras razones jurídicas. El *thema decidendi* no se trata en los Manuales de Derecho sucesorio, y sólo de pasada en los tratamientos monográficos. Albadalejo *Comentarios al CC etc*, XII-2º, (Madrid 1979) p. 102 s. dice que, ante el artículo 898 CC, estamos en presencia de un caso de adquisición *ex lege* del cargo, lo cual no choca con la declaración legal de ser *voluntario* el albaceazgo, porque siempre el llamado pudo haber repudiado, de forma que en última instancia depende de su voluntad el que se le atribuya el cargo. Pero, en definitiva, critica al legislador ya que para que el silencio valiese como declaración de voluntad sería preciso admitir la prueba en contrario, cosa que aquí no ocurre. Opinión que, en parecidos términos, comparte Puig Ferriol *Comentarios Min. Justicia* I, p. 2187, pues el silencio por parte del designado no es la mejor forma de comportarse frente a un cargo de confianza. Sin embargo ninguno de estos autores discrepa de la lectura que se deduce de la segunda parte de dicho precepto, cuyas últimas consecuencias extrae la sentencia anotada (Pte. Gullón Ballesteros). Por su parte Albaladejo menciona, sin más, en nota la *sentencia discrepante* y cita a Borrell y Soler, para quien la certeza de haber sido nombrado definitivamente albacea no la podrá adquirir hasta que pueda examinar el testamento que resulte ser el último otorgado según la certificación del Registro de Últimas Voluntades, lo cual exige un plazo mayor que el de seis días. Con todo apostilla aquel autor que, en ciertos casos, debe presumirse, en principio, que el albacea conocía su nombramiento, por ejemplo: el Notario ante el que se otorgó el testamento abierto, o el testigo del mismo, o quien, a ruego del testador, escribió el cerrado (*loc. cit.*, p. 103, nota 14 *bis*), hipótesis análogas al aquí contemplado. (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

50. Agotamiento internacional del derecho sobre la marca y protección de la libertad de empresa.—La libertad de empresa se identifica con el derecho subjetivo a acometer y desarrollar actividades económicas, así como

con un principio de ordenación económica en virtud del cual corresponde a los empresarios decidir los objetivos de su empresa y llevar a cabo la correspondiente planificación. Los poderes públicos tienen el deber de garantizar y proteger el ejercicio de esa libertad incluso evitando prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo para la economía de mercado como es la libre competencia.

Sin embargo, no se trata de un derecho ilimitado. No sólo porque su protección se produce dentro del marco de la economía de mercado, sino también porque la existencia de límites resulta de la literalidad del propio artículo 38 y de otros preceptos constitucionales como los que permiten la intervención del Estado a fin de mantener las condiciones que precisen el correcto funcionamiento de la actividad económica y el respeto a los intereses que concurren en ella.

Además, la Directiva 89/104/CEE no deja a los Estados miembros otra alternativa en materia de agotamiento internacional, de tal modo que la negación del mismo y las consecuencias que de ello se deriven deben entenderse incluidas en la previsión del artículo 30 del Tratado CE, que permite, con ciertos condicionantes la imposición de prohibiciones o restricciones cuantitativas a la importación justificadas por la protección de la propiedad industrial.

Derecho del titular sobre la marca y función social de la propiedad.—El derecho del titular sobre la marca, entendido como señorío más amplio sobre dicho bien inmaterial, constituye una modalidad de propiedad especial sometido como tal al régimen de aquel derecho real contenido en la Constitución.

La función social de la propiedad, que configura el contenido del derecho como un haz de facultades y, al mismo tiempo, un conjunto de deberes, tiene múltiples condicionantes, que el TJCE tuvo en cuenta en la sentencia de 16 de julio de 1998 (*Silhouette Internacional Schmied GmbH&Co.KG*, C-355, 36) al declarar que las autoridades comunitarias competentes siempre podrán ampliar, mediante la celebración de acuerdos internacionales en la materia, el agotamiento de la marca. Estos condicionantes se proyectan en limitaciones que han de ser impuestas por las leyes cuya interpretación debe efectuarse de conformidad con el derecho comunitario.

Derecho exclusivo del titular de la marca a utilizarla en el tráfico económico e importación del producto.—La importación a la que el titular de la marca puede oponerse, en cuanto implica un uso de la misma en el tráfico económico, supone la entrada del producto en la comunidad con el objetivo de su comercialización en ella. Y tal actividad constituye una intromisión en la esfera exclusiva del titular, antijurídica según la legislación española vigente en el momento en que se produjeron los hechos (Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas).

Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, de 15 de abril de 1994 y agotamiento de la marca en el Espacio Económico Europeo.—Su artículo 6 reconoce la plena libertad a las legislaciones de los miembros de la Organización Mundial del Comercio para admitir o excluir el agotamiento de los derechos sobre los títulos por ellos reconocidos. Los artículos 3.1. y 4 sancionan los principios de trato nacional y trato de nación más favorecida que no resultan infringidos con la admisión en el seno de toda la Comunidad Europea de un agotamiento referido sólo al ámbito del Espacio Económico Europeo.

Directiva 89/104/CEE, de 21 de diciembre de 1988. Agotamiento de la marca. Sólo cuando se ha consentido la comercialización del producto

dentro del Espacio Económico Europeo.—Los preceptos de esta Directiva sobre el agotamiento no pueden interpretarse en el sentido de que los Estados Miembros puedan prever en sus Ordenamientos nacionales un agotamiento respecto de productos comercializados en terceros países. Sólo así se puede alcanzar plenamente la finalidad de la Directiva consistente en salvaguardar el funcionamiento del mercado interior. De la disparidad normativa sobre el agotamiento se derivarían obstáculos insalvables para la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios (STJCE de 16 de julio de 1998).

El artículo 7.1 de la Directiva circunscribe el agotamiento del derecho sobre la marca a los supuestos en que los productos hubieran sido comercializados por primera vez en el Espacio Económico Europeo. De modo que no agota el derecho del titular a controlar la primera comercialización dentro de dicho espacio una comercialización de los productos fuera de tal ámbito territorial (SSTJCE de 20 de noviembre de 2001, *Zino Davidoff, S.A.* y otros asuntos acumulados C-414 a 416/99, 33; 8 de abril de 2003, *Van Doren+Q.GmbH*, C-244/00, 26 y 26 de mayo de 2005, *Class Internacional BV*, C-405/03, 33). Por esta razón, puede el titular prohibir la utilización de la marca con arreglo al derecho que le confiere la Directiva, independientemente de que hubiera prestado su consentimiento a la comercialización en el mercado nacional de otros productos iguales o similares a aquellos respecto de los cuales se invoca el agotamiento (STJCE de 1 de julio de 1999, *Sebazo Inc.*, C-173/98, 19 y 21).

Requerimiento del artículo 37 Ley 32/1988.—En virtud de este precepto, para que el titular de la marca pudiera exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados debía advertir fehacientemente acerca de la existencia de ésta, convenientemente identificada y de su violación, con el requerimiento de que se cesase. El requerimiento también es eficaz cuando, habiendo llegado a la esfera de influencia de su destinatario en circunstancias tales que lo normal es que hubiera conocido su contenido, no lo conoce por causa sólo a él imputable. (STS de 20 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—D. fue demandado por R. I. L. por haber importado desde Méjico, sin su consentimiento, productos auténticos designados con las marcas españolas de que era titular la demandante, en su mayoría vendidos después por aquél en España y Portugal. La actora emitió por vía notarial una carta de requerimiento de cese al demandado, carta que llegó a una de las direcciones que en algunos documentos constan como del destinatario sin que el mismo hubiera prestado la necesaria cooperación para conocer su contenido.

La actora pretendía en la demanda la declaración de su derecho a la primera comercialización de los productos en el Espacio Económico Europeo y, por ello, la declaración de que la importación paralela había infringido sus facultades de exclusiva. También pretendió la condena del infractor a la indemnización de daños.

En primera instancia se desestima la demanda, siendo estimado el recurso de apelación interpuesto por la actora.

NOTA.—La Ley 32/1988 de Marcas ha sido derogada por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, que contempla el agotamiento del derecho de marca en el artículo 36 y el requerimiento como presupuesto para el nacimiento de la obligación de la indemnización de daños y perjuicios en el artículo 42. (B. F. G.)

51. Negocio de farmacia: elementos y tratamiento jurídico.—En el negocio de farmacia hay que distinguir, dice la S de 14 de mayo de 2003, dos facetas: La primera viene determinada en el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, cuando en él se dice que la oficina de farmacia tiene unos elementos no patrimoniales respecto de los cuales el traspaso y autorización administrativa, están regulados por dicho Decreto que desarrolla la base decimosexta de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional. Pues bien, en dicho Real Decreto se establece con carácter taxativo que «sólo los farmacéuticos, individual o asociados en las formas que se autoricen, podrán ser los propietarios de las oficinas de farmacia». Al igual que la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, que en su artículo 103, define las oficinas de farmacia abiertas al público como establecimientos sanitarios y prescribe en su párrafo cuarto que sólo los farmacéuticos podrán ser titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público. Todo ello aparece concretado en la sentencia de esta Sala de 17 de octubre de 1987, que dice que el Real Decreto 909/1998 es una «norma puramente administrativa sin posible incidencia en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacia».

La segunda faceta está constituida por la denominada base económica de la farmacia, que comprende el local de negocio en el que se asienta físicamente, las existencias, la clientela, el derecho de traspaso y demás elementos físicos económicos que configuran la actividad negocial de la farmacia.

Esta distinción es constante en la jurisprudencia de esta Sala que somete la base económica de la farmacia a las normas de Derecho privado sin incidencia alguna en ellas de las normas administrativas que regulan el elemento no patrimonial de la oficina de farmacia.

Objeto del contrato de sociedad.—La segunda cuestión que ha de ser precisada se refiere al objeto de la sociedad constituida entre recurrente y recurrido en el documento privado de 2 de julio de 1984. De acuerdo con el artículo 116 CCO las aportaciones de los socios al fondo común de la sociedad que se constituye puede consistir en «bienes, industria o alguna de estas cosas», de ahí que, como reconoce la doctrina, cabe la posibilidad legal de una sociedad colectiva en que no exista fondo social, sino tan sólo comunidad de trabajo, liquidándose a fin de año las ganancias y las pérdidas. En iguales términos se pronuncia el artículo 1665 CC, contemplándose en el artículo 1675 la llamada sociedad universal de ganancias comprensiva de todo lo que adquieran los socios por su industria o trabajo mientras dure la sociedad.

Este no es el caso de la sociedad constituida en el documento de 2 de julio de 1984 en que los contratantes se comprometen a satisfacer los gastos de instalación y explotación de la oficina de farmacia (mobiliario, material fungible e inventariable, medicamentos, etc.) al 50 por 100 por cada uno de los copropietarios; es decir, se crea un fondo social y no la simple aportación de trabajo o industria.

Normas legales a que ha de sujetarse la liquidación del haber social.—Sentado así cual es el objeto de la sociedad constituida por el repetido contrato de 2 de julio de 1984, la oficina de farmacia como empresa mercantil, es decir, la «base económica de la farmacia» en los términos descritos en la S de 14 de mayo de 2003, sobre la cual han de versar las operaciones liquidatorias subsiguientes a la disolución del vínculo societario, han de señalarse cuales son las normas legales a que ha de sujetarse la liquidación del haber social.

Calificada la sociedad que ligaba a recurrente y recurrido como sociedad mercantil, aunque irregular, han de observarse en la liquidación y división del haber social las normas establecidas en el Código de comercio, como establece su artículo 227 y así lo declara la S de esta Sala de 29 de septiembre de 1992.

De acuerdo con el artículo 229 CCO, estando como estamos ante una sociedad colectiva irregular en que las funciones de administrador han venido siendo desempeñadas por el señor B. C., éste ha de continuar encargado de la liquidación, ajustándose en su función liquidadora a las normas del Código de comercio.

Abierta la vía judicial para la ejecución de la sentencia de esta Sala de 27 de enero de 1997, el cauce procesal a seguir para llevar a efecto la liquidación de la sociedad será el establecido en el artículo 946 LEC para la determinación del haber social, siempre de acuerdo, se reitera, con las normas del Código de comercio (arts. 227 ss.); una vez establecido el haber social, su distribución entre los socios, a falta de acuerdo entre ellos, seguirá las normas establecidas para la división de la cosa común en el artículo 404 CC.

Efectos de la disolución de una sociedad mercantil: diferencia entre liquidación y extinción de la sociedad.—El efecto fundamental de la disolución es la apertura del período de liquidación; la extinción de la sociedad se produce, normalmente, terminado el período liquidatorio y de distribución del haber social, es decir, continúa existiendo la sociedad en fase de liquidación, liquidación que dado el carácter mercantil de la sociedad constituida entre los litigantes, ha de regirse por lo previsto en los artículos 222 y siguientes CCO, como establece la S de 29 de septiembre de 1992. Las operaciones liquidatorias no pueden limitarse al momento en que se produjo la liquidación de la sociedad por renuncia del señor B. C.; así lo manifiesta la S de 1 de mayo de 1950 según la cual: «El recurso de casación interpuesto contra dicha resolución contiene un único motivo con el soporte procesal del número 1.º del artículo 1692 de la LEC, por suponer infringidos diferentes artículos referentes al contrato de sociedad en los Códigos civil y de comercio, singularmente el 228 de este último, por entender que, disuelta la sociedad, aun dados como probados los hechos que se citan, no es posible atribuir a los demás socios los beneficios que les correspondían en los negocios emprendidos por el demandado con el capital y los medios de la sociedad, como si ésta no estuviera disuelta.

Si bien es verdad que a tenor literal del citado artículo, que estatuye que desde el momento en que la sociedad se declara en liquidación cesará la representación de los socios administradores para hacer nuevos contratos, quedando limitadas sus facultades en calidad de liquidadores a percibir los créditos de la compañía, a extinguir las obligaciones contraídas de antemano, según vayan venciendo, y a realizar las operaciones pendientes, precepto de aplicación por analogía a las sociedades irregulares, y que las dos sentencias que se invocan, tanto en la sentencia de instancia como en el recurso, de 2 de enero de 1940 y 14 de febrero de 1945, se refieren a operaciones iniciadas con anterioridad a la disolución de la sociedad, no es menos cierto que tanto aquel precepto como esta jurisprudencia son perfectamente aplicables al caso debatido para determinar el abono a los socios de los beneficios concedidos por aquellas operaciones realizadas por el que pudiera denominarse socio liquidador con los medios, el crédito y la organización de la sociedad o comuni-

dad, porque, aparte de que existen méritos para estimar una especie de prolongación de la sociedad, no obstante el acuerdo de disolución, lo contrario equivaldría a sancionar el fraude comercial y a consagrar un enriquecimiento injusto a favor de quien indebidamente dispuso de los medios sociales para nuevos negocios, a pesar de la disolución conocida, pretendiendo atribuirse la totalidad de los beneficios logrados, posición contraria a los más elementales principios de la ética contractual, y que por ello los Tribunales no pueden amparar».

En el mismo sentido, dice la S de 4 de julio de 1959: «Siendo indiscutible que en principio tal liquidación presupone su realización con efecto retroactivo al momento del fallecimiento del socio, determinante de la disolución de la sociedad, pero sin embargo, ello es en base de que, en efecto y como parece natural, las operaciones divisorias se produzcan rápidamente y obtengan un positivo resultado, logrando su inmediata efectividad; pero cuando ello no es así, cuando –por los motivos que fueren– se demora la liquidación y surgen dificultades y complicaciones, y lo que debió de ser rápido finiquito de las operaciones pendientes se transforma en una semiestable e indefinida prolongación de las actividades sociales, conllevada, si no provocada por ambas partes, sin protesta eficaz y adecuada actuación en contrario, entonces claro es que no puede hablarse de esa estricta retroacción de la liquidación al momento del fallecimiento del socio, con olvido y dejando al margen toda esa posterior actuación, puesto que de hecho se ha producido una implícita prolongación de la sociedad, a tales efectos liquidatorios, porque en definitiva, no habiendo liquidado el negocio en su día, cual era pertinente, al continuar aquél en su marcha vino a operarse una especie de comunidad de bienes entre los existentes en aquel momento y los que luego se han producido, merced a esa actuación de facto derivada del proceder de las partes, situación que se mantiene y perdura ínterin no ponga término a ella la adecuada liquidación, bien practicada particularmente, por acuerdo entre las partes, bien por resolución judicial instada por ellas, pero subsistiendo, como queda dicho, entretanto y a los efectos indicados, la pervivencia de la sociedad, pues como tiene declarado esta Sala, entre otras, en S de 2 de enero de 1940, la disolución de una sociedad no equivale a su extinción inmediata, sino que determina el comienzo de un período de liquidación durante el cual la entidad social sigue existiendo como persona jurídica, con su patrimonio, ínterin no terminen las operaciones liquidatorias en beneficio de todos los en ella interesados, doctrina que se reitera en la de 14 de febrero de 1954, en el sentido de mantener la subsistencia de la sociedad, cuya disolución no se produce *ipso iure*, sino que para llegar a su extinción precisa su previa liquidación con determinación del haber partible, lo que implica su duración mientras subsista tal fase», citando a continuación esta sentencia la antes transcrita de 1 de mayo de 1950.

De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial el motivo ha de ser desestimado en cuanto que la liquidación de la sociedad irregular constituida entre recurrente y recurrida ha de comprender todas las operaciones realizadas por el recurrente como administrador de facto de la sociedad mientras subsista la sociedad; esta solución no supone una *reformatio in peius* de la solución recurrida habida cuenta que es principio esencial el de que las sentencias han de ser ejecutadas en sus propios términos y lo que acordó la sentencia de esta Sala de 21 de enero de 1997 fue la liquidación en ejecución de sentencia de la sociedad constituida en documento privado de 2 de julio de 1984, sin que exista razón alguna para limitar esas operaciones liquidadoras en los términos

que se establecen en el auto de primera instancia confirmado por la Audiencia ni las pretendidas por el recurrente. (STS de 21 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—El actor solicitó del Juzgado condenase al demandado a rendir cuentas de la gestión relativa a la instalación y explotación de una oficina de farmacia y a entregarle el 50 por 100 de los beneficios generados desde su puesta en marcha. El demandado reconvino pidiendo se declarase su derecho a la disolución y posterior liquidación —en la fase de ejecución de sentencia— de la sociedad civil que ambos litigantes habían establecido en documento privado. El Juzgado estimó la demanda y su sentencia fue confirmada por la Audiencia. El demandado interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo lo estimó acogiendo la reconvención. El demandante en la instancia interesó entonces del Juzgado se requiriese al reconviniente para que presentase la liquidación de la sociedad. Una providencia del Juzgado especificando que las normas que regían la ejecución de la sentencia eran las relativas a la partición de herencia, dio paso a un nuevo escrito en el que el actor solicitaba la práctica de inventario seguida de la tramitación correspondiente. El Juzgado dictó una segunda providencia teniendo por instada la ejecución de sentencia y señalando el momento de la práctica del inventario. Contra la providencia interpuso el demandado recurso de reposición solicitando se declarase no haber lugar a la formación de inventario sino a la rendición de cuentas y, en todo caso, sólo respecto al tiempo que estuvo vigente el contrato de sociedad. Parcialmente estimado el recurso, se señaló día y hora para la práctica del inventario. Sin embargo el auto estimatorio fue recurrido en apelación sin que la Audiencia Provincial la acogiese. Contra este último auto, que desestima la apelación, interpone el demandado recurso de casación, disconforme fundamentalmente con la existencia en el negocio de un fondo social que fuese necesario inventariar y dividir. El Tribunal Supremo acoge el recurso, casa y anula el auto y ordena, por fin, seguir la ejecución conforme a las pautas que señala en su sentencia. (R. G. S.)

52. Sociedad anónima. Prejudicialidad.—La prosperabilidad de la acción de responsabilidad individual de los administradores como consecuencia de una deuda impagada por la sociedad no exige la previa condena de la sociedad al pago de la deuda.

Acción individual de responsabilidad de los administradores.— Concurren los requisitos para su prosperabilidad (art. 135 LSA): 1) un comportamiento, cuando menos omisivo, contrario a la ley y sin la diligencia de un ordenado comerciante, 2) que cause una lesión concreta a los intereses de un tercero (acreedor de la sociedad), 3) existiendo una relación causal directa entre tal comportamiento y el daño. (SSTS de 27 de octubre y 7 de diciembre de 2004, 25 de abril, 26 de mayo y 20 de junio de 2005).

Responsabilidad solidaria por obligaciones sociales (arts. 260.1.4.º y 262.1 y 5 LSA).—Cierre irregular de la sociedad incurra en causa de disolución (cese de la actividad, abandono de la sede social, ausencia de patrimonio para hacer frente a la deuda, enajenación de los bienes inmuebles sin seguir

un procedimiento legal de liquidación y sin atender a las obligaciones contraídas por la sociedad), lo que convierte a los administradores en responsables solidarios por las obligaciones de la sociedad (SSTS de 16 de diciembre de 2004, 23 de septiembre y 17 de octubre de 2005). (**STS de 30 de noviembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *I. E., S. A.* libra el 15 de octubre de 1995 un pagaré a favor de don A. en pago de una deuda. El pagaré resulta impagado y la sociedad desaparece de forma irregular. Don A. interpone un juicio cambiario contra la sociedad intentando el pago del efecto y, con posterioridad, el 10 de enero de 1996, interpone de forma paralela demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra la sociedad *I. E., S. A.*, don C., don M., don J. M. S. F. y don J. M. S. R., en su calidad de administradores sociales, solicitando la condena de los demandados solidariamente al pago de 26.452.629 pesetas más los intereses legales y las costas. La sociedad es declarada en rebeldía y el día 10 de junio de 1997 el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valencia absuelve a los demandados, imponiendo las costas a la parte actora. Don A. apela contra la sentencia ante la Audiencia Provincial de Valencia, que con fecha 9 de enero de 1999 estima parcialmente el recurso, condenando solidariamente a los administradores de la sociedad (y a la esposa de uno de ellos a efectos del art. 144 RH) al pago de la cantidad solicitada, más las costas de la primera instancia, sin realizar pronunciamiento expreso sobre las costas en la apelación. Respecto de la sociedad *I. E., S. A.* la Audiencia Provincial acoge, al igual que el juzgador en primera instancia, la excepción de litispendencia. Don M. interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, entre otros, por infracción de los artículos 127, 133, 134 y 135 LSA en relación con los artículos 260 y 262 de la misma Ley. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Debe tenerse en cuenta que los artículos 127 y 133 LSA han sido modificados por la Ley 26/2003, de 17 de julio. Los artículos 260 y 262 LSA han sido objeto de modificaciones por la Ley 22/2003, de 9 de julio, y por la Ley 16/2007, de 4 de julio y el artículo 262 LSA ha sido modificado, además, por la Ley 19/2005 de 14 de noviembre. (*C. G. G.*)

53. Sociedad anónima. Responsabilidad de los administradores por daños a los acreedores. Plazo de prescripción e inicio del cómputo del plazo.—El Tribunal Supremo señala que el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad es el plazo de cuatro años establecido por el artículo 949 CCO (SSTS de 20 de julio de 2001, 26 de mayo de 2004 y 22 de marzo de 2005). El plazo de prescripción se computa, de conformidad con el tenor del artículo 949 CCO, desde el momento en que los administradores *por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de su administración*. El citado precepto abarca, por tanto, el cese de un administrador por renuncia. El plazo debe computarse desde la fecha del cese en el cargo y no desde el momento de inscripción del cese en el Registro Mercantil. El Tribunal Supremo recuerda que ningún precepto

legal exige la inscripción del cese en el Registro Mercantil, por lo que ésta no tiene carácter constitutivo (SSTS de 10 de mayo de 1999, 23 de diciembre de 2002, 26 de octubre de 2004 y 28 de mayo de 2005) y su exactitud es una presunción *iuris tantum*. (STS de 22 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don A., acreedor de la sociedad E., S. A., interpone demanda de juicio ordinario contra don J. J. y don J. R. en cuanto administradores de la sociedad E., S. A. La sociedad E., S. A. había sido condenada en un juicio previo, entablado por don A., a abonarle una deuda impagada que éste ostentaba frente a la sociedad. En la ejecución de la sentencia los bienes de la sociedad resultaron ser insuficientes para hacer frente íntegramente a la deuda. Don A. solicita al Juzgado que declare la responsabilidad solidaria de los administradores al pago de las cantidades impagadas, en virtud de la acción individual de responsabilidad (art. 135 LSA) y, subsidiariamente, en virtud del incumplimiento de la obligación de convocar debidamente la Junta General para acordar la disolución de la sociedad (art. 262 LSA). El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vitoria estima íntegramente la demanda y condena a los administradores de forma solidaria al pago de la deuda que resultó impagada, así como a los intereses devengados y a las costas de ambos procedimientos. Don J. J. y don J. R. interponen recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Álava que fue desestimado con fecha 27 de febrero de 1999. Don J. R. interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, basada, entre otros, en la infracción del artículo 1968.2 CC en relación con el artículo 1902 CC y del artículo 949 CCO. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, por haber prescrito el plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores y procede casar las sentencias de apelación y de primera instancia en la parte relativa a don J. R. (C. G. G.)

54. Sociedad anónima. Incumplimiento por el administrador del deber de convocar la Junta General para acordar la disolución de la sociedad. Responsabilidad solidaria del administrador por las obligaciones de la sociedad (art. 262.5 LSA). Plazo de prescripción de cuatro años para exigir la responsabilidad del administrador (art. 949 CCO).—La jurisprudencia actual del Tribunal Supremo considera que el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales es el de cuatro años previsto en el artículo 949 CCO (SSTS de 22 de marzo de 2005, 20 de julio de 2001, 7 de junio de 2002, 19 de mayo de 2003, 26 de mayo de 2004). Este plazo debe computarse desde el momento en que la acción pudo ejercitarse, es decir, una vez transcurridos dos meses desde la concurrencia de una causa de disolución de la sociedad (art. 260.1 LSA), sin que el administrador haya procedido a convocar la Junta General para acordar la disolución de la sociedad. O, lo que es lo mismo, desde que nace la responsabilidad (art. 262.5 LSA) que se exige con el ejercicio de la acción.

La fecha en la que cesa el desarrollo de la actividad empresarial en el domicilio social, las fechas de baja de la sociedad en la Seguridad Social y en la Administración Tributaria permiten establecer el transcurso de un período su-

perior a dos meses, sin que el administrador de la sociedad haya procedido a convocar la Junta General. (STS de 13 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *L. S., S. A.* acreedora de la sociedad *T. X., S. A.* interpone el 20 de septiembre de 1994 demanda sobre reclamación de cantidad en juicio de menor cuantía contra la sociedad *T. X., S. A.*, su administrador, don M. y los herederos o herencia yacente e hijos de don J., solicitando que se dicte sentencia condenando solidariamente a los demandados al pago de la cantidad de catorce millones doscientas noventa y una mil seiscientas catorce pesetas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Barcelona resuelve el 26 de septiembre de 1996 condenando solidariamente a don M. y a la sociedad *T. X., S. A.* al pago de la cantidad reclamada, con intereses legales y condena solidaria en 2/3 de las costas procesales, absolviendo a los herederos de don J.

Don M. y *T. X., S. A.* interponen recurso de apelación contra la referida sentencia ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que en fecha 26 de mayo de 1998 desestima el recurso, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia.

Don M. interpone recurso de casación fundado, entre otros, en la inaplicación de los artículos 1902 y 1968-2º CC y aplicación indebida del artículo 949 CCO, así como por aplicación indebida del artículo 262, núm. 5, LSA. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Debe tenerse en cuenta que el artículo 260 LSA ha sido objeto de modificaciones por la Ley 22/2003, de 9 de julio, y por la Ley 16/2007, de 4 de julio. El artículo 262 LSA también ha sido modificado por las referidas leyes, así como por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre. (C. G. G.)

55. Sociedades. Impugnación de los acuerdos sociales. Caducidad de la acción. Concepto de orden público (art. 116 LSA).—Para garantizar la seguridad del tráfico es necesario interpretar de forma restrictiva el concepto de orden público del artículo 116 LSA, que constituye la excepción a la regla de la caducidad de las acciones de impugnación. Por tanto, deben considerarse únicamente contrarios al orden público los acuerdos que contravengan los principios configuradores de la sociedad anónima (art. 10 LSA) y los que vulneren derechos y libertades de los socios (STC 43/1986).

Constitución irregular de la Junta Universal. Carga de la prueba. Actos propios.—La falta de asistencia de los demandantes a la Junta General no ha quedado suficientemente probada. La certificación de la Junta General universal consta protocolizada en escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil. Se trata de una prueba documental pública, que goza de una presunción de veracidad, reforzada por su inscripción en el Registro Mercantil (arts. 20.1 CCO y 7.1 RRM), pero que puede ser desvirtuada con otras pruebas (SSTS de 6 de octubre de 2000 y 30 de octubre 1998). Con la aportación al juicio de las correspondientes escrituras los demandados han cumplido con la carga de la prueba y son los demandantes quienes deben desvirtuar la presunción de veracidad. Para ello no son suficientes sus manifestaciones contradiciendo el contenido de las certificaciones. No se ha invertido la carga de la prueba (art. 1214 CC).

Doctrina de los actos propios.—La Sala de los Civil del Tribunal Supremo entiende que se cumplen los tres requisitos para la aplicación de la doctrina de los propios actos, que son: 1) el acto que se pretende combatir debe haber sido adoptado y verificado con plena libertad de criterio y voluntad no coartada; 2) debe existir un nexo casual eficiente entre el acuerdo adoptado o acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior; 3) la acción debe ser concluyente o indubitada de forma que defina de modo inalterable la situación de quien lo realiza, por su carácter trascendente o por constituir convención destinada a crear, modificar o extinguir una relación jurídica (STS de 20 de diciembre de 1996). Los actos propios de los actores (ejercicio de derechos que presuponen la validez de los acuerdos adoptados que ahora se impugnan, realización de declaraciones en sentido contrario en otros lugares, ausencia de ejercicio de acción alguna contra quienes certificaron las Juntas Universales, así como el ejercicio tardío de la acción de impugnación) habrían subsanado, en su caso, la constitución defectuosa de la Junta General.

Calificación de los contratos.—Corresponde al juzgador de instancia atendiendo al contenido obligacional del contrato (SSTS de 25 de febrero de 1994 y 9 de abril de 1997) y al fin jurídico perseguido con el contrato (STS de 4 de julio de 1998). Sólo cabe sustituir la calificación en casación en caso de que sea ilegal, nazca de un error patente, sea irrazonable o arbitraria (SSTS de 20 de julio de 2000, 14 de mayo de 2001, 23 de junio de 2003). (STS de 28 de noviembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *L. M., S. A.* celebró dos Juntas Generales extraordinarias constituidas con carácter universal los días 24 de marzo de 1988 y 5 de abril de 1988.

En la junta de 24 de marzo de 1988 se aprobaron, entre otros, los acuerdos de transformación de la sociedad *L. M., S. L.* en sociedad anónima, de aprobación del balance de la sociedad y de aprobación de dos créditos en el pasivo del balance, uno a favor de don D. C. G. y otro a favor de la sociedad *F. S. E., S. A.* Igualmente se aprobó la configuración del órgano de administración de la sociedad como consejo de administración, nombrando a don J., don R., don A. y don D. C. G., consejeros. En el consejo de administración celebrado a continuación de la Junta General se acuerda delegar poderes en todos los consejeros, salvo en don D. C. G.

En la Junta General de 5 de abril 1988 se acuerda, entre otros, aumentar el capital social, suscribiendo las nuevas acciones únicamente la sociedad *F. S. E., S. A.* y don D. C. G., produciéndose el desembolso mediante la condonación de los créditos que ambos ostentan frente a la sociedad *L. M., S.A.* y que fueron aprobados en la Junta General precedente.

Transcurridos siete años, don D., don M., doña S. y doña M., accionistas de la sociedad *L. M., S. A.* e hijos de don D. C. G., interponen, el 28 de junio de 1995, ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Badajoz, demanda en juicio de menor cuantía contra la sociedad *L. M., S. A.*, la sociedad *F. S. E., S. A.*, don R., don A. P. A., don J., don A. P. G. Entre otras, solicitan la declaración de nulidad de pleno derecho de la constitución de las Juntas Generales extraordinarias celebradas con carácter universal de la sociedad *L. M., S. A.* los días 24 de marzo de 1988 y 5 de abril de 1988, así como de los acuer-

dos adoptados en las mismas. Solicitan igualmente la nulidad de los acuerdos adoptados por el consejo de administración de la sociedad con fecha 24 de marzo de 1988. Ejercitan igualmente la acción de responsabilidad social contra algunos de los miembros del consejo de administración de la sociedad *L. M., S. A.* pidiendo que indemnicen a la sociedad *L. M., S. A.* por los daños y perjuicios ocasionados por el ejercicio doloso de la administración, sin que los daños y perjuicios se concreten por la parte demandante.

Los demandantes alegan la constitución irregular de las Juntas Generales como Juntas Universales, a pesar de constar así en las certificaciones expedidas por el secretario de la Junta General, en las escrituras públicas de protocolización de los acuerdos adoptados y en el Registro Mercantil. Sostienen que no asistieron a las referidas juntas ni personalmente ni debidamente representados. Alegan igualmente la inexistencia del crédito contra la sociedad que fue aprobado por la Junta General de 24 de marzo de 1988 como parte del pasivo del balance y que, en la Junta General de 5 de abril de 1988, fue objeto de la aportación en el aumento de capital acordado.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Badajoz desestima íntegramente la demanda el día el 26 de septiembre de 1997. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Badajoz confirma íntegramente la sentencia con fecha 31 de diciembre de 1998. Los demandantes interponen recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El 28 de noviembre de 2005 el Tribunal Supremo desestima el recurso. (C. G. G.)

56. Contrato de concesión o distribución mercantil: diferencias con el de contrato de agencia.—[...] procede examinar la calificación contractual de la relación jurídica controvertida por que subyace en todos ellos la problemática de si se trata de un contrato de agencia o de distribución. En ambas modalidades de contrato, no sólo de la misma familia —de colaboración— sino muy similares, y en ocasiones con problemas comunes, la persona del concesionario, en su caso agente, distribuye los productos del concedente o principal, pero en tanto el concesionario actúa por cuenta propia, el agente actúa por cuenta ajena, el primero adquiere del principal y revende, en tanto el segundo, como intermediario independiente, promueve actos y operaciones de comercio por cuenta de su principal o los promueve y concluye en nombre y por cuenta de éste. En tal sentido, pacífica jurisprudencia (SS de 8 de noviembre de 1995, 17 de mayo de 1999, 16 de noviembre de 2000, 28 de enero de 2002, 8 y 9 de febrero de 2004). En el caso, la calificación del contrato controvertido como de distribución, y no de agencia, efectuada por la resolución recurrida, se adecúa a los datos fácticos tomados en consideración, los cuales, en la perspectiva probatoria, devienen incólumes en casación y vinculantes para este Tribunal. Y al efecto valora el juzgador *a quo* datos tan significativos como las distintas facturaciones de A a B y de esta entidad a sus clientes; la diferencia del precio de venta de distribución y el precio de venta al público, con un margen comercial comprendido entre el 15 y el 18 por 100; la ausencia de comisiones y la inexistencia de facturas de incentivo de campaña y de rapel así como de recomendación de venta al público. Por lo que, resume la resolución recurrida, la actividad de la entidad actora «representaba una actuación mercantil final, no intermediaria».

Por consiguiente, no sólo no hay irrazonabilidad en la apreciación de la sentencia de instancia, a quien en principio (a salvo de arbitrariedad o error notorio), le corresponde la función soberana de la calificación contractual, sino que ésta es plenamente acorde a la doctrina jurisprudencial.

Rasgos característicos del contrato de distribución.—Son notas características del contrato de concesión o distribución el carácter de confianza o personal —*intuitu personae*— (SS de 28 de febrero de 1989, 21 de noviembre de 1992, 17 de mayo y 15 de noviembre de 1999, 20 de enero y 13 de marzo de 2000 y 9 de febrero 2004) y la fijación de objetivos mínimos (SS de 10 de abril y 18 de julio de 1997, 24 de noviembre de 1998, 9 de febrero de 2004).

Indemnización por clientela: no procede en caso de incumplimiento contractual.—Se aduce la infracción de los artículos 28 y 30 de la Ley de Contrato de Agencia en relación con los artículos 1101 y 1124 CC. En el cuerpo del motivo se pretende el reconocimiento de una indemnización por clientela con la argumentación de que no hay un incumplimiento grave, contumaz y permanente, ni achacable a dolo o culpa de tanta entidad como para que se niegue dicho resarcimiento, y que no es cierto que no se haya postulado en la demanda pues en la misma se alude a las acciones derivadas de la Ley de Agencia y en el suplico, punto primero, «se solicita íntegra y textualmente las palabras que recoge el apartado 3º del artículo 28 de la Ley de Contrato de Agencia», añadiéndose que en el acto de la vista (de la apelación) se expresó que «la reclamación por clientela tenía una base en el enriquecimiento injusto».

El motivo se desestima porque, con independencia de si se pidió la indemnización por clientela, que, obviamente está sujeta al principio de justicia rogada y no cabe entender comprendida en una indemnización por daños morales, que responde a otras perspectivas fáctica y jurídica, la doctrina jurisprudencial niega la indemnización, con aplicación analógica al contrato de distribución del artículo 30 a) LCA, en los casos de incumplimiento contractual del agente o del distribuidor (SS de 15 de febrero y 16 de mayo de 2001 y 20 de mayo de 2004), sin que quepa hacer distinciones donde la ley no las hace (*ubi lex non distinguit nec distinguere debemos*: SS de 27 de febrero de 1909, 16 de marzo de 1951, 12 de abril de 1988, 2 de abril de 1990, 22 de febrero de 1993). (STS de 16 de diciembre de 2005; no ha lugar).

HECHOS.—El litigio que llega al Tribunal Supremo tiene por objeto las consecuencias de la ruptura de la vinculación contractual existente entre la mercantil A, fabricante de automóviles, y la también mercantil B. Es asimismo cuestión disputada si B actuó como distribuidora o agente de B, lo que, a su vez, depende de la naturaleza de la extinguida relación contractual. Tanto la sentencia del Juzgado como la de la Audiencia desestimaron la demanda interpuesta por B, entendiendo que el contrato que vinculaba a las partes era de concesión y no de agencia y que existió justa causa de resolución unilateral por incumplimiento de la actora concesionaria, razón por la que no proceden las indemnizaciones que ésta reclamaba. No ha lugar al recurso de casación que B interpone. (R. G. S.)

57. Contrato de distribución o concesión en exclusiva: revisión en casación de la prueba del incumplimiento contractual.—No es posible revisar en casación la apreciación de la prueba realizada por la Sala de Instan-

cia, *salvo arbitrariedad o irrazonabilidad*. El impago de las mercaderías recibidas por la empresa concesionaria es justa causa de la resolución contractual, cuando no ha sido probado el incumplimiento de la empresa suministradora principal. Dicho impago es contrario a la buena fe cuando, a la vez que pretende justificarse alegando el incumplimiento de la empresa concedente, la concesionaria ha seguido solicitando el pedido de las mercaderías. **(STS de 2 de diciembre de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—Se inició una relación contractual de distribución entre dos empresas, con un pacto en virtud del cual la compañía suministradora no negociaría en Cataluña, Baleares y Levante, donde la distribución correspondería en exclusiva a la empresa receptora de los productos. Dos años después comienzan las desavenencias, cuando la compañía suministradora nombra a una tercera empresa como distribuidora de sus productos para las «zonas Norte, Centro y Sur del mercado español». La primera empresa distribuidora dejó de pagar las mercancías, a pesar de lo cual continuó cursando los pedidos. El impago causó la demanda de resolución del contrato por parte de la compañía principal o concedente. La demandada formuló reconvencción, solicitando a su vez la resolución del contrato por incumplimiento de la demandante, a la que acusa de haber infringido el pacto de exclusiva convenido. La Audiencia Provincial de Barcelona estimó la resolución del contrato por incumplimiento de la empresa distribuidora, al considerar probado el impago de las mercancías suministradas, mientras que no había sido probado que, como consecuencia del contrato con la segunda compañía distribuidora, hubiera resultado dañado el mercado de la primera, ni ningún otro incumplimiento del contrato por parte de la compañía suministradora o concedente. (C. J. D.)

58. Interpretación del contrato. Garantía a primer requerimiento: diferencias con la fianza.—La regla que rige las normas sobre interpretación se aplica también en la fijación del tipo contractual realmente querido por las partes, puesto que «los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que les hayan dado los contratantes» (S de 14 de mayo de 2001, con cita de abundante jurisprudencia), de modo que «la calificación de los contratos constituye función propia de los juzgadores de instancia, que ha de ser mantenida en casación, salvo que sea arbitraria, absurda o ilegal» (S de 11 de diciembre de 2002). En definitiva, la identificación se hace por los tribunales sobre la base del contenido pactado, es decir, de los deberes y obligaciones asumidos por cada una de las partes.

El contrato cuya naturaleza se discute ha sido correctamente calificado en la sentencia recurrida, que ha tenido a la vista los documentos adecuados determinantes para interpretar la auténtica voluntad de las partes, que es lo decisivo para calificar y no el nombre que se haya usado y ha valorado la prueba existente en el sentido más adecuado. Y, a tal efecto, ha concluido que el contrato celebrado entre las partes constituye un aval a primer requerimiento, en cuya virtud «el garante se obliga a pagar a primer requerimiento del beneficiario la cantidad pactada en la garantía». Este tipo de garantías ha sido adoptado en las Reglas uniformes sobre garantías a demanda (documento aprobado el 3 de diciembre de 1991), de la *Internacional Chamber of Comer-*

ce y en la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y cartas de crédito contingentes, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1995.

Este Tribunal ha admitido este tipo de garantías y ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el propio concepto y sobre su admisión. La S de 31 de mayo de 2003, entre otras, pone de relieve que las fianzas a primer requerimiento están admitidas por la jurisprudencia y se reconoce su «función garantizadora y operatividad independiente del contrato garantizado desde el momento en que resulta suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante por medio del requerimiento practicado».

Dicho esto, no cabe duda que la interpretación y la calificación efectuadas en la sentencia recurrida son correctas. Efectivamente, en los documentos que constan en la demanda se comprueba que el recurrente se comprometió «al primer requerimiento de este Banco a reembolsar los posibles saldos deudores de A pudiendo ustedes exigir dicho pago en cualquier momento y en virtud de las obligaciones que asumimos frente a ustedes». Esta cláusula define el tipo contractual, que es distinto de la fianza, siendo una garantía totalmente autónoma y no accesoria, como afirman las SS de esta Sala de 27 de octubre de 1992 y 17 de febrero y 13 de diciembre de 2000. (**STS de 9 de diciembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La compañía A concertó con una entidad bancaria una póliza de crédito con un límite de veinticinco millones de pesetas. Don R. H. H., accionista mayoritario de A —y a la vez era accionista mayoritario y administrador del grupo de empresas B— informó al banco del inicio de los trámites de venta de la compañía indicando que de no concluirse la operación A seguiría en el grupo empresarial B. Tras su venta, A incumple la obligación de devolver el préstamo. Ante el incumplimiento, el grupo B inicia gestiones con el banco, en el curso de las cuales manifiesta su voluntad de actuar como fiador solidario y de asumir los gastos de abogado y procurador que pudiera generar la reclamación del banco a la compañía. El banco carga en la cuenta del grupo B la cantidad adeudada por A y sigue además un procedimiento judicial contra la compañía reclamando las responsabilidades derivadas del incumplimiento del contrato de préstamo. El pleito que llega a la casación se traba entre el grupo empresarial B y el banco quienes interpretan de modo diverso los acuerdos suscritos: mientras el primero considera que ha comprado un crédito unido a un mandato al banco para que reclame por su incumplimiento al deudor cedido (la compañía A), el segundo entiende que se trata de un negocio en fraude de ley y simulado porque afirma que B —demandante en la instancia— le pidió no aparecer como reclamante ante A en tanto que así no se aplicarían las compensaciones derivadas de las relaciones obligatorias entre A y el grupo B. El Juzgado desestimó la demanda por considerar que el grupo B había avalado la operación de A con el banco demandado y que no existía ningún contrato de mandato. Su sentencia fue confirmada por la Audiencia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación que interpuso el grupo empresarial B. (*R. G. S.*)

59. Contrato de seguro. Deber del tomador del seguro de declaración del riesgo. Artículos 10 y 89 LCS.—Ambos preceptos deben ser interpretados conjuntamente: el primero establece la obligación del tomador del seguro de declarar al asegurador, antes de la conclusión del contrato y de acuerdo con el cuestionario que le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. El asegurador puede rescindir el contrato en el plazo de un mes a contar desde el conocimiento de la reserva o inexactitud de la declaración. El artículo 89 LCS establece otro límite temporal, pues impide al asegurador impugnar el contrato una vez que haya transcurrido un año desde la fecha de conclusión del contrato. Este límite temporal no entra en juego en caso de dolo del tomador del seguro. En virtud del último párrafo del artículo 10 LCS, además, si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro, el asegurador quedará libre del pago de la prestación.

A la hora de valorar este último extremo (dolo o culpa grave del tomador del seguro al omitir información relativa al riesgo), el Tribunal Supremo afirma lo siguiente: «Con independencia del posible contraste por el médico del asegurador, el cuestionario fija la declaración del estado de salud del asegurado en un momento cronológico determinado, de forma que algo tan frágil y voluble como es la salud humana, que queda documentalmente estereotipada, cuando por la propia dinámica interna del sujeto la salud interna puede mejorar o empeorar, sin tener en cuenta, en este momento, que el conocimiento limitado del estado de salud del propio sujeto declarante puede variar rápidamente con grandes dificultades para demostrar ante el asegurador un desconocimiento, que posteriormente vendrá desbordado por la fluidez de los hechos» (FD 2.º). (**STS de 15 de diciembre de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—La viuda del asegurado interpone acción frente a la compañía aseguradora solicitando el pago de la cantidad correspondiente a la garantía cubierta por la póliza contratada por su cónyuge. La demandada formula demanda reconventional invocando el deber de información exigido por el artículo 16 LCS.

En primera instancia sólo se estima la demanda reconventional, por aplicación del último inciso del artículo 10 LCS: en el cuestionario de fecha 3 de diciembre de 1987 a la pregunta ¿tiene alguna alteración física o funcional? El tomador del seguro manifestó que no. El 30 de junio de 1986 se le había diagnosticado una «probable cirrosis». El primer ingreso hospitalario, relacionado con dicho diagnóstico, se produce a los cinco años de la conclusión del seguro. Casi diez años después, contados desde la misma fecha, el 18 de septiembre de 1997, se produce el fallecimiento del asegurado como consecuencia de la cirrosis.

El Tribunal Supremo entiende que en este caso no es razonable calificar la conducta del tomador del seguro de «dolosa» al contestar el cuestionario. (*B. F. G.*)

60. Contrato de seguro. Deber de declaración del tomador: omisión por el asegurado de datos en el cuestionario de salud complementario al seguro. Concurrencia de dolo o negligencia grave.—El haber sufrido una crisis cardiopática debería haberse hecho constar en el cuestionario por parte del asegurado, cuando se le pregunta directamente sobre ella, y especialmen-

te si en la póliza se duplica el capital asegurado a pagar si el asegurado no sufre una enfermedad en determinado período desde su suscripción. Esa omisión supone para el asegurado [en el texto de la sentencia se dice erróneamente «asegurador»], suscriptor de la misma, una falta a la buena fe y al deber contractual exigible, a pesar del tiempo transcurrido desde el primer episodio hasta la suscripción del seguro y el fallecimiento, pues existía una base patológica que podía volver a obrar en cualquier momento, como así sucedió. No puede exigirse a la aseguradora un examen médico exhaustivo previo del asegurado, pues este tipo de seguros de vida, de pequeño capital, ofrecido a grupos de clientes bancarios por su pertenencia al círculo crediticio que los facilita, se basan en la confianza, y debe ser el asegurado fiel a su realidad sanitaria, sin tratar de conseguir un seguro a ultranza, pese a conocer sus padecimientos y que si los declara no alcanzaría la cobertura patrimonial que se le ofrece tan fácilmente.

Doctrina del levantamiento del velo. Aseguradora de un grupo de empresas encabezado por un banco.—La falta de claridad de la personalidad de la contratante responsable del seguro frente a los beneficiarios, junto a las circunstancias concurrentes en el caso (contratación en la sede de la sucursal bancaria, director de esa sucursal que la realiza en nombre de la aseguradora, sellado de la solicitud e intervención del Banco en la póliza como tomador) y a que la aseguradora se integra en un grupo encabezado por el Banco demandado, que para facilidad suya se compone de diversas divisiones para actuar en las distintas actividades mercantiles, determinan la responsabilidad, frente al asegurado y beneficiarios, del Banco, bien apareciera el mismo como el verdadero o último asegurador o como tomador del seguro, lo que le haría responsable de los resultados del mismo ante aquéllos (a partir de ser el pagador de las primas y designar terceros beneficiarios), según el artículo 7.2 y 3 LCS, responsabilidad que en el seguro de vida, conforme al artículo 84-3º de la misma Ley, se compatibiliza con la posible obtención para él de los beneficios del contrato en ciertos casos (**STS de 23 de noviembre de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—El 22 de octubre de 1992, don D. R. M. suscribió un seguro de vida en una sucursal del banco *B. B., S. A. E.*, apareciendo como firmante de la póliza el director de la misma, que actuaba también como gestor de seguros, y figurando como aseguradora *B. V. P., S. A.* (división del Banco) y dicho Banco como tomador de la póliza. Simultáneamente se le presentó al asegurado un cuestionario de salud para ser cumplimentado, asesorado por el referido director, siendo firmado por ambos, y en él el señor R. M. omitió que nueve años antes del contrato había padecido una angina de pecho, de la que fue tratado hospitalariamente sin que volviera a sufrir crisis cardíaca alguna, permaneciendo asintomático y con una vida normal, así como que sufría de diabetes. El 8 de diciembre de 1994, el asegurado sufrió una segunda crisis cardíaca, a consecuencia de la cual falleció. Ante la reclamación extrajudicial de los herederos del fallecido a la aseguradora, ésta denegó la prestación establecida para caso de muerte, por la omisión de datos en el cuestionario de salud y actuar el asegurado, en su suscripción, con dolo o negligencia grave.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda contra el Banco, dada la relación íntima y de dependencia entre éste y la

aseguradora y al entender que la omisión de datos en el cuestionario se debía a que el asegurado había sido inducido a error por el agente de seguros al rellenarlo, condenando al Banco a pagar a los demandantes el capital concertado, más los intereses del artículo 20 LCS. Recurrida en apelación la sentencia, la Audiencia Provincial la desestimó, confirmando la de primera instancia. Finalmente, el Banco demandado recurre en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El artículo 10 LCS viene a establecer el deber del tomador del seguro de declarar al asegurador, antes de la conclusión del contrato y de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo y que estén comprendidas en dicho cuestionario. En caso de reserva o inexactitud del tomador del seguro, el asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes desde su conocimiento, y si el siniestro sobreviniera antes de hacerse esa declaración del asegurador, la prestación de éste se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo, salvo si mediara dolo o culpa grave del tomador del seguro, en cuyo caso quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.

En este caso, el Tribunal Supremo considera que la no declaración en el cuestionario de una previa enfermedad grave que podría repetirse y por la que específicamente se le preguntaba, y aunque fuera muy anterior al momento de suscripción de la póliza y se mantuviera actualmente asintomática, supone para el asegurado suscriptor de la póliza una falta a la buena fe y al deber contractual exigible —con las consecuencias antes indicadas—, especialmente en los seguros de vida basados en la confianza. (*F. J. J. M.*)

61. Contrato de seguro. Acción directa del tercero frente al asegurador y cobertura del seguro.—Para que surja el derecho del tercero contra el asegurador es indispensable que tenga su origen en un hecho previsto en el contrato de seguro, pues constituye presupuesto de la obligación del asegurador que se verifique el evento dañoso delimitado en el contrato. Si falta tal presupuesto, el derecho del tercero frente al asegurador no llega a nacer. El contenido pactado en el contrato sobre la cobertura del seguro delimita el riesgo asumido, su contenido, el ámbito al que se extiende.

Por tanto, si el hecho en el que se basa la acción del tercero no está previsto en el contrato, no nos encontramos ante una excepción que pueda oponer el asegurador al asegurado, sino ante una exclusión de la acción del asegurado, que ni siquiera ha nacido y de la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato. (**STS de 20 de diciembre de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—La presente sentencia (recurso núm. 1923/1999), junto con la STS de misma fecha y mismo ponente (recurso núm. 1924/1999) y la STS de 25 de noviembre de 2004 (recurso núm. 3229/1998) tienen su origen en la STS de 8 de junio de 1993, en la que se condenó a los asegurados de la compañía aseguradora (demandada en

la presente y en las otras dos sentencias citadas) al abono del importe de las obras necesarias a fin de subsanar los problemas de las viviendas afectadas por un defecto de cimentación.

La adecuada reconstrucción de los hechos y de las cuestiones jurídicas planteadas sólo puede realizarse tras la lectura de la STS de 25 de noviembre de 2004, primera en el tiempo. En dicha sentencia se explica que la póliza concertada establecía como cantidad máxima por siniestro la de diez millones de pesetas y reproduce la definición de siniestro que se contiene en el artículo preliminar de la póliza, definición que reviste suma importancia y en virtud de la cual «Se considerará que constituye un solo y único siniestro el acontecimiento o serie de acontecimientos dañosos debidos a una misma causa original con independencia del número de reclamantes o reclamaciones fundadas».

La demandante entiende que el defecto de cimentación constituye un siniestro distinto en relación con cada una de las viviendas familiares, por lo que reclaman la totalidad de la suma asegurada por siniestro. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que hay una única causa de la ruina, lo que conlleva que la deuda de la aseguradora no es de diez millones de pesetas por cada una de las viviendas unifamiliares afectadas, sino de dicha cantidad a repartir entre todos los propietarios afectados.

NOTA.—En la Sentencia del Tribunal Supremo de misma fecha y mismo ponente (recurso núm. 1924/1999) los fundamentos de derecho son, también, los mismos. (B. F. G.)

62. Contrato de seguro. Indemnización por mora en caso de acuerdo de peritos sobre la suma indemnizatoria devenido inatacable. Artículos 20 y 38 LCS.—El artículo 38 LCS establece en su párrafo 9.º que el interés de demora será el previsto en el artículo 20 *cuando el asegurado se haya visto obligado a reclamar la indemnización judicialmente*, empezando a devengarse el interés desde que la valoración devino inatacable. El Tribunal Supremo considera, a pesar de la literalidad del precepto, que el artículo 20 es aplicable aun cuando no se haya interpuesto reclamación judicial, pues «[...] negar los intereses del artículo 20 LCS en tal supuesto de mora no parece coherente con la finalidad del procedimiento de facilitar lo más rápido posible la liquidación del daño cuando entre las partes no se discute la cobertura del seguro sino sólo la evaluación de aquél, y tampoco es advertible el porqué de un distinto tratamiento forzando al asegurado a reclamar judicialmente la indemnización demorada para poder obtener los intereses» [FD 2.º].

El Alto Tribunal considera que reviste especial importancia para el caso enjuiciado, aunque no sea directamente aplicable por ser posterior a los hechos, la modificación legislativa operada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre en el artículo 20 LCS, que ahora contempla específicamente el supuesto enjuiciado. El Tribunal Supremo pone de relieve que esta modificación respondió a la finalidad de «evitar la multiplicidad de interpretaciones a las que se estaba dando lugar en las distintas resoluciones judiciales» (Exposición de Motivos).

Compatibilidad entre los artículos 18 y 30 LCS.—La jurisprudencia la ha declarado reiteradamente (SSTS de 19 de junio de 2003 y 16 de marzo de 2005) e implica que, iniciado el procedimiento extrajudicial del artículo 38 de designación de peritos para lograr un acuerdo en cuanto a la suma indemni-

zatoria, es aplicable la previsión del artículo 18 LCS, de modo que el asegurador está obligado a pagar el importe mínimo de lo que pueda deber, según las circunstancias conocidas, a los cuarenta días contados a partir de la recepción de la declaración del siniestro.

Indemnización de daños y perjuicios en caso de mora.—Consistirá en el abono del interés legal según el artículo 1108 CC, pero ésta es una norma general que debe complementarse con la especial del artículo 20 LCS. (STS de 15 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—El 26 de junio de 2003 se produce un incendio en los almacenes de la sociedad demandante, evento cubierto por la póliza de seguros de daños celebrado con la aseguradora demandada.

Las partes del contrato de seguro promovieron el procedimiento extrajudicial del artículo 38 LCS, mostrando los peritos conformidad en tres conceptos.

La demandante solicita el pago de los intereses calculados al tipo del 20 por 100 devengados por las cantidades sobre las que ya existió acuerdo con la entidad aseguradora demandada, desde que se produjo tal acuerdo hasta que fue hecho efectivo.

Los problemas que se plantean son dos: por un lado, la determinación de la fecha del acuerdo, dato de gran importancia pues implica precisar: (1) cuándo se debió pagar la suma indemnizatoria; (2) desde cuándo se produjo la mora. El Tribunal Supremo fija la fecha en el 2 de febrero de 1994, momento en el que resulta indiscutible que la aseguradora ya conocía la conformidad de los peritos. Por otro lado, la cuestión que surge es si la compañía aseguradora incurrió en mora. La suma acordada no fue impugnada por ninguna de las partes, por lo que devino inatacable, pero hasta el año 1995, en el que la aseguradora hizo diversos abonos e ingresos en distintas fechas, no hubo liquidación de la suma adeudada. Para el Tribunal Supremo «no tienen la más mínima consistencia» (FD 3.º) las alegaciones de la aseguradora basadas en la situación de suspensión de pagos de la asegurada y en los diversos intentos de consignación judicial por parte de la aseguradora. (B. F. G.)

63. Retroacción de la quiebra: no afecta a los actos judiciales.—El artículo 878.2 CCO, hoy derogado pero aplicable al supuesto de hecho, permitía la impugnación de los actos realizados por el deudor en el período de retroacción de la quiebra. Por el contrario, la norma no es aplicable a la adjudicación de bienes del deudor realizada, en ese mismo período, en un procedimiento ejecutivo judicial, por no tratarse de actos de dominio y administración voluntariamente celebrados por el quebrado. (STS de 7 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Habiendo sido adjudicadas varias fincas en un procedimiento ejecutivo judicial, se discute si la declaración de quiebra posterior del ejecutado puede afectar al adquirente, cuando el procedimiento se realizó dentro del período de retroacción de la quiebra. Es de aplicación el hoy derogado artículo 878.2 CCO. (C. J. D.)

DERECHO PROCESAL

64. Error judicial. Concepto.—Como afirma la S de 4 de julio de 2003 de la Sala especial del artículo 61 LOPJ, sólo cabe apreciar la existencia de error judicial cuando se ha emitido por los órganos judiciales una resolución que exprese una palmaria y notoria confusión de las bases de hecho de la resolución y resuelta al margen de divergencias en el juicio con una desatención del Juzgador a datos de carácter indiscutible (SSTS de la Sala especial de 22 de enero y 1 de marzo de 1996, 12 de noviembre de 1998 y 15 de febrero de 2002), así como cuando se contradice lo que es evidente o cuando se lleva a cabo una aplicación del Derecho que se basa en normas inexistentes o entendidas de un modo palmario fuera de su sentido y alcance. Por ello, no se comprenden en esta figura el análisis de sus hechos y sus pruebas, ni su interpretación de la norma que acertada o equivocadamente obedezca a un proceso lógico, cuyo total acierto no es exigible, habida cuenta de que no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención a datos de carácter indiscutible, que ha generado una resolución esperpéntica, absurda al romper la armonía del orden jurídico, por lo que el error judicial procede ser acogido si se trata de decisiones injustificables desde el punto de vista del Derecho (STS de la Sala especial de 15 de febrero de 2002), doctrina que informa igualmente las resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Cuantía de las costas en los casos de litigios de cuantía indeterminada. Límite legal del artículo 523.4º LEC 1881.—No obstante las amplias facultades que se reconocen al juzgador para fijar los honorarios del Letrado a incluir en la tasación de costas, teniendo no sólo en cuenta la cuantía litigiosa, ha de estarse al límite legal que establece el artículo 523.4º LEC (de 1881), tanto en orden a la determinación de la cuantía litigiosa a tener en cuenta en los supuestos de cuantía indeterminable como a la cuantía de las costas que viene obligado a pagar la parte condenada a su pago. (STS de 23 de noviembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. P. H. formuló demanda contra distintas personas, ejercitando diversas pretensiones, entre ellas acciones reivindicatorias, de deslinde y cerramiento de finca y división de cosa común. En dicho juicio recayó en primera instancia sentencia desestimatoria de la demanda, que fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial. Solicitada la tasación de costas causadas en primera instancia, el Secretario judicial incluyó en ella los honorarios minutados por los abogados, en la cuantía de 754.000 pesetas cada uno de ellos. Impugnada la tasación de costas practicada por ser excesivos los honorarios de los citados abogados, se dictó Auto por el que se desestimó la impugnación formulada y se aprobó la tasación de costas practicada. Entendiendo don A. P. H. que el referido Auto incurría en error judicial, presentó la correspondiente demanda de declaración del mismo ante el Tribunal Supremo, que la estima, declarando la existencia de dicho error judicial en el Auto.

NOTA.—La referencia al artículo 523.4º LEC 1881 ha de entenderse hecha en la actualidad al artículo 394.3 LEC 2000. Observamos cómo en este caso, por la vía indirecta de la declaración de

error judicial, se ha conseguido un efecto similar a la revocación del auto de resolución sobre la impugnación de la tasación de costas, auto que es irrecurrible (art. 428 *in fine* LEC 1881, actualmente 246.3 *in fine* LEC 2000); no obstante, como pone de manifiesto nuestro Alto Tribunal, el ámbito de la declaración de error judicial es más restringido. (F. J. J. M.)

65. Posibilidad de formular excepción de sumisión a arbitraje en la contestación a la demanda y, a posteriori, contestar a la cuestión de fondo, sin que ello implique sumisión a la jurisdicción ordinaria.—Nada impide al demandado proponer la excepción de sumisión a arbitraje en su contestación a la demanda y, tras ella, contestar en cuanto al fondo, para el caso de que aquélla no fuese estimada, sin que ello implique sumisión o aceptación de la jurisdicción ordinaria. (STS de 18 de julio de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La acción ejercitada por la parte actora va referida a la renuncia de una de las sociedades codemandadas constituyentes de una unión empresarial. En los estatutos de esta unión empresarial se hace constar los concretos conflictos que serían resueltos mediante arbitraje. Las sociedades demandadas alegaron en sus respectivas contestaciones a la demanda la excepción de sumisión de arbitraje (actualmente declinatoria) y se opusieron, en cuanto al fondo, a la demanda. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y rechazó la excepción de arbitraje al considerar que había existido renuncia tácita. La Audiencia Provincial revoca la sentencia dictada por el Juzgado. Interpuesto recurso de casación por la parte demandante en la instancia, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la parte demandada puede formular la excepción de sumisión a arbitraje en su contestación a la demanda, y, tras ella, contestar en cuanto al fondo sin que ello signifique sumisión o aceptación de la jurisdicción ordinaria (SSTS de 18 de abril de 1998 [RJ 1998/2984], 1 de junio de 1999 [RJ 1999/4284], 11 de diciembre de 1999 [RJ 1999/9018], 14 de junio de 2001 [RJ 2001\4338], 18 de marzo de 2002 [RJ 2002/2847], 3 de julio de 2003 [RJ 2003/4324], 6 de febrero de 2003 [RJ 2003/850], 11 de mayo de 2004 [RJ 2004/2732], 15 de septiembre de 2004 [RJ 2004/5476]). Esta línea jurisprudencial supone un cambio de orientación tendente a una mayor flexibilidad en relación a los pronunciamientos anteriores a 1998, en los cuales el Supremo consideraba que la excepción de sumisión a arbitraje no se entendía propuesta adecuadamente si el demandado, además, se oponía a la demanda en cuanto al fondo. Actualmente, es línea jurisprudencial consolidada, que no puede considerarse renuncia a la sumisión a arbitraje el supuesto en el cual la parte demandada, tras formular la excepción, contesta a la demanda *ad cautelam*, por si no era estimada. Diferente es que exista una personación y se realice una actividad procesal. De admitirse esta tesis se produciría indefensión en la parte demandada, ya que de no prosperar la ex-

cepción su situación instauraría un efectivo y grave desamparo, análogo al declarado rebelde. Lo que obviamente no permite el artículo 11.2 de la Ley de Arbitraje es la omisión de la alegación de excepción (STS de 29 de junio de 1998 [RJ 1998/5021]), la proposición o práctica de pruebas (STS de 29 de septiembre de 1997 [RJ 1997/6824] o la manifestación de una voluntad contradictoria de su posibilidad mediante la formulación de reconvencción, lo que sí equivaldría a una renuncia clara al convenio de sumisión a arbitraje (STS de 15 de diciembre de 2000 [RJ 2000/9335]; en contra, la STS de 26 de julio de 2003 [RJ 2003/5861]), en la cual el Supremo considera que la formulación de reconvencción no implica actuación procesal que conlleve la renuncia a la sumisión).

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en relación a un supuesto en el cual el demandado plantea una cuestión de competencia territorial. Considera el Supremo que formular cuestión de competencia territorial no implica renuncia presunta a la sumisión a arbitraje (STS de 15 de septiembre de 2004 [RJ 2004/5476]). (*L. Z. G.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LX, 2007

FASCÍCULO I enero-marzo

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
Estudios monográficos	
Luis Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ: «La transformación del concepto de matrimonio en Derecho civil español tras las reformas de julio de 2005 (Breve estudio legislativo)»	5
Santiago ESPIAU ESPIAU: «La adquisición de buena fe de bienes muebles en la regulación del Código civil de Cataluña»	15
José Ramón GARCÍA VICENTE: «La acción contra el productor: el artículo 10 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo»	33
Antonio José VELA SÁNCHEZ: «La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios»	67
Gloria ORTEGA REINOSO: «La responsabilidad del socio de un despacho de abogados»	119
Vida jurídica	
Aurelio BARRIO GALLARDO/Ricardo OLIVA LEÓN: «Crónica del Coloquio “Invalides e ineficacia de los actos jurídicos”(Zaragoza, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 9 y 10 de noviembre de 2006)»	157
Crónica de Derecho privado europeo	
A cargo de: Esther ARROYO I AMAYUELAS; Colaboran: Miriam ANDERSON, Beatriz AÑOVEROS TERRADAS, Lidia ARNAU RAVENTÓS, Esther ARROYO I AMAYUELAS, Giovanni BISAZZA, David BONDIA GARCÍA, Alexandra BRAUN, Andrés Miguel CORSIALLS UBACH, Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Martin EBERS, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, Javier LETE ACHIRICA, Francisca LLODRÁ GRIMALT, Susana NAVAS	

	<i>Pág.</i>
NAVARRO, Sergio NASARRE AZNAR, Jordi NIEVA FENOLL, Cyril NOURISSAT, Barbara PASA, Elise POILLOT, Mercedes SÁNCHEZ RUIZ, Helena TORROJA MATEU, Stefano TROIANO, Aura TRIFU, Belén TRIGO GARCÍA	179
Bibliografía	
LIBROS	
AVILÉS GARCÍA, Javier: «Los contratos de compraventa de bienes de consumo. Problemas, propuestas y perspectivas de la venta y garantías en la Directiva 1999/44/CE y la Ley 23/2003», por Cristina Fuenteseca	305
CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato. ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?», por Andrea Macilla Morillo ...	309
RODRÍGUEZ PINTO, María Sara: «Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho privado español», por Carmen Jerez Delgado	316
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	321
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, Carlos LÉRIDA NAVARRO, Sara MARTÍN SALAMANCA, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, África VICIANA GARCÍA, Laura ZUMAQUERO GIL	353
FASCÍCULO II	
abril-junio	
Estudios monográficos	
Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «El artículo 1082 del Código Civil y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil»	445
Margarita JIMÉNEZ HORWITZ: «La renuncia de derechos y la buena fe contractual en el ámbito de las normas imperativas de protección»	513
Juan F. HERRERO PEREZAGUA: «Acceso a la justicia, costas y asistencia jurídica en el proceso civil español»	553
Estudio legislativo	
Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ: «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)»	621

Vida jurídica

- Mariano ALONSO PÉREZ: «Doscientos años del Code civil des Français en USC (1804-2004). Catálogo de la Exposición celebrada en la Biblioteca Concepción Arenal de la Universidad de Santiago de Compostela, 2005, coord. María Paz García Rubio y José Francisco Méndez García» 849

Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias

- Por Marta REQUEJO ISIDRO 893

Bibliografía

LIBROS

- BOSCH CAPDEVILLA, Esteve: «El principio *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decere potest*. Evolución y significado», por Alma Rodríguez Guitián..... 909
- LEQUETTE-DE KERVENOAEËL, Stéphanie.: «L'authenticité des œuvres d'art», por Íñigo de la Maza Gazmuri 912
- MACÍA MORILLO, Andrea: «La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)» por M.^a Carmen Crespo Mora 913
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «La modernización del Derecho de obligaciones», por Íñigo de la Maza Gazmuri 920

REVISTAS EXTRANJERAS

- Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, María Paz GARCÍA RUBIO, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Belén TRIGO GARCÍA 923

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Josep Maria BECH SERRAT, Eva CANO VILÀ, Margarita CASTILLA BAREA, Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, María Eugenia RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Alfons SURROCA COSTA 971

FASCÍCULO III

julio-septiembre

In Memoriam

- José Manuel Lete del Río, por María Paz García Rubio 1073

Estudios monográficos

Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ: «El contrato y el aprovechamiento urbanístico»	1079
María del Carmen BAYOD LÓPEZ: «Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales en el marco de la teoría general del contrato: ajustes y desajustes»	1109
María Elena SÁNCHEZ JORDÁN: «Los actos de parcelación contrarios a la normativa»	1163
Juan Antonio GARCÍA GARCÍA: «Presupuestos legales para la aplicación de un peculiar régimen jurídico registral a las fincas colindantes con el dominio público marítimo-terrestre»	1205
Antonio J. VELA SÁNCHEZ: «La sede normativa del Derecho civil común: Los estragos de la descodificación»	1257

Vida jurídica

Francesco GALGANO: «El contrato en las relaciones transnacionales»	1295
--	------

Crónica de Derecho privado europeo

A cargo de: Esther ARROYO I AMAYUELAS; Colaboran: Beatriz AÑOVEROS TERRADAS, Esther ARROYO I AMAYUELAS, David BONDIA GARCÍA, Alexandra BRAUN, Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Martín EBERS, Mirko FACCIOLI, Ana GIMÉNEZ COSTA, Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Jan GUDLICK, Sonia MARTÍN SANTISTEBAN, Sergio NASARRE AZNAR, Susana NAVAS NAVARRO, Jordi NIEVA FENÓLL, Cyril NOURISSAT, Eva Inés OBERGFELL, Barbara PASA, Anne PENNEAU, Elise POILLOT, Mauro TESCARO, Esther TORRELLAS TORREA, Helena TORROJA MATEU, Belén TRIGO GARCÍA, Stefano TROIANO	1305
--	------

Bibliografía

LIBROS

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: «Derecho inmobiliario registral», por Miguel Pasquau Liaño	1449
BARROS BOURIE, Enrique: «Tratado de responsabilidad extracontractual», por Íñigo de la Maza Gazmuri	1453
FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz: «La representación indirecta», por Sergio Cámara Lapuente	1455

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	1465
-------------------------------------	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Susana ESPADA MALLORQUÍN, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Sara MARTÍN SALAMANCA, Nieves MORALEJO IMBERNÓN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN	1499
---	------

FASCÍCULO IV octubre-diciembre

Estudios monográficos

Luis Díez-PICAZO: « <i>Commodum ex negotiatione</i> »	1601
Susana NAVAS NAVARRO: «Negativa a contratar y prohibición de discriminar. (Derecho comunitario y Derecho español)»	1619
Marta PÉREZ ESCOLAR: «Sucesión intestada y legítima del cónyuge superviviente en el Código civil español: revisión de fundamentos y planteamiento de futuro»	1641
Giovanna CAPILLI: «Las garantías en la venta de bienes de consumo»	1679

Crónica de legislación y jurisprudencia comunitarias

Por Marta REQUEJO ISIDRO	1729
--------------------------------	------

Bibliografía

LIBROS

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo: «El resarcimiento por daño moral en España y Europa», por Carlos Vattier Fuenzalida	1741
DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (coord.): «Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución», por José María Caballero Lozano	1743
GÓMEZ CALLE, Esther: «El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento», por Susana Espada Mallorquín	1748
MUÑIZ ESPADA, Esther: «La acción revocatoria como una vicisitud del concurso», por Luis Felipe Ragel Sánchez	1754

REVISTAS EXTRANJERAS

Por Rosario DÍAZ ROMERO, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUTIÁN, Jordi RIBOT IGUALADA, Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU	1757
--	------

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS (AÑO 2006)

A cargo de: Ramón CASAS VALLÉS; Colaboran: Ramón CASAS VALLÉS, Mariana DE LORENZI, Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Mónica NAVARRRO, Carlos VENDRELL CERVANTES, Esther VILALTA, Mónica VILASAU	1791
---	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

Alfonso-Luis CALVO CARAVACA: «Derecho extranjero y recurso de casación (STS, Sala Primera, de 4 de julio de 2006): el TS cruza el Rubicón» .	1843
Íñigo DE LA MAZA GAZMURI: «Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. Nota a la STS de 11 de julio de 2007»	1867

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Rocío DIÉ-
GUEZ OLIVA, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA
CANTERO, Cristina GARCÍA GREWE, Regina GAYA SICILIA, Car-
men JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, María
del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Palo-
ma SABORIDO SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Juan Da-
vid SÁNCHEZ CASTRO, Laura ZUMAQUERO GIL 1873